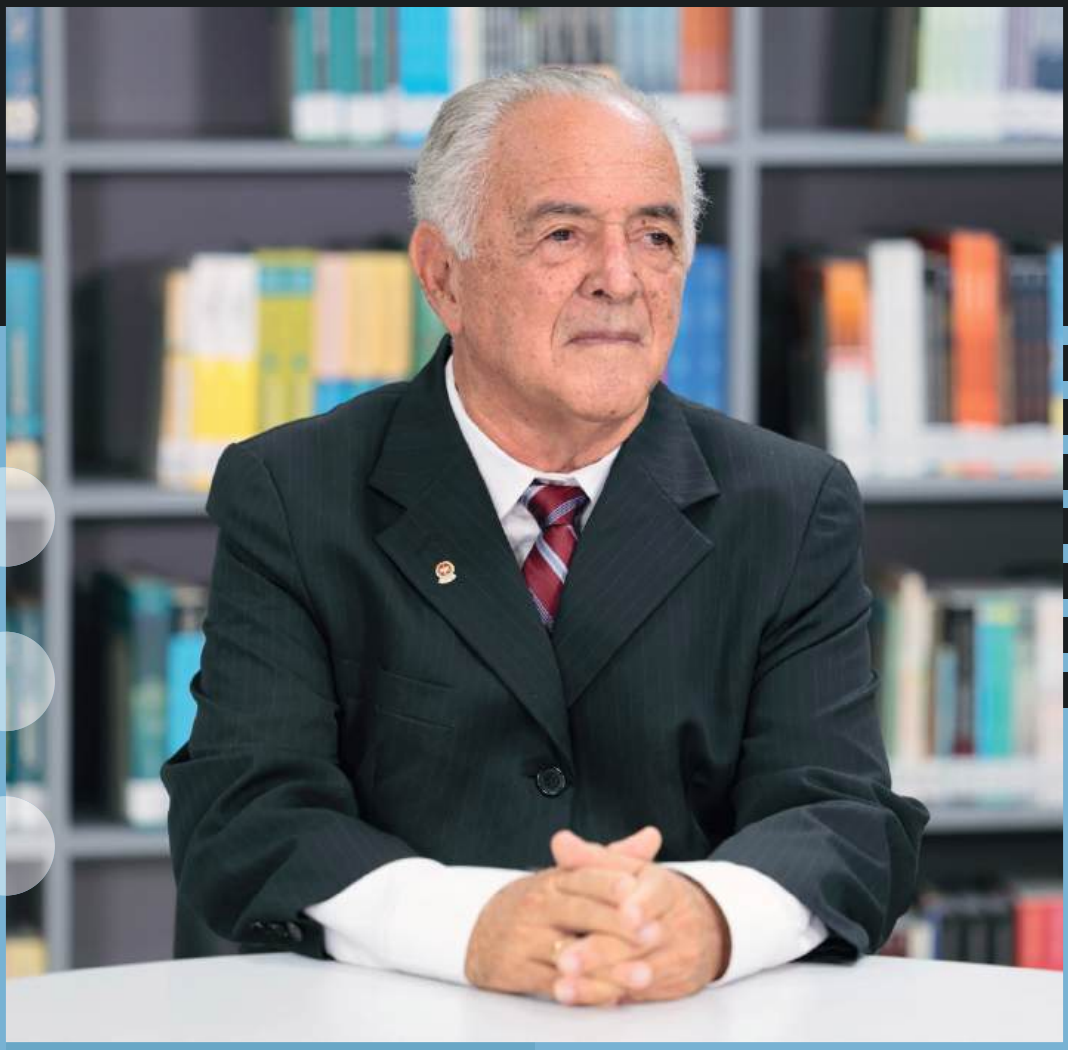
Direito, Democracia e Linguagem: Estudos em Homenagem ao Professor Dilmar Lopes Camerino



Organizadores:
Coaracy José Oliveira da Fonseca
George Sarmento Lins Júnior
Humberto Pimentel Costa
Lean Antônio Ferreira de Araújo

DIREITO, DEMOCRACIA E LINGUAGEM: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR DILMAR LOPES CAMERINO

Organizadores:

Coaracy José Oliveira da Fonseca
Promotor de Justiça
Mestre em Direito

George Sarmento Lins Júnior
Promotor de Justiça
Doutor em Direito

Humberto Pimentel Costa
Promotor de Justiça
Mestre em Direito

Lean Antônio Ferreira de Araújo
Procurador de Justiça
Doutor em Direito

Maceió-AL
2025

Ministério Público do Estado de Alagoas

Colégio de Procuradores de Justiça

Lean Antônio Ferreira de Araújo
Sérgio Rocha Cavalcanti Jucá
Walber José Valente de Lima
Dennis Lima Calheiros
Vicente Felix Correia
Eduardo Tavares Mendes
Marcos Barros Méro
Valter José de Omena Acioly
Denise Guimarães de Oliveira
Maurício André Barros Pitta
Isaac Sandes Dias
Sérgio Amaral Scala
Helder de Arthur Jucá Filho
Maria Marluce Caldas Bezerra
Kícia Oliveira Cabral de Vasconcellos
Neide Maria Camelo da Silva
Silvana de Almeida Abreu
Luiz José Gomes Vasconcelos
Sandra Malta Prata Lima

Expediente

Organizadores
Coaracy José Oliveira da Fonseca
George Sarmento Lins Júnior
Humberto Pimentel Costa
Lean Antônio Ferreira de Araújo
Foto Capa
Anderson Macena Cavalcante
Capa
Thiago Henrique Ferreira
Projeto Gráfico e Diagramação
Thiago Henrique Ferreira
Tiragem
300 exemplares
Gráfica
Grafpel Indústria Gráfica LTDA ME

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecário: João Rodrigo Santos Ferreira – CRB4 1718

E82 Estudos e homenagem ao Professor Dilmar Camerino/Organização: Coaracy José Oliveira da Fonseca [et al.]. – Maceió: Grafpel Indústria Gráfica LTDA ME, 2025.
548p. : il., p&b. ;18x25,5 cm.

ISBN: 978-65-987929-0-9

1. Dilmar Lopes Camerino. 2. Ministério Público de Alagoas. 3. Estudos Jurídicos. I. Fonseca, Coaracy José Oliveira da (org.). II. Lins Júnior, George Sarmento (org.). III.Costa, Humberto Pimentel(org.). IV. Araújo, Lean Antônio Ferreira de (org.).

CDU 34:929

Prefácio

Invadido por uma emoção que não contive, convidado por Coaracy, uma pessoa a quem tenho respeito e quero bem, aceitei, de pronto, prefaciar estes ensaios ou estudos sobre a atividade docente do meu querido amigo Dilmar Lopes Camerino.

Sob os auspícios do nosso querido Ministério Público de Alagoas, articulistas ilustres, todos de notável saber jurídico e reputação ilibada, oriundos de vários estados deste Brasil continental, discorrem sobre o direito, em textos de particular sabedoria, precisão e estilo, em homenagem ao Professor Dilmar Lopes Camerino, que pontificou na Faculdade de Direito da Ufal.

Os textos cuidam de várias matérias da ciência jurídica, traduzem a cultura enciclopédica do autor, exemplo de alagoano, orgulho do MP brasileiro, exemplo para sua família, homem de caráter e retidão.

Neste livro, não tenho dúvida, os membros do Ministério Público, principalmente os neófitos, oriundos das regiões mais distantes de um Brasil grandioso, bem como os que aqui ainda chegarão, encontrarão a alma, a coragem, a bravura e, sobretudo, o amor que Dilmar dedicou a esta instituição cidadã.

E sobre este homem, peço vênia para também afirmar: Dilmar, de fala mansa, de gestos educados, avesso a ternos e gravatas, de vestir simples e andar sem pressa, sempre teve grande poder de conciliação, firmeza de decisões e mostrou-se grande resolvedor de conflitos.

Não fosse a compulsória, este professor de direito penal, de inteligência fértil e lucidez incontestável, produzindo os seus argumentos, principalmente em Habeas Corpus, com o desejo, como sempre o fez, de fazer o melhor, continuaria integrando o parquet alagoano.

Sua sala, meu velho e bom amigo– diria a sala do bom e disponível conselheiro, sempre frequentada por membros da instituição, sejam colegas procuradores ou promotores neófitos –, por certo, como faço hoje, foi substituída pelo telefone, para ouvi-lo e, como sempre, absorver sua experiência.

Por telefone, tenho mantido algumas conversas com Dilmar. Este alagoano dedicado ao CRB, ao Ministério Público, à sua família, aos amigos, e sempre solidário, tem-se conduzido, ao longo de sua existência, dentro de princípios que o fazem sempre maior, portando uma coragem cívica e pessoal, mantendo o equilíbrio da humildade e uma fé inabalável em Deus.

Expõe suas ideias com clareza, sabendo também ouvir. Sabe ser enérgico, sem perda de sua sensibilidade extraordinariamente humana. Tem amigos de longa data e com eles mantém vínculos que as vicissitudes da vida não fizeram fenecer.

Suas crenças, em Deus e nos Santos, são exemplos de fé e humildade. Seu amor à

família é um parâmetro a ser seguido.

Tem uma perfeita noção da psicologia humana. Sabe a lei da boa convivência. Saramago, o célebre escritor português, morto em 2010, em *Ensaio sobre a Cegueira,* afirmou que "o difícil não é conviver com as pessoas, o difícil é compreendê-las". Dilmar, ouso dizer, contraria, neste particular, o festejado escritor.

Não o conhecia até ingressar no Ministério Público, onde passei quarenta e dois anos. Não me lembro, ao certo, como nos conhecemos. Sei que nos aproximamos quando ele disputou a presidência de nossa associação e, posteriormente, seguimos juntos, quando disputou o cargo de Procurador Geral. Nunca nos conflitamos. Sempre nos compreendemos. Aprendi e aprendo muito com ele.

Esta obra, que presta homenagem a Dilmar, será um legado inestimável à instituição. Trata do direito, que ele ama, dos princípios que ele vive, da justiça que ele pratica.

Dilmar ama o Ministério Público com a intensidade dos sentimentos e a força incontidadas tempestades indomadas.

Esta homenagem ao homem honrado e primoroso na aplicação da lei é por demais merecida. Os estudos aqui publicados, inspirados na boa doutrina e no bom direito, refletem a imagem do homenageado.

Geraldo Magela Pirauá
Arapiraca, Alagoas, março de 2025.

Apresentação

Com a aproximação do aniversário de 80 anos do Prof. Dilmar Lopes Camerino, surgiu entre amigos a ideia de prestar uma merecida homenagem por sua brilhante trajetória de vida. Uma placa, um diploma ou uma medalha não seriam suficientes, pois o celebrado professor já os recebeu em outras ocasiões, assim como foi destinatário de incontáveis discursos elogiosos. Pensamos mais um pouco e chegamos à conclusão de que, para um homem que dedicou a vida ao estudo e ao ensino, nada seria mais apropriado do que um livro, símbolo maior do amor ao conhecimento. Fixada essa premissa, percebemos que se tratava de uma tarefa indeclinável, de modo que nos pusemos a pensar na melhor forma de concluir essa honrosa missão.

Antes de prosseguir com os pormenores que culminaram com esta obra coletiva, necessário se faz destacar alguns aspectos biográficos do homenageado. Filho do Senhor Mário da Silveira Camerino e da Senhora Maria José Lopes Camerino, o Prof. Dilmar Lopes Camerino sempre foi um homem que prezou pelos valores da família. Seus amigos sabem do orgulho que tem de seus pais, em especial do carinho sempre demonstrado por sua querida mãe, que diariamente visitava no bairro da Cambona. Também compõem o seu tesouro pessoal sua dedicada esposa, Dona Gracinha, os amados filhos Gérson, Katherine e Karoline e os preciosos netos Rodrigo, Laís e Lina. Sua fé em Deus e dedicação à Igreja Católica são admiráveis, tendo sempre vivido em conformidade com os preceitos morais da sua religião.

Fez muitos amigos ao longo da vida, graças à sua grande empatia e capacidade de ouvir sem fazer julgamentos. Sua sabedoria e simplicidade atraem amigos, colegas e alunos em busca de conselhos. Ninguém se sente intimidado por sua grandeza profissional, posto que nunca impôs barreiras de pedantismo à aproximação de quem quisesse expor situações e colher sua opinião centrada.

Pode-se imaginar como devem ser doces suas lembranças do Grupo Escolar Fernandes Lima e do Colégio Guido de Fontgalland, que ajudaram a fixar as bases éticas e estudantisdo futuro grande professor. Sua formação superior em Economia, pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, seguramente reforçou os alicerces dos estudos jurídicos que posteriormente seriam empreendidos e desenvolvidos ao longo da vida. No Direito, sua *alma mater* é o Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC, onde posteriormente veio a cursar Pós-Graduação em Direito Público.

Após os anos de formação, veio a fecunda vida profissional, como professor universitário. Na UFAL, foi proficiente professor de Direito Penal e Processo Penal, no curso de Direito. Foi membro de conselhos e exerceu cargos e funções acadêmicas relevantes, com destaque para o honroso cargo de Pró-Reitor Para Assuntos Estudantis e Comunitários. Os que têm o privilégio de terem sido seus alunos lembram muito bem do

jeito calmo e sereno do Prof. Dilmar Camerino, que sempre trazia ensinamentos jurídicos além dos exigidos pelo programa da disciplina, visto que compartilhava sua vasta experiência profissionalcom os alunos. Exemplos esclarecedores vinham auxiliar o entendimento da letra impassível dos códigos. Casos recentes e antigos sempre foram discutidos em sala de aula. O querido professor incentivava os debates, apresentações que ajudaram muitos alunos a enfrentar a timidez, assim como júris simulados que auxiliaram várias gerações de alunos, que hoje são imensamente gratos pela oportunidade que tiveram deconviver no salutar ambiente que se instalava ao redor desua presença conciliadora. Hoje, muitos dos seus ex-alunos desempenham elevadas funções nas carreiras jurídicas, principalmente no Estado de Alagoas, mas seguramente também em diversos outros locais do Brasil.

Como membro do Ministério Público do Estado de Alagoas, o agraciado com os estudos levados a efeito neste livro é considerado *hors-concours.* Sua destacada carreira é notoriamente conhecida. Foi Presidente da Associação do Ministério Público do Estado de Alagoas – AMPAL e Procurador-Geral de Justiça durante 3 mandatos. Exerceu a liderança institucional com firmeza e prudência. Deu ao Ministério Público alagoano um novo **status,** entre os órgãos estatais. Investiu em todas as áreas e realizou o primeiro concurso público com a participação de instituição especializada de renome nacional. Foi um divisor de águas, tendo dado início a uma nova era no Ministério Público do Estado de Alagoas. Foram muitas as suas realizações nessa seara. Gestor honesto e eficiente, profícuo em realizações, não seria possível enumerá-las todas sem desviar demasiadamente do escopo desta singela apresentação.

Dito isto, percebe-se bem que o Jubileu de Carvalho de personalidade tão destacada na sociedade alagoana merece uma atenção especial por parte daqueles que o admiram.

Lançada a ideia do livro, fomos entusiastas de primeira hora. Selecionamos convidados especiais e ficamos encantados com a receptividade, naturalmente por conta do distinto homenageado. A maioria aceitou com muito gosto, destacando a honra de participar do projeto. Assim, logramos obter os artigos de excepcional qualidade que compõem este livro. Para enriquecer os estudos e tornar a obra útil a um número maior de estudantes e profissionais, optamos por uma temática livre, o que tornou possível que cada autor pudesse escolher a matéria que reputasse mais condizente com o momento, considerasse mais relevante ou tivesse maior afinidade.

Como poderá ser visto, os estudos possuem amplo espectro. As análises perpassam temas clássicos do Direito como: princípios, democracia, constitucionalismo, interpretação, norma jurídica e linguagem. Também são abordados problemas atuais como: inteligência artificial, autocomposição, direito ambiental e do consumidor, feminicídio, liberdade religiosa, competência jurisdicional, precedentes judiciais, acordo de não persecução penal, orçamento público e poder disciplinar.

Tivemos a honra de contar com a participação de grandes nomes do magistério

jurídico alagoano, como os professores Marcos Bernardes de Mello e Paulo Lôbo, contemporâneos do Prof. Dilmar Camerino na UFAL. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça e também contemporâneo de magistério na mesma instituição de ensino, Humberto Martins, nos deu o privilégio de podermos contar com a sua valiosa contribuição, assim como muito engrandeceu esta coletânea os aportes teóricos de doutrinadores de renome nacional como Lenio Streck, Virgínia Colares e Rosmar Rodrigues Alencar. Não menos valiosos foram os artigos enviados por outros convidados, colegas de Ministério Público do homenageado, professores universitários e estudiosos do Direito.

Diante da enorme responsabilidade, consistente na custódia de arquivos com produções acadêmicas de autores destacados, optamos por não revisar os artigos. Desse modo, os textos constantes deste livro foram levados ao prelo da forma como recebidos pela organização. Não obstante, quando dos trabalhos de diagramação, foi necessário realizar alguns ajustes formais tendentes a uniformizar o material. Em certos casos, por exemplo, dentro do aceito pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, os autores fizeram opções distintas. A maioria dos estudos não veio precedida de *abstract,* de modo que, após alguma discussão, decidimos eliminar essa discrepância e, desde já, pedimos desculpas por isso aos autores que o inseriram. No geral, pode-se dizer que as intervenções foram mínimas e não alcançaram aspectos ortográficos, estilísticos e, naturalmente, muito menos de conteúdo.

Por fim, agradecemos ao eminente Procurador de Justiça aposentado Geraldo Magela Barbosa Pirauá, pelo brilhante Prefácio com que presenteou este livro. Agradecemos ainda aos colaboradores Thiago Henrique Ferreira, que gentilmente realizou a diagramação desta obra e nos auxiliou na concepção da capa e João Rodrigo Santos Ferreira, que de modo igualmente gentil nos ajudou com seus conhecimentos técnicos em Biblioteconomia e catalogação ISBN. Agradecemos aos órgãos e instituições que tornaram possível este trabalho. Por fim, somos gratíssimos à Providência, que nos permitiu capitanear esta homenagem ao querido colega de Ministério Público e emérito Professor Dilmar Lopes Camerino.

Maceió, em março de 2025.

Os organizadores:

Coaracy José Oliveira da Fonseca
George Sarmento Lins Júnior
Humberto Pimentel Costa
Lean Antônio Ferreira de Araújo

Sumário

Breves anotações sobre Teoria do Fato Jurídico **15**
Marcos Bernardes de Mello

Concepção normativa dos princípios jurídicos **36**
Paulo Lôbo

Direito e linguagem: um diálogo entre a Análise Crítica do Discurso Jurídico e a Crítica Hermenêutica do Direito **54**
Virgínia Colares

Para criticar Lenio Streck, Virginia Colares imita filólogo de a Sereníssima República: transforma Nebraska em Caneca e incorpora Humpty Dumpty – os problemas da teoria do espantalho **76**
Lenio Luiz Streck

Estado Democrático de Direito e liberdade religiosa **104**
Humberto Martins

O poder disciplinar do inimigo, o controle judicial e a contribuição da crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck **117**
Coaracy J. O. Fonseca

Autocomposição estrutural **153**
Humberto Pimentel
Lean Araújo

Constitucionalismo e crise de efetividade dos direitos sociais: entre o populismo e a satisfação das necessidades básicas **168**
George Sarmento

A decisão sem precedente: a passagem válida para apenas uma viagem **185**
Ravi Peixoto

Sentido e alcance do critério funcional de definição da competência criminal segundo o objeto do juízo **200**
Rosmar Rodrigues Alencar

O discurso da ciência do direito: A natureza descritiva da dogmática jurídica **221**
Adriano Soares da Costa

A incompatibilidade do art. 385 do CPP com o sistema acusatório **257**
Gustavo Badaró

Ministério Público e fiscalização da verdade real no processo penal: a retórica de suas metáforas **274**
Pablo R. de L. Falcão

Norma jurídica penal: Apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova **296**
Beclaute Silva

Transferência de pessoa condenada entre Estados **313**
Paula Ritzmann Torres

Desafios para as democracias no Mundo Hoje e Possíveis Soluções **332**
Maurício A. B. Pitta

A proibição da proteção deficiente *versus* a proibição do excesso: o uso das câmeras corporais por agentes da segurança pública no Estado de Alagoas **346**
Karla Padilha
Débora Cavalcanti

Acesso à água potável: direito humano ou utopia? **365**
Lavínia Silveira de Mendonça Fragoso
Maria Clara Fragoso de Mendonça

Uma análise do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) brasileiro à luz da teoria do transplante legal **384**
T. Chacon Delgado

O ativismo judicial na Suprema Corte Norte-americana: a influência do caso Marbury V. Madison no brasil **399**
Leonardo Novaes
Ricardo Schneider

Escolhas orçamentárias e garantia dos direitos fundamentais **416**
Alexandra Beurlen
Fernanda Moreira

Feminicídio no Brasil: análise histórica e jurídica **429**
Stela Valéria Cavalcanti

Práticas abusivas das operadoras de saúde e autogestões: desafios contemporâneos **449**
Max Martins

Inteligência artificial e fiscalização das contas públicas no Brasil: uma análise das ferramentas à disposição do Tribunal de Contas da União **469**
Bruno Baptista

Desamparo digital como expressão contemporânea do abandono de incapaz: aspecto de uma sociedade hiperconectada ante o dever parental e do Estado de prestar proteção integral a crianças e adolescentes **486**
Vicente Porciúncula

Prerrogativa de foro em razão da função na jurisprudência do STF: uma reflexão sobre as consequências das recentes mudanças na ação do Ministério Público **501**
Fernanda Calixto

A construção simbólica da periculosidade de mulheres encarceradas a partir das mudanças nos espaços arquitetônicos penitenciários: o caso concreto do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, em Maceió/Alagoas/Brasil **514**
Elaine Pimentel

Prelúdio à atividade de Polícia Judiciária em recuperação de ativos ilícitos: um caminho inevitável de enfrentamento ao crime organizado **530**
Estácio Netto

Breves anotações sobre Teoria do Fato Jurídico

Marcos Bernardes de Mello

1. Introdução

É com imenso prazer que escrevi este artigo para integrar a obra em justa homenagem ao nosso caríssimo amigo Dilmar Lopes Camerino, Professor de escol de nossa amada Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL) e destacado Membro do MPA, onde foi Procurador-Geral.

Em regra, o fato jurídico é estudado pelos civilistas, certamente por duas razões principais, a saber: (*a*) a primeira, até o começo do Século XX, os ramos conhecidos do Direito, exceto naturalmente, o Direito Penal, eram poucos e incipientes. Por não terem uma doutrina própria firmada buscavam nas categorias do Direito Civil o seu fundamento. O Direito Civil, portanto, reinava soberano na Ciência Jurídica, vindo esse *status* desde o Direito Romano. Basta lembrar que, por sua tamanha importância e influência, a Teoria Geral do Direito foi construída, originalmente, pelos excepcionais juristas alemães da Escola Histórica e da Padectística, teorizando as categorias gerais do Direito Civil; (*b*) a segunda: inspirado nessa teorização, o BGB adotou uma Parte Geral (*Allgemeiner Teil*), em que prescreveu regras sobre pessoas, bens e fatos jurídicos (especificamente a espécie negócio jurídico, notadamente em relação aos planos da validade e da eficácia); em razão do prestígio de sua origem, a técnica do BGB influenciou legislações que, como o Código Civil brasileiro, adotaram uma Parte Geral e, como natural consequência, um forte estímulo ao estudo pela doutrina do Direito Civil das matérias ali tratadas.

Nas outras áreas jurídicas, porém, é comum não se dar a devida importância ao tema fato jurídico a ponto de ignorá-lo ou tratá-lo superficialmente, *a vol d'oiseau.* Essa situação se encontra, francamente, na processualística em geral[1], apesar de haver obras, embora raras, que cuidam do assunto com esmerada proficiência, de que são exemplos, dentre outras, as de DIDIER JR., Fredie, e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, *Teoria*

[1] Veja-se como dele tratam as obras sobre teoria geral do processo (área própria para o estudo do fato jurídico) de que podemos citar, apenas como exemplos, MEDINA, Teoria geral do processo. Belo Horizonte, Del Rey, 2012; SILVA, Ovídio A. Baptista e GOMES, Fabio. Teoria geral do processo civil,3ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; CONRADO, Paulo Cesar. Introdução à teoria geral do processo, 2ª Ed., São Paulo, Max Limonad, 2003; CINTRA, Carlos de Araújo Cintra, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel.Teoria geral do processo. 25ª ed.,São Paulo, Malheiros Editores, 2009; ROCHA, José Albuquerque, Teoria geral do processo.7ª ed., São Paulo, Atlas,2003. ALVIM, J.E. Carreira, Elementos de teoria geral do processo. 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

dos fatos jurídicos processuais. (2ª ed. Salvador, Jus Podium, 2013); de NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, *Teoria da ação de direito material* (Salvador, Jus Podium, 2008) e de GOMES, Danilo Heber, *Ato processual (in)existente* (Curitiba, Juruá, 2013).

O *fato jurídico,* no entanto, é, sem dúvida, o conceito fundamental do Direito, precisamente porque constitui o dado inicial do desenvolvimento do fenômeno jurídico[2]. Somente a partir dele se pode falar em juridicidade, em mundo dos fatos e mundo do direito, em licitude e ilicitude, em eficácia jurídica, portanto, em situações jurídicas e suas mais importantes espécies, as relações jurídicas, com seu conteúdo de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceção, em sanções, em prêmios, ou quaisquer outras espécies de consequências jurídicas. Antes dele apenas existem normas e fatos, não direito. Portanto, é conceito universal, essencial em qualquer área da Ciência Jurídica.

Em face dessas considerações, seu estudo parece ser não apenas de inquestionável importância, mas, certamente, imprescindível à exata compreensão do fenômeno jurídico em sua complexidade.

2. Noções Fundamentais sobre Fato Jurídico

2.1.O conceito de fato jurídico.

2.1.1. Critério para conceituar o fato jurídico.

Constitui cânone da Lógica tradicional que a definição de um objeto deve torná-lo espécie individualizada e distinta das demais do mesmo gênero, o que implica afirmar que seu enunciado deve conter a indicação do gênero próximo a que ele pertence e da diferença específica que o distingue. Para tanto, notadamente quando se trata da menção à diferença específica, é preciso que sejam mencionados os elementos que integram a substância de sua estrutura fáctica (=do ser), aquele dado cuja ausência, mesmo eventual, o descaracteriza. Aspectos contingentes devem ser, necessariamente, *desprezados.* Numa atitude científica, portanto, uma definição há de se basear na descrição de dados que são essenciais ao objeto e imutáveis de maneira que, por si sós, bastem à sua caracterização.

2.1.2. O conceito de fato jurídico segundo a doutrina tradicional

A doutrina, tradicionalmente, inspirada na obra de Savigny, adotou definir fato jurídico como todo acontecimento capaz de criar, modificar, resguardar ou extinguir relações jurídicas[3]. Esse conceito de fato jurídico vem sendo repetido ao longo dos tempos

[2] Lê-se em Pontes de Miranda: "4.A noção fundamental do direito é a de fato jurídico e depois a de relação jurídica..." (Tratado de direito privado,t.I, Prefácio, p. XVI)

[3] Ao que parece, deve-se a Savigny o ser o criador das expressões fato jurídico e relações jurídicas. Lê-se em seu notável Sistema del derecho romano actual, II, p.142: Chamo fatos jurídicos os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam. Esse conceito de fato jurídico veio sendo repetido ao longo dos tempos, com algumas variações que lhe procuram dar maior precisão, incluindo outras consequências jurídicas que podem decorrer de fatos jurídicos, como, por exemplo, a qualificação de pessoas e coisas.

com algumas variações que lhe procuram dar maior precisão, incluindo nele a menção a outras consequências jurídicas que podem decorrer de fatos jurídicos, como, por exemplo, *a qualificação de pessoas e coisas*[4].

Como se constata, esse conceito toma como elemento caracterizador do fato jurídico a eficácia que ele *pode gerar,* mas, não gera necessariamente. Apesar de a geração da eficácia jurídica que lhe é imputada pela norma jurídica constituir o fim último do fato jurídico, há espécies em que o fato jurídico, em razão mesmo de sua natureza, não gera sua eficácia final específica[5]. Com efeito, a análise do que se passa no mundo jurídico, a observação da vida dos direitos, mostra que há fatos jurídicos válidos que existem e se extinguem sem que jamais produzam as consequências jurídicas (= efeitos jurídicos) que a norma jurídica lhes atribui. É o que acontece com o testamento válido que é revogado pelo testador; ninguém pode negar que houve um negócio jurídico (=fato jurídico *lato sensu*), mas, ninguém terá visto sua eficácia final própria[6]. Como se poderá classificá-lo como fato jurídico se analisado pela óptica de Savigny e seus seguidores? O mesmo ocorre, ainda como exemplo, com os atos jurídicos nulos que muitos não os reconhecem como fatos jurídicos, exatamente por não produzirem, em geral, os efeitos que teriam se válidos fossem. Mas, é certo, cientificamente, não se lhes pode negar a natureza de fato jurídico (*lato sensu*) mesmo porque o ser nulo já constitui uma qualidade jurídica que somente se pode atribuir a atos jurídicos. Por isso, há incoerência na afirmativa de que o ato nulo não é ato jurídico. Acrescente-se que há atos jurídicos nulos que produzem efeitos jurídicos (= casamento putativo). Como negar-lhes juridicidade?

Acrescente-se ainda que, segundo os cânones da Ciência, é inadmissível definir-se o objeto (=causa) pela menção de suas consequências (=efeitos), mesmo quando não haja exceções, porque quando se tiver de definir a consequência (=efeitos) ter-se-á que reportar-se à causa, o que implicará no estabelecimento de um círculo vicioso.

Em face dessas observações, é evidente a acientificidade e sua consequente

[4] Veja-se, por exemplo, em Passarelli, Santoro, Teoria geral do direito civil,p.79.

[5] Seria um contrassenso criar-se um fato jurídico sem atribuir-lhe consequência jurídica alguma, mesmo porque essa é sua finalidade última. Apesar disso, circunstâncias que ocorrem no mundo podem implicar que o fato jurídico constituído para gerar certo efeito jurídico, não o possa produzir. Embora ineficaz, não perde seu caráter de fato jurídico.

[6] A referência a eficácia final e própria do fato jurídico para caracterizar a ineficácia se deve a nosso entendimento de não haver ineficácia absoluta. Todo fato jurídico, mesmo os nulos e os ditos ineficazes, produz, ao menos, o que se denomina eficácia mínima representada pela vinculabilidade ou a vinculação. No testamento, os bens que sejam objetos das dotações testamentárias que existirem por ocasião da morte do testador ficam vinculados às disposições testamentárias (=vontade do testador) se outra não tiver sido manifestada em contrário pela mesma forma com que foi originalmente manifestada. Nos negócios jurídicos sob condição suspensiva, há efeitos mínimos, como o direito de conservação, além da vinculação das manifestações de vontade ao negócio mesmo, que somente desaparece por algum fato jurídico desjuridizantes (revogação, resolução, etc., conforme a espécie). Vide,sobre isso, Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico : plano da eficácia, §§9 e 10 e Teoria do fato jurídico : plano da validade, §§ 67/68.

inadequação do conceito de fato jurídico como enunciado, tradicionalmente, pela doutrina.

2.1.3. A concepção de fato jurídico de Pontes de Miranda

Para bem compreender a definição ponteana de fato jurídico, faz necessário o conhecimento de conceitos fundamentais que embasam sua visão do fenômeno jurídico.

(a) Mundo dos fatos e mundo do direito.

Pontes de Miranda para definir o fato jurídico, segundo o critério científico de mencionar os dados que são essências à sua existência e que o diferem dos demais objetos do mesmo gênero, desenvolveu toda uma teoria que pode assim ser resumida:

Fato é tudo o que acontece no mundo, seja qual for sua origem, natural (=evento) ou produzido pelo homem (=conduta). O mundo mesmo é *a soma dos fatos que ocorreram e o campo em que fatos futuros se vão dar*[7] e a vida uma sucessão permanente de fatos, desde o mais simples evento, a mais complexa conduta

É irretorquível que nem todos os fatos têm a mesma importância para a vida humana em sociedade. Há fatos, inclusive puros eventos naturais, que possuem para os homens, em suas relações intersubjetivas, significado fundamental, enquanto outros, ou por lhes fugirem ao controle, ou por não lhes acarretarem vantagens, ou, ainda, por não lhes provocarem o interesse, são tidos como irrelevantes. Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, gerando entrechoques de interesses e afetando, de algum modo, a harmonia entre as pessoas, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social[8]. A norma jurídica tem, assim, a função classificadora dos fatos da vida em fatos, simplesmente, e fatos jurídicos. Partindo dessa realidade, Pontes de Miranda criou a divisão lógica do mundo (geral) em mundo dos fatos, onde estão aqueles não qualificados de jurídicos, e o mundo do direito, integrado, exclusivamente, pelos fatos jurídicos.

(b) A incidência juridicizante[9].

Do ponto de vista linguístico, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética cuja estrutura, segundo a lógica tradicional, pode ser assim expressada: *se SF então deve*

[7] Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t.I, §1º.

[8] Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico:plano da existência, § 3º.

[9] A incidência é sempre juridicizante, mas, nem sempre para criar fato jurídico jurígeno (= fato jurídico gerador de direitos e deveres). Muitas vezes, a norma jurídica é estruturada de tal maneira que, de sua incidência, resulta fato jurídico cuja eficácia consiste, exclusivamente: (a) em evitar que um determinado fato, que teria entrada no mundo jurídico como certo fato jurídico, assim ingresse (=normas pré-excludente de juridicidade, e. g. art.188 do Código Civil e art. 19 do Código Penal); (b) em retirar do mundo jurídico ato jurídico que lá se encontra (=normas desjuridicizantes; e. g. revogação de doação simples por ingratidão); (c) em invalidar negócios jurídicos (= normas invalidantes; e.g. art. 166 do Código Civil); (d) em extinguir ou suspender os efeitos jurídicos já produzidos no plano da eficácia (=normas deseficacizantes; e.g. normas sobre prescrição, decadência, preclusão).

ser P, em que a hipótese (= o *antecedente* - SF) descreve o suporte fáctico (= fatos considerados relevantes que, ao se concretizarem no mundo, constituirão o fato jurídico) e a tese (= o *consequente,* que constitui o preceito - P) em que são definidas as consequências jurídicas imputadas ao fato jurídico).

Além de definir, hipoteticamente, o suporte fáctico cabe à norma jurídica a função de criar o fato jurídico por meio da *incidência*[10]. Com efeito, toda vez que seu suporte fáctico suficiente[11] se concretiza no mundo, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização. A *incidência* é, assim, o *efeito* da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fáctico considerada relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá tratar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de eficácia jurídica. É preciso, portanto, considerar que há a eficácia da norma jurídica (= eficácia normativa, denominada eficácia legal, por Pontes de Miranda), a *incidência sobre o suporte fáctico,* de que resulta o fato jurídico, e a eficácia jurídica que consiste nas consequências que decorrem do fato jurídico já existente. Não é possível falar de eficácia jurídica (relação jurídica, direitos, deveres e demais categorias eficaciais) antes de ocorrida a eficácia normativa (incidência). Pode-se, então, assim descrever, em sua essência e em suma, o fenômeno da juridicidade: a norma jurídica, incidindo sobre seu suporte fáctico concretizado, gera o fato jurídico, o qual poderá produzir os efeitos jurídicos que lhe são imputados. Esquematicamente, pode ser expressado da forma seguinte:

norma jurídica
↓ = fato jurídico => eficácia jurídica
suporte fáctico

Resulta daí à evidência que, nem à norma jurídica sozinha, nem ao fato antes da incidência, é possível atribuir qualquer efeito jurídico. O fato, enquanto apenas fato, e a norma jurídica, enquanto não se realizarem seus pressupostos de incidência (suporte fáctico concreto), não têm qualquer efeito vinculante relativamente aos homens[12].

(c) O conceito de fato jurídico de Pontes de Miranda.

A partir dessa visão do fenômeno jurídico, Pontes de Miranda, analisando os seus elementos estruturais essenciais à existência do fato jurídico, assim o conceituou, de modo preciso e definitivo:

> *... o fato jurídico é o que fica do suporte fáctico suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico (...) no*

[10] Incidência constitui o conceito fundamental de sua teoria do fato jurídico.
[11] Suporte fáctico suficiente é aquele em que todos os fatos descritos no antecedente da norma, sem exceção, estão concretizados no mudo.
[12] Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico:plano da existência, §16.

> *suporte fáctico se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contêm fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade,*[13]

2.1.4. Observações finais sobre fatos jurídicos.

Do conceito de fato jurídico conforme expressado, em última análise, se constata que lhe são indiferentes à existência:

(*i*) se são lícitos ou ilícitos, válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes;

(*ii*) se o cerne de seu suporte fáctico é composto por fato-evento (=fato da natureza, mesmo quando relacionado ao homem em sua condição biológica) ou fato-conduta (=fato produzido pela conduta humana, voluntária ou involuntária). Importa, tão somente, que esteja previsto como suporte fáctico de uma norma jurídica vigente e que, concretizado no mundo, tenha recebido a sua incidência que, aliás, é fatal.

Diferentemente de outras teorias, a aplicação dessa concepção de fato jurídico, porque se fundamenta em seus dados existenciais essenciais, conduz a que, a partir da simples comparação dos enunciados da norma jurídica (=suporte fáctico hipotético) com os fatos mesmos ocorridos no mundo (=suporte fáctico concreto), se possa ter a certeza de que tal ou qual fato é jurídico ou não. O nascimento com vida de um ser humano, por exemplo, é fato jurídico, não porque lhe atribui a personalidade de direito, mas porque, sendo suporte fáctico do artigo 2.° do Código Civil, entra no mundo jurídico por consequência da incidência daquela norma legal. O mesmo ocorre com o crime de homicídio, que é fato jurídico ilícito em razão da incidência do art. 121 do Código Penal.

Com a aplicação desse conceito de fato jurídico, portanto, para identificar-se qualquer deles, torna-se de todo ocioso perquirir-se sobre os efeitos jurídicos que possam ter ou efetivamente tenham, porque se cria, modifica, resguarda ou extingue alguma situação jurídica, ou não faz nada disso, é absolutamente irrelevante. O ser, eventualmente, ineficaz não desfigura o fato jurídico, pois a eficácia não lhe é condição essencial à existência, embora seja a razão de sua criação[14]. O fato jurídico cuja eficácia é protraída, por sua própria natureza ou por disposição negocial (=condição suspensiva, e.g.), existe como fato jurídico desde o momento em que se deu a incidência da norma jurídica, mas, é ineficaz em relação a seus efeitos finais e próprios até ocorrer o fato de que dependa a geração de sua eficácia. O testamento, já mencionado antes, é exemplo de fato jurídico ineficaz por natureza; antes de ocorrida a morte do testador não produz seu efeito de

[13] Tratado de direito privado, t.I, §23,1.

[14] Vide nota nº 5.

transmitir a herança; se for revogado pelo testador, e.g., foi fato jurídico, porém terá sido ineficaz quanto a seus efeitos próprios, finais; o negócio jurídico sob condição suspensiva não gera sua eficácia própria até que aconteça o fato futuro e incerto a que está sujeita.

2.2. Classificação dos fatos jurídicos *"lato sensu".*

2.2.1. Critérios para a classificação dos fatos jurídicos.

Vários têm sido os critérios adotados pela doutrina para classificar os fatos jurídicos.

(*i*) A classificação primeira vem do Direito Romano, que somente merece menção por seu valor histórico. O *Corpus Juris Civilis*[15]*,* adotou uma classificação quadripartite das chamadas *fontes das obrigações em contrato, quase-contrato, delito e quase-delito.* o tem procurado elaborar uma taxionomia dos fatos jurídicos usando critérios os mais diversos.

(*ii*) Classificação segundo os efeitos

Modernamente, grande parte dos doutrinadores os catalogam, tomando por fundamento os efeitos que podem produzir em constitutivos, modificativos ou extintivos, conforme criem (constituam), modifiquem ou extingam relações jurídicas.

(*iii*) Classificação segundo a natureza dos fatos

Outros, diferentemente, procuram estabelecer a classificação mencionando dados fácticos encontráveis na sua configuração, como faz, por exemplo, Orlando Gomes[16].

2.2.2. A classificação de Pontes de Miranda: segundo o elemento cerne do suporte fáctico.

Do ponto de vista científico, uma classificação, como uma definição, deve individuar seu objeto levando em conta dados de sua estrutura que sejam invariáveis e que o tornem espécie distinta dos demais do mesmo gênero[17]. Além disso, necessita ser exaustiva, abrangente o bastante para incluir todos os indivíduos, sem qualquer exclusão, e também exata de modo que não possibilite sua catalogação em mais de uma classe.

Já se mencionou antes, deve-se à doutrina alemã, a partir de meados do Século XVIII, a elaboração do que se convencionou denominar de Teoria Geral do Direito. Desses estudos resultou uma classificação dos fatos jurídicos baseada nos elementos essenciais que os caracterizam. Partindo desse acervo legado pelos Pandectistas germânicos, Pontes de Miranda[18], o príncipe de nossos juristas, *após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os*

[15] Institutas,L.II. Tit.XIII (XIV).

[16] Introdução ao direito civil, p.226/7. Esse autor, em sua obra Transformações geris do direito das obrigações, adota outra classificação com fundamento na doutrina alemã. Sobre esse critério e sua crítica, vide Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico: plano da existência,§27.

[17] Jean-Louis Bergel, Teoria geral do direito, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2001, n.184.

[18] Tratado de direito privado, t.I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

fatos jurídicos, aprimorou a taxionomia levada a efeito pelos germânicos, dando-lhe maior precisão e absoluto rigor cientifico. O critério adotado se funda em classificar o fato jurídico lato sensu com fundamento em dado essencial e imutável que caracteriza, com exclusividade, o gênero e, nele, cada espécie de fato jurídico, o elemento cerne[19] de seu suporte fáctico tal como previsto, abstratamente, na norma jurídica. Em consequência, sua classificação, além de abranger todas as espécies possíveis de fatos jurídicos, as cataloga de modo que o mesmo fato jamais pode pertencer a mais de uma classe, ou pode mudar de classe em razão da maneira como se concretiza seu suporte fáctico no mundo. A mudança de classe de um fato jurídico somente é possível havendo mudança no suporte fáctico definido pela norma.

Com base nessa metodologia, os fatos jurídicos *lato sensu* são classificáveis em duas grandes categorias: *lícitos,* aqueles que realizam a ordem jurídica (=são conformes a direito) e *ilícitos,* em razão de a violarem (=são contrários a direito).

Nessas duas categorias, a classificação dos fatos jurídicos que as integram leva em conta a natureza do fato cerne do suporte fáctico, tal como descrito, hipoteticamente, na norma jurídica que o prevê. Como já se mostrou antes, no mundo existem, apenas, *fatos-eventos* (E) ou *fatos-condutas* (C), de modo que a partir deles somente há três hipóteses possíveis de *cernes* de suportes fácticos: (*i*) um evento da natureza, inclusive quando referido a seres humanos em sua condição biológica (=E); (*ii*) um evento que se materializa, necessariamente, como resultado de uma conduta avolitiva ou assim considerada pelo Direito (C+E); e (*iii*) uma conduta volitiva (C=ato). Há, portanto, somente três espécies possíveis de fatos jurídicos: (a) fatos jurídicos *stricto sensu* (s.f.=E); (b) ato-fato jurídico (s.f.= Cav+E); e ato jurídico *lato sensu* (Cv).

2.2.3. Das espécies segundo a licitude[20].

Há controvérsias quanto a admitir-se a existência de fatos jurídicos ilícitos (=contrários a direito). Duas são as principais objeções que doutrinadores lhe opõem:

[19] Todo suporte fáctico tem um núcleo que se compõe de um cerne e de elementos completantes. O cerne é que identifica o fato jurídico, pois a sua concreção é que faz nascer, no tempo, o fato jurídico e define o seu gênero. O cerne é invariável. Os elementos completantes completam o núcleo, e variam conforme a espécie do fato jurídico daquele gênero. Explica-se: Todo negócio jurídico, invariavelmente, tem por cerne uma exteriorização consciente de vontade, mas variam os elementos completantes conforme a espécie de negócio jurídico. Exemplifica-se: o suporte fáctico do negócio jurídico da compra e venda tem como cerne a exteriorização de vontade das partes (acordo entre vendedor e comprador), e como elementos completantes o objeto e o preço. No negócio jurídico da doação o cerne do suporte fáctico é a exteriorização de vontade (acordo entre doador e donatário), mas, muda um dos elementos completantes: ao invés de preço há gratuidade. Como se vê, o cerne (acordo de vontade) se mantém imutável, de modo que há um negócio jurídico, mudando a espécie, pela modificação do elemento completante. Vide sobre o assunto, com detalhes, Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico: plano da existência, §12.6.

[20] Uma análise crítica sobre essas objeções, vide Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico:plano da existência, §30.

(a) alguns consideram uma contradictio in adiecto dizer-se jurídico um fato que se caracteriza, precisamente, por contrariar a ordem jurídica;

(b) outros alegam que, se a função principal dos fatos jurídicos consiste em criar direitos para quem os pratica, segundo sua vontade, como se pode considerar jurídico o ilícito que, ao contrário, somente cria obrigações para seu autor ou quem seja por ele responsável, não apenas independentemente de sua vontade, mas, notadamente, mesmo contrária a ela.

Essas objeções, entretanto, não têm fundamento lógico ou científico, baseando-se, tão somente, em argumentos de autoridade.

2.2.4. Análise das várias espécies lícitas.

(*i*) O fato jurídico *stricto sensu.*

Sempre que o cerne de um suporte fáctico é composto, exclusivamente, por eventos naturais ou do animal sem a previsão de conduta humana volitiva, está configurado um fato jurídico *stricto sensu.* Nessa espécie são classificáveis o nascimento, a morte, o implemento de idade, a concepção, a doença mental, a frutificação, a avulsão, a aluvião, a formação de ilhas, por exemplo.

Como se pode constatar, alguns desses fatos estão ligados diretamente ao homem, como no nascimento, na morte, no implemento de idade, na concepção, mas numa relação exclusivamente natural, biológica. Em certas situações, porém, podem até resultar de atos humanos, mesmo intencionais, como ocorre com a morte decorrente de homicídio ou de suicídio, ou com a concepção por inseminação artificial. Essa circunstância, porém, não afeta a classificação do fato jurídico, porque não importa como o fato se concretiza no mundo, mas como está descrita em seu suporte fáctico hipotético. No homicídio, o fato jurídico *stricto sensu* da morte entra, apenas, como um dos elementos que compõem o suporte fáctico do ato ilícito criminal. Alguns doutrinadores, como por exemplo, Luigi Ferrajoli,[21] afirmam constituir um contrassenso admitir-se a categoria fato jurídico *stricto sensu,* ao argumento de que, sendo, o direito, fundamentalmente comportamental e intersubjetivo, não poderia haver fatos jurídicos stricto sensu, mas, somente, atos jurídicos.

É indiscutível, consoante demonstrou Kant[22], que o ser (*Sein*) é irredutível ao *dever-ser (Sollen).* Na realidade, os fatos são indiferentes às regras ditadas pelos homens, pois o ciclo da natureza, a causalidade natural, é indisciplinável pelo homem. A verdade, porém, é que as normas jurídicas não se dirigem aos eventos da natureza ou do animal para conformá-los ou para regular como devem ocorrer; apenas os toma tal qual acontecem ou, quando isso é impossível, dentro de certo sentido, como nas presunções e ficções, para tão

[21] Teoria assiomatizzata del diritto: parte generale. Milão,: Giuffrè, p.75 s.
[22] Crítica da razão pura:dialética, cap.II, secção 9ª, § 3º.

somente dispor como se devem comportar as pessoas que sejam por eles afetados ou estejam a eles ligados de alguma forma. A interferência a do fato na esfera jurídica de alguém, ampliando-a ou reduzindo-a, constitui o dado suficiente para que o direito passe a regê-lo no plano do comportamento humano.

Quando um rio muda seu curso, abandonando seu álveo para ocupar outro, pode beneficiar os donos dos terrenos ribeirinhos, que adquirem a área que constituía o seu álveo, e prejudicar os proprietários das terras por onde passa a correr, que perdem a área ocupada pelo novo curso, gerando a possibilidade de conflitos entre as pessoas afetadas. Por essa razão, há necessidade de que a comunidade jurídica dite norma jurídica para regular o abandono do álveo pelo rio, mas, ao fazê-lo não o proíbe, nem o permite ou determina que ocorra, muito menos estabelece regras de como se deve acontecer, apenas se limita a prescrever como se devem comportar as pessoas por ele afetadas.

Do mesmo modo procede o Direito relativamente a todos os fatos naturais que, de alguma maneira, por interferir no relacionamento entre os homens, possam provocar conflitos de interesses, como ocorre com a avulsão, a aluvião, a frutificação, o nascimento, a mor¬te, o implemento de idade, e assim por diante. Porque o Direito existe para possibilitar uma pacífica convi¬vência social, esses eventos não podem ser desconsiderados, quedarem sem regulação, fora do mundo jurídico, em suas consequências relativamente aos homens.

(*ii*) O ato-fato jurídico.

Há outras espécies cujos suportes fácticos preveem situações de fato as quais, no entanto, somente podem concretizar-se como resultantes de conduta humana, comissiva ou omissiva. A caça, a pesca, a especificação, a tomada de posse, a tradição da posse, o abandono da posse, a descoberta do tesouro, a prescrição, a caducidade sem culpa (=decadência), a usucapião, o adimplemento de obrigações, são exemplos dessa espécie. É evidente que a presença da situação fáctica criada pela conduta, constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que possa, simplesmente, ser desconsiderada como se inexistente fosse. Por essa circunstância, a norma jurídica abstrai qualquer elemento volitivo que, porventura, possa haver motivador da conduta, recebendo-a sempre como avolitiva; não importa, assim, se houve, ou não, vontade em praticá-lo ou em obter o resultado que tiver.

Em face desse tratamento que, em coerência com a natureza das coisas, ressalta a consequência fáctica da conduta, sem dar qualquer significância à vontade em realizá-lo, Pontes de Miranda denominou essa espécie de *ato-fato jurídico,* expressão que ressalta a relação essencial entre a conduta humana e o fato que dela resulta[23].

A espécie ato-fato jurídico abrange: (*a*) os denominados atos reais (*Realakten,* também denominados atos materiais *Tathandlungen*), (*b*) os atos-fatos indenizativos e (*c*)

[23] Tratado de direito privado, cit., t.II, 373 s.

os atos-fatos caducificantes[24].

(*a*) Os atos reais são tipificados por situações fácticas que resultam de condutas humanas, em que a vontade em praticá-los é irrelevante para o Direito. Exemplos dessa classe são a caça, a pesca, as várias espécies de especificações, a tomada de posse, a tradição da posse, o abandono da posse, a descoberta do tesouro e da coisa perdida, a ocupação, a usucapião.

Em todas as denominações empregadas pela doutrina alemã e a cunhada por Pontes de Miranda para identificar essa espécie de fato jurídico dá-se relevo à particularidade de que, para sua configuração, o que importa é o fato que se materializa no mundo, em razão da impossibilidade lógica e também natural de ser desconsiderada sua presença no plano da realidade física, não a conduta humana de que resulta, como ato de vontade. Na especificação, por exemplo, interessa o resulta¬do que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade em obtê-lo. O louco que pinta um quadro adquire-lhe a propriedade e não importa se, ao menos, ele sabia, ou não, o que estava realizando. O absolutamente incapaz adquire a propriedade do tesouro descoberto em terras de seu domínio durante a escavação, por ordem sua, de um poço a procura de água. Nessas espécies, como na ocupação, na produção de obra artística, literária ou científica, na fabricação de objetos quaisquer, na caça, na pesca, e.g., não se tem em conta a vontade em praticar a conduta, mesmo que ela exista, mas, simplesmente, tão somente o dado fáctico com lugar no mundo e que, por isso mesmo, não pode ser ignorado.

(*b*) Também se incluem nessa categoria as situações fácticas em consequência das quais alguém passa a ter o dever de indenizar, sem que haja ilicitude: são os atos-fatos indenizativos. Em geral, são indenizáveis os danos decorrentes de atos ilícitos. Ocorre, porém, que há casos em que o ato praticado no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade, causa dano a patrimônio de terceiro, gerando o dever de indenizar, independentemente de ilicitude. A hipótese prevista no art. 188, II, combinado com os arts. 929 e 930 do Código Civil é exemplo dessa espécie de ato-fato. Nesses casos de indenizabilidade sem ilicitude, o ato é considerado, numa visão mais rente à realidade, em seus efeitos fácticos, representados pelos danos causados à esfera jurídica alheia. O suporte fáctico suficiente dessa espécie é composto, apenas, por dois elementos: ato não contrário a direito + dano a patrimônio alheio (= fato-danoso). A vontade na prática do ato é, absolutamente, irrelevante para a incidência da norma jurídica e, portanto, para a constituição do fato jurídico.

Integram essa categoria, por exemplo, quando causadores de danos indenizáveis, os atos:

(*b.a*) de indústria perigosa, desde que regularmente autorizada, incluí¬das as estradas de ferro, neste caso, se os danos forem causados a terceiros que não sejam passageiros ou remetentes de carga;

[24] Vide, sobre essa espécies, Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit., §§ [34]-[36]. Pontes de Miranda os denomina casos de indenizabilidade sem culpa e de caducidade sem culpa.

(*b.b*) de produção industrial, bem como de prestação de serviço, quando do produto ou do serviço resulta dano ao consumidor.

Essas espécies de atos-fatos jurídicos se assemelham bastante aos ilícitos. A distinção, porém, aparece nítida se considerarmos que as condutas que integram os seus suportes fácticos são consideradas conformes a direito pelo ordenamento jurídico, donde não serem ilícitas. Nos exemplos formulados acima esse aspecto da conformidade ou não-conformidade com o direito fica bem ressaltado:

(*i*) na indústria perigosa, não haverá ilicitude se e enquanto se mantiver dentro dos limites da permissão e compatibilidade com o ordenamento jurídico, bem assim operando segundo os padrões tecnicamente adequados.

(*ii*) na produção de bens de consumo e na prestação de serviço ao consumidor, por defeito do produto ou do serviço;

(*c*) São atos-fatos jurídicos caducificantes: a decadência[25], a preclusão e a prescrição, cujos suportes fácticos se compõem, apenas, da inação do titular de um direito em exercê-lo durante certo tempo, em face da irrelevância que tem o elemento volitivo como determinante da omissão (= inação) de que resultam.

Existem divergências doutrinárias em relação a tratar o ato-fato jurídico como uma categoria específica de fato jurídico ao invés de incluí-lo como espécie de ato jurídicos[26]. Pontes de Miranda, porém, justifica, com absoluta propriedade e de modo irrefutável, porque não se devem classificar os atos-fatos entre os atos jurídicos, com essa lapidar lição: "ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito ou ilícito,* e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu.* Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação 'fato, homem'), com que se elide o

[25] A decadência (=caducidade) também pode ser eficácia de um ato ilícito sempre culposo, de que é exemplo a perda do poder familiar pelo pai que castiga imoderadamente o filho (Código Civil, art.1.638, I). A preclusão e a prescrição nunca são decorrência de ilicitude.

[26] Em verdade, os doutrinadores germânicos inspirados, principalmente, nos estudos de Manigk, tratam o denominado Realakt (ato real) ou Tathandlung (ato material) como uma espécie de ato jurídico. Os italianos seguem essa mesma orientação. A doutrina francesa, diferentemente, que somente distingue duas espécies de fatos jurídicos: os fatos jurídicos e os atos jurídicos, inclui na primeira categoria, os fatos jurídicos stricto sensu, os atos-fatos jurídicos e os ilícitos de todas as espécies.

Entre nós, os autores que, à exceção de Pontes de Miranda, versaram mais dedicadamente o assunto, Orlando Gomes(Transformações gerais do direito das obrigações, 1ª, ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967; 2ª ed., 1980, p. 76 e segs.), Vicente Ráo (Ato jurídico, São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 22) e Carlos Roberto Gonçalves(Direito civil brasileiro:parte geral, I v., 6ª, ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.279), reproduzem a orientação germânica ou a francesa. Autores mais recentes, como Paulo Lobo (Direito civil:parte geral, São Paulo:Saraiva, 2009), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Novo curso de direito civil:parte geral, v.I, São Paulo: Saraiva, 2002, p.304-305) e Marcos Ehrhardt Junior Direito civil: LICC e parte geral, Salvador: Juspodium, 2009, p.449 s., adotam a orientação ponteana.

último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o *quid* psíquico, o ato, fato (independente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato"[27].

(*iii*) Dos atos jurídicos lato sensu lícitos

(*a*) Conceito

Denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fáctico tenha como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, por meio da qual se possa obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível.

A partir desse conceito, temos que constituem elementos essenciais à caracterização do ato jurídico:

(*a*) uma exteriorização de vontade, mediante manifestação ou declaração[28], bastante para constituir uma conduta juridicamente relevante e, por isso, prevista como suporte fáctico de norma jurídica;

(*b*) que haja consciência dessa exteriorização de vontade, quer dizer, que a pessoa que manifesta ou declara a vontade o faça com o intuito de realizar aquela conduta específica e juridicamente relevante;

(*c*) que desse ato decorra a obtenção de um resultado que seja protegido ou, pelo menos, não-proibido (= permitido) pelo direito, e possível.

Embora pareça não haver grandes divergências doutrinárias em relação a esse conceito em sua generalidade, não existe unanimidade quando se trata de conceituar os seus elementos constitutivos. Por essa razão procuraremos estabelecer, embora muito sucintamente, as precisões conceptuais que julgamos necessárias.

(*a*) Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fáctico de ato jurídico. A vontade que permanece interna, como acontece com a *reserva mental,* não serve à composição de suporte fáctico do ato jurídico. Como se exterioriza, se mediante simples manifestação ou por declaração é circunstância que somente tem importância se há especificação em suporte fáctico.

(*b*) Quando se trata de exteriorização de vontade relevante para o direito, é necessário considerar a consciência da vontade, de modo que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio. Por essa razão é que um indivíduo que, comparecendo a um leilão, em localidade cujos usos desconhece, exprime, involun¬tariamente, gesto que significa lance (p. ex.: acena com a cabeça para cumprimentar uma pessoa conhecida que identificou na platéia), não está, efetivamente, ofertando. A inexistência da vontade negocial, na sua manifestação, leva à inexistência do ato.

[27] Tratado de direito privado, cit., t. II, p 372-373.

[28] A distinção entre declaração e manifestação de vontade reside no modo como a vontade é exteriorizada. Há manifestação quando a vontade se revela através de mero comportamento das pessoas, embora concludente, e declaração, quando se constituem em manifestações qualificadas de vontade. Romper um testamento cerrado, é manifestação; fazer um testamento é declaração.

A exigência da consciência da vontade não significa, porém, que aquele que a exterioriza precise ter a ciência e a intenção de que está praticando um ato jurídico, mas basta que a tenha em relação ao conteúdo do que está a manifestar. Se essa manifestação constitui suporte fáctico de uma norma jurídica, a sua incidência, por ser incondicional, cria o ato jurídico correspondente, independentemente da apuração da circunstância de se ter querido, ou não, praticar um ato jurídico[29].

(*c*) Finalmente, tem-se como terceiro elemento essencial à configuração do ato jurídico que dele resulte a obtenção de um resultado protegido ou, pelo menos, não-proibido pelo direito e também possível. Todo ato jurídico, como instrumento de realização do direito, tem uma atribuição específica, de cunho prático que a ordem jurídica encampa e protege. Visa-se, na compra e venda, à promessa de transmissão do bem; na locação de coisas, à cessão de uso do bem mediante remuneração; no casamento, à constituição da família, por exemplo. Essa atribuição constitui o objeto do ato jurídico, e se caracteriza pela eficácia que as normas jurídicas lhe imputam.

Parece bastante evidente que não se pode considerar ato jurídico aquele ato do qual não decorra, ou ao menos possa decorrer, a atribuição jurídica caracterizada pela possibilidade de modificação no conteúdo da esfera jurídica dos figurantes do ato jurídico, o que caracteriza sua eficácia jurídica própria. Bastará a possibilidade de que alcance essa eficácia jurídica própria para que se tenha o ato jurídico. Se, porém, não há essa possibilidade, o ato jurídico não existe como tal[30].

(*b*) As espécies de ato jurídico[31]: (*b.1*) ato jurídico *stricto sensu* e (*b.2*) negócio jurídico[32]

O direito, ao regular os atos humanos, quando não os veda ou os declara vedáveis pela atuação das próprias pessoas, permite-os, mas,

(*b.1*) ou os recebe em certo sentido, sem possibilidade de escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela vontade dos interessados, ou

(*b.2*) diferentemente, outorga liberdade às pessoas para que, dentro de certos limites, possam autorregrar seus interesses, permitindo que escolham a categoria jurídica,

[29] A questão da inconsciência não se confunde com o problema do erro na manifestação de vontade. A inconsciência implica inexistên¬cia da vontade e, portanto, do ato jurídico, porque não se concretiza o suporte fáctico; no erro há vontade, porém, defeituosa, de modo que há ato jurídico, porém, anulável.

[30] Sobre o ato jurídico lato sensu, com maiores detalhes, vide nosso Teoria do fato jurídico:plano da existência, citado.

[31] A doutrina se refere, ainda, a atos mistos, atos de direito público, atos complexos e atos compostos. No entanto, não são propriamente espécies de atos jurídicos, mas tão-somente modos de ser de atos jurídicos. Sobre isto, vide nosso Teoria do fato jurídico:plano da existência, citado.

[32] Há autores que negam procedência à distinção entre ato jurídico stricto sensu, e negócio jurídico, como são exemplos ilustres Andreoli (Contributo alla teoria dell'adempimento, Pádua:CEDAM, 1937, p.55/57), na Itália, e José Paulo Cavalcanti (Contrato Consigo Mesmo e Representação, nota nº 2, in Direito civil:escritos diversos), no Brasil. O Código Civil de 2002 adotou, definitivamente, a distinção, embora mereça crítica a péssima técnica legislativa empregada.

de acordo com suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas decorrentes.

Na espécie (*b.1*), denominada ato jurídico *stricto sensu* ou ato não-negocial, se caracteriza pela unilateralidade, a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fáctico de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados (donde dizer-se, equivocadamente, que são efeitos necessários, ou *ex lege*).

Na espécie (*b.2*), denominada negócio jurídico ou ato negocial, que pode ser unilateral, bilateral e plurilateral, o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fáctico da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas, lhes reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficacial das relações jurídicas que pode gerar. (Por isso se diz, embora incorretamente, que nessas espécies os efeitos são queridos, ou *ex voluntate*).

Em ambas as situações, tem-se:

(a) como característica comum, a circunstância de que um ato consciente de vontade dirigido a obter um resultado juridicamente regulado, constitui elemento nuclear do suporte fáctico e, portanto, à sua manifestação incidirá a norma jurídica correspondente, fazendo surgir o ato jurídico específico; e

(b) como traço diferencial, a particularidade de que no ato jurídico *stricto sensu* (espécie *b.1*) o poder de escolha da categoria jurídica é, pra¬ti¬camente, inexistente, enquanto no negócio jurídico (espécie *b.2*), esse poder existe sempre, embora com amplitude que varia conforme os seus tipos.

A partir dessas observações, pode-se assim conceituar as duas espécies[33]:

(*b.1*) ato jurídico *stricto sensu* é o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fáctico consciente exteriorização unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas;

(*b.2*) negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico (=poder de autorregramento da vontade, conforme a terminologia de Pontes de

[33] Os conceitos e as distinções entre ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico constituem uma das mais tormentosas questões da teoria jurídica. Sobre isto, nosso Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit., Capítulo X.

Miranda. Mais usual em doutrina são as expressões poder de autonomia da vontade ou de autonomia privada).

2.2.5. Classificação dos fatos ilícitos *lato sensu.*

Em geral, a doutrina costuma tratar a ilicitude resumindo-a ao ato ilícito tal como definido no art. 186 do Código Civil. No entanto, conforme demonstrado antes, ilícito é todo ato ou fato que seja contrário a direito e imputável a alguém, independentemente de que haja culpa ou cause dano material ou moral a terceiro, dados que somente importam quando especificados no suporte fáctico de cada espécie. Segundo esse critério, não é possível negar que (i) há hipóteses em que simples eventos da natureza (= fatos *stricto sensu*) e (ii) fatos produzidos pelo homem que, em decorrência de seu resultado fáctico irremovível, a norma faz ablação da vontade em realizá-los (=atos reais), violam direito de alguém e causam *dano injusto;* (iii) também não é possível desconhecer que os atos ilícitos não se limitam, apenas, aos *delitos* (ato ilícito *stricto sensu*), ou seja, às espécies definidas no art. 186 do Código Civil, pois há outros atos que são contrários a direito e imputáveis a alguém, mas não constituem violação de deveres genéricos (= absolutos), nem causam danos que obriguem a indenizar, e são independentes de culpa do agente em sua realização: são os atos de descumprimento de deveres relativos, contratuais ou não, os atos que importam invalidade de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu* e os atos não-culposos de violação de direito.

Segundo a metodologia aqui adotada, na taxonomia dos fatos jurídicos é imperioso que todas as espécies possíveis sejam classificadas. Se essas situações *contrárias a direito* não podem ser incluídas na classe dos ilícitos, onde restaria classificá-las, se não é permissível, por evidente incoerência, fazê-lo dentre os fatos jurídicos lícitos?

Partindo dessas considerações parece adequado assim sistematizar a classificação dos fatos jurídicos ilícitos, abrangendo as situa¬ções encontráveis:

(*a*) segundo a natureza do direito violado: ilícitos absolutos e ilícitos relativos;

(*b*) segundo o cerne do suporte fáctico: ato *stricto sensu* ilícito, ato-fato ilícito e ato ilícito *lato sensu.*

Considerando, porém, o objeto deste estudo e a natural limitação de espaço, a análise sucinta das espécies ilícitas será circunscrita ao ato ilícito em suas várias configurações.

(a) Ilícito absoluto e ilícito relativo.

Diz-se absoluto[34] o ilícito quando, entre o agente e a vítima não existe relação

[34] O caráter absoluto ou relativo da ilicitude não é exclusivo do ato ilícito (lato sensu). Assim, se fato stricto sensu, ou ato-fato ou ato viola direito absoluto, temos um fato stricto sensu ilícito absoluto, um ato-fato ilícito absoluto ou um ato ilícito absoluto. Do mesmo modo, se o direito violado é de natureza relativa há fato stricto sensu ilícito relativo, ato-fato ilícito relativo e ato ilícito relativo.

jurídica alguma ou, se existe, é de direito absoluto (=relação jurídica cujo sujeito passivo é o *alter*[35]), como acontece com os direitos reais e os direitos da personalidade, por exemplo.

Se, diferentemente, entre o agente e o ofendido há relação jurídica de direito relativo (em que o sujeito passivo é determinado), resultante, assim, de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu,* tem-se um ilícito relativo.

Exemplificando: se Tício abalroa o automóvel de Áulio, comete um ilícito absoluto; se Túlio não paga as prestações do automóvel que comprou há ilícito relativo.

(*b*) Do ato ilícito *lato sensu.*

Constitui ato ilícito *lato sensu* toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito, causando, ou não, prejuízo a outrem, mesmo que seja apenas moral[36]. Esse conceito expressa os elementos fácticos que podem, mas não necessariamente, constituir um ato ilícito, a saber:

(*a*) ação que materializa o ato ilícito, em qualquer de suas espécies, pode resultar tanto de conduta positiva (ação) como negativa (omissão), dependendo, exclusivamente, da natureza do dever infringido.

(*b*) A culpa que, em geral, é mencionada pela maioria da doutrina como elemento caracterizador do ilícito, na verdade, não o é, uma vez que há situações, como as previstas nos arts. 936, 937 e 938 em que, embora se trate de fato do animal ou da coisa, consideram-se tais casos como ato *ilícito*[37], em razão da circunstância de que neles há sempre presente, originariamente, uma atividade humana (e. g., a criação do animal, a propriedade da coisa que se arruína, o lançamento do objeto ou a sua colocação em posição que possa cair). Aqui dá-se prevalência à atividade humana, mesmo quando, para o evento danoso em si, não tenha havido qualquer ato, atual e direto, daquele a quem se imputa a responsabilidade, portanto, sem culpa alguma.

A arraigada ideia de que a culpa seria um componente essencial da ilicitude levou a doutrina a adotar soluções técnicas para justificar a sua presença onde, na realidade, não existe. Assim é que se fala em culpa objetiva, culpa presumida, fictícia, ou mesmo em inversão do ônus da prova, dentre outras propostas com que, tecnicamente, se procura contornar a realidade do ato ilícito sem culpa, para fazê-lo culposo[38].

[35] Sobre relações jurídicas de direito absoluto e relativo, vide Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico:plano da eficácia, 1ª parte; 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

[36] Nesse sentido as opiniões de Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. II, § 165 et passim; Oertmann, Introducción al derecho civil, p. 326; Von Tuhr, Teoría general del derecho civil alemán, v. 1, t. II, p. 136; Enneccerus, Kipp e Wolff, Tratado de derecho civil, t. I, v. 2º, p. 434-435; José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, v. I, n. 67; René Savatier, Traité de la responsabilité civile, n. 6 e 108 e s.; Mazeaud (Henry, León e Jean), Lecciones de derecho civil, 2ª Parte, v. II, p. 28 e s., entre outros.

[37] Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. II, § 163, 1.

[38] Uma exposição criteriosa e sucinta das várias tendências e teorias para explicar, mediante soluções técnicas, a presença de culpa nos ilícitos, encontra-se em Wilson Melo da Silva, Responsabilidade sem culpa.

No entanto, a verdade é que o sistema jurídico brasileiro não se cingiu à culpa; adotou, ao contrário, o princípio da *transubjetividade na responsabilidade civil* segundo o qual se considera um nexo entre o fato danoso e o homem, que transcende à pura subjetividade da culpa e não se compraz com a só objetividade do risco: vê-se a contrariedade a direito objetivamente, imputando-a a alguém a ela ligado, em razão de certos pressupostos de natureza subjetiva[39].

Típicos são os exemplos de responsabilidade civil por fato do animal ou da coisa referidos acima. Embora a doutrina os considere como situações de responsabilidade civil por *culpa presumida* (art. 936) ou em decorrência do risco (responsabilidade objetiva, arts. 937 e 938), na verdade neles se configuram casos de transubjetividade da responsabilidade civil, por quê:

(*a*) na espécie do art. 936, cessará a responsabilidade do dono se esse provar culpa da vítima ou força maior;

(*b*) o ilícito previsto no art. 937 só se caracteriza se a ruína do edifício ou da construção *provier de falta de reparos cuja necessidade fosse manifesta,* circunstância que pré-exclui existir responsabilidade civil decorrente do *puro risco* pela propriedade do edifício ou da construção;

(*c*) do mesmo modo, na queda de objetos ou no seu lançamento (art. 938), pressupõe-se uma origem humana mediata, o que não leva ao simples risco, mas, também, não conduz à culpa. Se uma telha posta em telhado regularmente executado despenca e atinge alguém, há ilicitude, porém inexiste culpa.

4. Dano e reparação

Há atos ilícitos que não importam danos patrimoniais, morais ou estéticos e, consequentemente, não são indenizativos.

Nas hipóteses do art. 1.638 do Código Civil, por exemplo, há ato ilícito sem haver dano patrimonial, e o seu efeito não envolve indenizações ou reparações de fundo econômico, mas sim a perda (caducidade) dos direitos[40] inerentes ao poder familiar; são ilícitos caducificantes.

Nos casos do art. 166 do Código Civil, também não há danos (embora possa haver), e o efeito do ilícito é a invalidade do ato jurídico: são os ilícitos invalidantes.

O ato ilícito relativo da mora tem por eficácia a reparação das perdas e danos, mas também pode gerar outros efeitos, como o direito de resolução do negócio jurídico, por exemplo.

É verdade que, na maioria dos casos, da ilicitude resultam danos e dever de reparação. Nos atos ilícitos stricto sensu definidos no art. 186 do Código Civil,

[39] Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. II, § 163 et passim.
[40] Von Tuhr, Teoría general del derecho civil alemán, v. I, t. II, p. 136.

especialmente, porém não essencialmente, menos ainda exclusivamente, é o que em geral ocorre. Essa circunstância, no entanto, não é suficiente para que se generalize a afirmação de que todo ilícito é danoso e indenizativo, porque assim estariam excluídas as espécies em que isso não acontece.

Como resulta dessa definição, não há apenas uma espécie de ato ilícito. Por isso, é possível classificá-los segundo dois critérios, a saber:

i) a configuração dos elementos do suporte fáctico, conforme as variações do elemento imputação e da natureza do direito ofendido ou do dever descumprido, em:

a) ato ilícito civil: (*a.1*) ato ilícito *stricto sensu* e (*a.2*) ato ilícito relativo

b) ato ilícito criminal: (*b.1*) crime e (*b.2*) contravenção penal.

ii) levando em conta a eficácia jurídica que produzem, em:

(*a*) ato ilícito indenizativo,

(*b*) ato ilícito caducificante e

(*c*) ato ilícito invalidante.

5.3.1. Do ato ilícito segundo os elementos do suporte fáctico

(a) Do ato ilícito civil

(a.1) Do ato ilícito *stricto sensu*

Sempre que, por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, alguém imputável viola direito e causa prejuízo a terceiro, comete um ato ilícito *stricto sensu,* ou ato ilícito absoluto. Este configura a espécie definida no art. 186 do Código Civil.

a.2. Do ato ilícito relativo

Diferentemente do ato ilícito *stricto sensu,* ou absoluto, o ato ilícito relativo se configura pela violação de deveres resultantes de relações jurídicas de direito relativo, nascidas, portanto, de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu.* A mora negocial e a quebra dos deveres conjugais, por exemplo, constituem exemplos dessa espécie.

(b) Do ato ilícito criminal

O ato ilícito criminal tem as mesmas características do ato ilícito absoluto, dele se diferenciando, apenas, em razão da capacidade do agente para praticá-lo. Enquanto em relação ao ato ilícito *stricto sensu,* ou absoluto, são inimputáveis os civilmente incapazes, exceto os pródigos, no caso do ato ilícito criminal há inimputabilidade absoluta dos menores de 18 anos, sendo que os incapazes por motivos de saúde mental somente o são em caso de completa inaptidão para entender o caráter ilícito do fato ou para determinar-se de acordo com esse entendimento. A diferença entre os dois, portanto, é meramente valorativa quanto à imputabilidade.

5.3.2. Do ato ilícito segundo sua eficácia

(a) Do ato ilícito indenizativo

Diz-se indenizativo o ato ilícito quando seu efeito consiste na geração do dever de indenizar os danos causados.

(b) Do ato ilícito caducificante

O ato ilícito caducificante, em essência, constitui um ato ilícito absoluto (civil ou criminal) ou relativo, culposo, cuja eficácia consiste na perda (caducidade) de um direito[41]. Espécies típicas: (i) no direito privado são as relativas à perda do pátrio poder nas situações do art. 1.638 do Código Civil, bem assim os casos de indignidade e de inabilitação do falido para exercer cargos públicos e o comércio; (ii) no direito público, a perda de cargos de Chefes de Exceutivos que hajam sido condenados por crimes de responsabilidade em processo de *impeachment.*

(c) Do ato ilícito invalidante

Todo ato de violação de direito cuja conseqüência seja sua invalidade, constitui um ato ilícito invalidante. São, em essência, atos ilícitos relativos, porque a invalidação somente se passa no plano dos direitos relativos.

Persistindo mesmo que consiga provar, por outras situações, inexistência de culpa de sua parte. Por isso, não se pode dizer que a sua responsabilidade decorra de culpa presumida, porque se assim fosse qualquer prova em contrário elidiria a ilicitude. O que na verdade ocorre é uma vinculação que a norma jurídica estabelece entre o homem (dono) e o fato danoso do animal, independentemente de culpa, mas não apenas objetivamente pelo fato; as hipóteses de pré-exclusão eliminam ser caso de responsabilidade objetiva, apenas pelo risco, mas não estabelecem presunção de culpa.

5.2. Fatos *stricto sensu* ilícitos

Conforme vimos, há casos em que a ilicitude resulta de simples fato da natureza, como acontece sempre que alguém responde pelo caso fortuito ou força maior[42].

Quando alguém responde pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito, ou força maior, como nas hipóteses dos arts. 399, 492, § 1º, *ex arg*., 575, 667, § 1º, 862, 868 do Código Civil, por exemplo, se caracteriza situação em que puro evento da natureza implica contrariedade a direito e, portanto, ilicitude. Embora essas situações estejam relacionadas à inadimplência de obrigações ou a condutas irregulares ou temerárias no cumprimento de obrigações, a contrariedade a direito não se deve a esses fatores voluntários, mas se caracteriza pela conseqüência danosa a terceiro resultante do evento natural, em relação ao qual a vontade humana não tem atuação.

Do mesmo modo, na *avulsão,* quando ocorre dano ao imóvel avolto (= que recebe

[41] A caducidade sem culpa é ato-fato lícito, como vimos.

[42] A doutrina, em geral, opõe-se a admitir que um evento possa ser ilícito. Os argumentos são os mesmos empregados em relação aos fatos jurídicos stricto sensu e já os rebatemos quando deles tratamos, no item 4.1, acima, para onde remetemos o leitor.

a porção de terra deslocada) ou a imóvel de terceiro, há fato *stricto sensu* ilícito.

5.2. Do ato-fato ilícito

Quando alguém faz mau uso de sua propriedade e causa dano a terceiro, há um ato-fato ilícito; não importa a vontade em prejudicar, mas o simples fato do prejuízo (ou ameaça) à segurança, sos¬sego e saúde dos vizinhos. O mesmo ocorre quando alguém toma posse de bem, com violação da posse de outrem, Na gestão de negócio *iniciada contra a vontade* manifesta ou presumível do proprietário (Código Civil, art. 862) há também ato-fato ilícito.

O sistema jurídico brasileiro, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 103), instituiu a figura do ato infracional, definido como "a conduta praticada por menor, criança ou adolescente, tipificada na lei penal como crime ou contravenção", ficando seu autor, ou quem seja por ele responsável, sujeito a sanções (medidas) previstas naquela lei. Como o menor de 18 anos é inimputável, penalmente, a vontade é abstraída no caso do ato infracional, donde caracterizar-se o ato-fato ilícito[43].

[43] Uma análise mais aprofundada do ato-fato ilícito e do ato infracional, vide nosso Teoria do fato jurídico:plano da existência.

Concepção Normativa dos Princípios Jurídicos

Paulo Lôbo

1. Princípio jurídico

Para o direito, princípio é norma jurídica. O que o diferencia das demais normas jurídicas é o conteúdo mais indeterminado e a superioridade hierárquica sobre elas. Porém, o grau de determinação do conteúdo não é requisito decisivo para a qualificação como norma jurídica. O que importa é a interpretação, que leva em conta a situação concreta ou real para aplicação de qualquer norma jurídica.

Nesse mesmo sentido Norberto Bobbio (1999, p. 159), que lembra ser antiga a questão entre os juristas se os princípios são ou não normas jurídicas, afirmando categoricamente: "Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais".

Na antiguidade, o princípio era um conceito de ponto de partida, tendo ultrapassado séculos. A ciência moderna mudou essa concepção e passou a afirmar que princípios não são meros pontos de partida, mas sim premissas básicas de qualquer saber.

O princípio jurídico tem uma dimensão diferente tanto de ponto de partida, quanto das premissas básicas. Porque se volta à regulação de conduta, em uma textura deôntica, segundo uma estrutura básica que envolve um preceito e uma consequência jurídica. Se não há consequência jurídica, de princípio jurídico não se trata. Pode-se tratar de premissa, de postulado, de orientação, de diretriz, até de máximas ou axiomas, mas não de princípio jurídico.

No mundo contemporâneo, os princípios jurídicos, em razão de sua ductilidade e adaptabilidade, são os instrumentos jurídicos apropriados para lidar com as mutações sociais, contribuindo para o avanço da sociedade e para a afirmação dos valores de justiça.

Utilizaremos, doravante e preferencialmente, exemplos e referências de princípios jurídicos extraídos do direito privado brasileiro, mas que são encontrados igualmente no direito público em geral.

Os princípios jurídicos, incluindo os de natureza constitucional, são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade nas relações de família). Da ordem infraconstitucional, tem-se como exemplo de princípio implícito o da vedação do enriquecimento sem causa, que só ingressou positivamente no direito brasileiro com o Código Civil de 2002, mas que antes teve amplo reconhecimento e aplicação direta pelos

doutrinadores e juízes.

Como adverte Jürgen Habermas (2003, p. 306), as normas de princípio, que perpassam a ordem jurídica do Estado social, exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema jurídico. É pertinente a distinção que faz esse autor mais adiante entre princípios, como normas mais elevadas, e valores: os princípios têm sentido deontológico (agir obrigatório), sendo válidas ou inválidas, enquanto os valores têm sentido teleológico e são entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Assim, para Habermas, na perspectiva da legitimidade democrática, os princípios são normas jurídicas e não ordem de valores. Reconhece Habermas a força normativa do princípio, o qual, como norma jurídica existente, já absorveu os valores em sua constituição.

Não há como pensar os princípios fora da sua captação dos valores fundamentais da sociedade; em outras palavras, princípios são valores fundamentais da sociedade que se transformaram em normas jurídicas. Assim sendo, para sua aplicação, o conteúdo do princípio há de ser extraído da ordem jurídica e não se retornando à ordem dos valores.

Próximo desse entendimento é o de Robert Alexy (1993, p. 147), para quem os princípios pertencem ao âmbito do deontológico, enquanto os valores se incluem no âmbito do axiológico: o que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor, no modelo dos princípios é *prima facie* devido.

Em outras palavras, os valores que emergem das relações sociais, quando se impõem e são absorvidos pelo direito, convertem-se em princípios jurídicos. Ou seja, os valores preexistem às normas jurídicas; não são justapostos àquelas.

Durante muito tempo os princípios foram relegados a fontes secundárias ou supletivas, destinados a preencher lacunas, com reflexo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), cujo art. 4º, com a redação de 1942, enuncia: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". O conceito de princípio constitucional não se confunde com o de "princípio geral de direito" empregado pela LINDB, que tem função supletiva, ou seja, primeiro a lei, depois os costumes, e por fim os princípios, como normas de clausura ou de completude do sistema jurídico. Essa tentativa de aprisionamento continuou com a redação de 2018 que foi dada ao art. 20 da LINDB para a interpretação das normas de Direito Público, quando aludiu a valores jurídicos abstratos, que devem ter interpretação restritiva.

Ao contrário, os princípios constitucionais não são supletivos. São normas jurídicas fundamentais que informam e conformam a legislação infraconstitucional. A operação hermenêutica que estava invertida foi devidamente reposicionada: em primeiro lugar o princípio ou outra norma constitucional, depois a lei fundamentada neles.

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 25-26) o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalecente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer de normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral.

A constitucionalização dos direitos elevou os princípios ao topo da pirâmide normativa, como fundamentos de toda a ordem jurídica. Constituem a fonte, por excelência, da unidade do direito civil.

Com efeito, em um ordenamento jurídico dotado de constituição rígida, para que uma norma seja válida além de vigente não basta que tenha sido emanada com as formas predispostas para sua produção, mas que também é necessário que seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição (Ferrajoli, 2001, p. 53).

Josef Esser já argumentava que os princípios jurídicos, diferentemente das outras normas de direito, "são conteúdo em oposição à forma, embora o uso dessas categorias aristotélicas não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial", e vaticinava que o centro de gravidade dos direitos estava indo lentamente do sistema codificado para uma casuística judicial orientada segundo princípios (1961, p. 65).

Na atualidade, o legislador ordinário se encontra em situação desafiadora, seja geograficamente, porque os mercados tendem a ser globais e não mais apenas nacionais (notadamente após a internet), seja porque o instrumento legislativo tradicional é muito rígido e não permite uma adequação constante do direito aos interesses mutantes da realidade (Galgano, 2013, p. 301), o que torna cada vez mais oportuno o recurso a princípios normativos.

Para Ronald Dworkin, "o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política" (2000, p. 101). Em outra obra - *Taking rights seriously* (1999, p. 22) - esse autor denomina de princípio um *standard* normativo que deve ser observado não porque avançará ou assegurará uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, enquanto política (*policy*) é um *standard* que tem um objetivo ou resultado a serem alcançados. Assim, o *standard* de que os acidentes automobilísticos devem ser diminuídos é uma política, enquanto o *standard* de que nenhuma pessoa deve obter proveito do próprio erro é um princípio.

Admite-se que a interpretação da norma jurídica, quando não observada voluntariamente, é imprescindível para sua eficácia, considerada a situação concreta de sua aplicação. Texto e contexto completam a norma jurídica (princípio jurídico ou não), levando à sua precisa identificação na situação concreta.

A preferência por princípios é também crescente no direito estrangeiro, como se vê na denominação adotada na União Europeia para o projeto de código unificado de direito contratual, elaborada pela Comissão Europeia de Direito Contratual ("Comissão Lando"): "Princípios do Direito Contratual Europeu" (Hartkamp, 2002, p. 53). Assim também os Princípios do Direito de Família europeu. Nesses casos, os princípios têm o propósito de harmonizar as disciplinas legais dos países da União Europeia e sua interpretação. No direito brasileiro, os princípios têm caráter normativo cogente, com primazia sobre a convenção das partes e integração necessária ao ato ou negócio jurídico, salvo quando se tratar de contrato internacional, cuja lei nacional aplicável pode ser escolhida.

2. Os Princípios Jurídicos na Experiência Brasileira

A experiência brasileira de maltrato dos princípios, especialmente no direito privado, é emblemática. O Código Civil de 1916 ignorou-os. Retrato fiel do individualismo e do liberalismo jurídicos, procurou suprimi-los, até mesmo os que se consolidaram na consciência ética e moral dos juristas, como a boa-fé objetiva e a equidade. Fê-lo o legislador de 1916, conscientemente, pois os princípios levam à intervenção qualitativa do Poder Judiciário na resolução dos conflitos entre os privados, inclusive a revisão judicial dos negócios jurídicos, o que era inadmissível para as convicções dominantes durante o período do Estado liberal (final do século XVIII ao início do século XX).

No plano das constituições, todavia, os princípios sempre estiveram presentes como fundamentos da ordem jurídica, inclusive para afirmação de mudanças substanciais. Após o advento da República no Brasil, o art. 83 da Constituição de 1891 estabeleceu que continuavam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime que não contrariassem os princípios nela consagrados, revogando-se, consequentemente, a servidão, a morte civil, a diferença entre filhos de nobres e filhos de peões quanto ao direito das sucessões, nelas existentes.

A acusação frequente de banalização do uso de princípios às vezes é procedente. Sob sua terminologia estão incluídas equivocadamente máximas, premissas, orientações e diretrizes. Como exemplo, no direito das famílias, alguns autores se referem ao princípio da menor intervenção do Estado na vida privada, que não é princípio jurídico. É uma diretriz, uma meta. Não se estabelece para o Estado uma posição de dever jurídico. Às vezes, ele vai no sentido contrário, intervém muito mais do que se espera. Ocorreu isso com a Lei Maria da Penha ou com a Lei de Alienação Parental, em atenção às demandas sociais. Em contrapartida, toda vez que houver conflito nas relações entre pai e filho, o que ilumina a decisão a ser tomada é o princípio do melhor interesse da criança. Estamos diante de um princípio jurídico, que não pode ser afastado. Princípio que está na Constituição, no artigo 227 e na Convenção Internacional de Direitos da Criança, que o Brasil foi signatário.

Outro ponto que se deve evitar é a confusão com os sistemas conexos, tais como os sistemas econômico, político, social, religioso, moral. Cada um desses sistemas tem princípios próprios: o princípio jurídico, o princípio religioso, o princípio econômico. Uma coisa é o direito dialogar com os outros saberes – e deve fazê-lo para sua exata compreensão – e outra é renunciar a sua autonomia e admitir o avassalamento de seu próprio campo pelos princípios alheios. Exemplificamos com a tese controvertida da análise econômica do direito, em que os princípios econômicos suplantam e submetem os princípios jurídicos, principalmente através do princípio que deu origem a essa corrente, que diz respeito à teoria dos custos sociais, desenvolvida pelo economista anglo-americano Ronald Coase, sobre as "externalidades negativas", que inclui leis e decisões judiciais. Porém, se há custos sociais na decisão que faz valer o princípio da dignidade humana, tem que prevalecer tal princípio jurídico, independentemente dos custos sociais.

3. Aplicação Direta dos Princípios Jurídicos

A disseminação dos princípios jurídicos, notadamente os de natureza constitucional, suscita importante discussão acerca de sua aplicabilidade imediata, especialmente entre os constitucionalistas, quando tiverem a natureza de direitos fundamentais.

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização dos direitos foi estabelecido na Alemanha, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 (Constituição), consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe (Barroso, 2005, p. 26);

Durante a segunda metade do século XX, em razão do enunciado do art. 1º, 3, da Constituição alemã - o qual prevê que os direitos fundamentais "vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial", parecendo não contemplar sua aplicabilidade direta aos particulares - indagou-se sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, se estes seriam oponíveis por um particular diretamente a outro particular (teoria da *Drittwirkung,* correspondente a "eficácia em relação a terceiros"). Na Alemanha várias correntes se formaram, entendendo: a) que não seria possível estender a eficácia dos direitos fundamentais a terceiros particulares, restringindo-se sua oponibilidade ao Estado; b) que a eficácia seria sempre mediata e indireta, tese que terminou por prevalecer; c) que seria possível a extensão, com a eficácia imediata, mas indireta, devendo a pretensão ser deduzida contra o Estado, em virtude dos deveres deste de proteção dos direitos fundamentais do particular, em face da violação por outro particular, tese adotada por Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 133); d) que seria possível a pretensão de um particular contra outro, de modo direto e imediato, sem a mediação ou interposição do Estado, tese minoritária adotada inicialmente nas questões trabalhistas. Essas correntes também impactaram na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Todavia, criticando a teoria da eficácia apenas mediata e indireta, e que continua contrapondo Estado e sociedade civil, Constituição e direito privado, disse Ludwig Raiser (1990, p. 175) que é contraditória porque pressupõe o direito privado em uma dimensão rígida e anti-histórica. Também crítico dessa orientação, Gunther Teubner (2020, p. 265) entende os direitos fundamentais como direitos de participação, que exige aplicabilidade direta, pois a participação social do ser humano é o seu direito civil, transversalmente à tradicional dicotomia privado-público.

No Brasil, ao contrário de outras ordens constitucionais, não pode haver dúvida de sua aplicabilidade imediata e direta, em virtude, principalmente, da existência de norma expressa na Constituição de 1988, assim disposta (art. 5º, § 1º): "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – muitos dos quais relativos às relações privadas – abrange não apenas as liberdades públicas em face do Estado, mas igualmente as relações jurídicas

entretecidas entre os particulares, pois a Constituição não faz qualquer restrição. O sentido de aplicação imediata inclui a aplicação direta, razão por que não depende de interposição do Estado, que não é necessariamente parte, quando a violação de direito fundamental for imputada a particular contra particular.

Em razão da abrangência da norma constitucional brasileira, não vemos como aproveitável a discussão em torno da doutrina da eficácia externa dos direitos fundamentais. Muitos de nossos constitucionalistas estão marcadamente influenciados pela referida doutrina alemã e reducionista da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Partindo da experiência alemã, dando as costas para a experiência brasileira, afirmam que não há que se cogitar de aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais (inclusive os sociais e econômicos), porque a norma-princípio envolveria a mediação da norma-regra, ou do legislador infraconstitucional. Por isso postulam essa interposição que julgam necessária do Estado legislador e julgador.

Respeitando as instigantes discussões havidas no direito europeu, temos de concluir que as soluções alvitradas não servem para o direito brasileiro. A doutrina brasileira do direito civil constitucional construiu caminho próprio, no rumo da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais, nas duas modalidades acima indicadas, sem se impressionar com as interferências políticas, ideológicas e econômicas do refluxo do Estado de bem-estar social na Europa, nos países em que as demandas sociais se encontram razoavelmente satisfeitas e que foram beneficiários diretos da globalização econômica.

Também entre constitucionalistas brasileiros com visão mais atenta à nossa realidade social, há os que consideram conservadora a tese dominante na Alemanha da eficácia horizontal indireta (Sarmento, 2007, p. 156). Para Virgílio Afonso da Silva a grande maioria das constituições das democracias ocidentais, inclusive a da Alemanha, apesar de seu comprometimento explícito com o Estado social, consagram os chamados direitos de defesa ou das liberdades públicas – direitos "clássicos" de cunho liberal –, que para a Constituição brasileira não têm apenas efeitos na relação indivíduo-Estado, mas também nas relações dos indivíduos entre si (2005, p. 22-25). Segundo Ingo Wolfgang Sarlet - que critica a expressão "horizontal", pois entre dois sujeitos privados de manifesta desigualdade econômica há de fato uma relação vertical de poderes - a não ser nas hipóteses em que o poder público seja o destinatário único das normas de direitos fundamentais, elas se aplicam nos outros casos de forma direta (2000, p. 152-155).

Ante a situação de grande concentração de poderes advindos das novas tecnologias em megaempresas internacionais controladores de plataformas digitais, que atuam em paralelo ou em desafio aos direitos nacionais, constata-se a insuficiência da eficácia horizontal entre privados e se cogita de "constitucionalismo digital" (Mendes; Fernandes, 2020,) e de "eficácia diagonal" dos direitos fundamentais (Contreras, 2011) exigentes de sua aplicabilidade direta e imediata, para tutela das pessoas vulnerabilizadas.

A experiência brasileira apontou para a força normativa das normas constitucionais em três pontos essenciais. O primeiro, por acarretarem automática

revogação das normas anteriores de quaisquer matizes. O segundo, pela inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais supervenientes, com elas incompatíveis. E o terceiro, que é o mais importante, pela interpretação em conformidade com a Constituição de qualquer norma infraconstitucional.

A compreensão progressiva que se deu nas últimas décadas, com relação aos princípios jurídicos, constitucionais ou não, foi de tirá-los do ostracismo, da supletividade a que era relegado pela antiga Lei de Introdução (1942) e pô-los no ápice do sistema jurídico. Portanto, hierarquicamente, os princípios estão acima das leis ordinárias, acima de qualquer código e toda norma ao ser aplicada não pode ferir ou malferir um princípio constitucional, seja ele explícito ou implícito.

As correntes que propugnam a aplicabilidade indireta, ou seja, que os destinatários diretos dos direitos fundamentais são apenas os poderes públicos, são fortemente influenciadas pelo ideário liberal de que a função da Constituição é controlar o Estado e não os poderes privados, o que nega a própria natureza do Estado moderno contemporâneo.

"Essa velha ideia liberal deve ser confrontada com as reais relações de poder da sociedade contemporânea. Há pessoas, grupos e organizações privadas com capacidade de produzirem tantos ou maiores danos aos direitos fundamentais do que os poderes públicos e seus agentes" (Steinmetz, 2005, p. 303). Não são poucos os poderes privados que competem, em pé de igualdade (e por vezes em condições de superioridade), com os poderes públicos e seus agentes.

A aplicabilidade direta dos princípios e dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma experiência bem-sucedida na jurisprudência dos tribunais brasileiros, desde o advento da CF de 1988. A rica casuística consolidou esse entendimento. A nossa Corte Constitucional (STF) não faltou ao enfrentamento do tema, em algumas decisões, ainda que não fundamentadas explicitamente na doutrina da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Curiosamente, algumas estão contidas em processos criminais – habeas corpus –, como a relativa à garantia ao cidadão de não se submeter compulsoriamente a exame de DNA, de 1994.

Mas, a primeira decisão do STF em que a doutrina da aplicabilidade direta aflorou de modo explícito e serviu para fundamentá-la foi o julgamento do RE 201.819, em 2005, no caso de exclusão de associado da União Brasileira dos Compositores, vinculada ao ECAD, tendo a maioria do tribunal entendido que a liberdade da associação – o estatuto previa a hipótese de exclusão – deve respeitar as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. A minoria entendia que a matéria não tinha repercussão constitucional e deveria ser resolvida a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Decidiu o Tribunal que "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados na Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à prestação dos particulares em face dos poderes

privados" e que os princípios constitucionais são limites à autonomia privada. Essa decisão foi determinante para a modificação do Código Civil, pelo legislador ordinário, nessa matéria.

As decisões judiciais fazem despontar três tipos de problemas, cujas soluções podem ser encontradas nos exemplos colhidos de alguns casos julgados pelo STF, consolidando a doutrina brasileira de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais nas relações privadas:

1º problema: A aplicabilidade direta dos princípios e direitos fundamentais pode ocorrer quando não houver desigualdade de poderes entre os particulares, ou apenas quando despontar um poder privado hegemônico (social, econômico, cultural)? Esse tema tem sido constantemente debatido na doutrina nacional e estrangeira. Entendemos que não se pode adotar uma restrição que a Constituição não faz. Essa é a correta orientação do STF, como se observa no caso do DNA referido. Em confronto estavam duas supostas filhas biológicas, em investigação de paternidade, e um suposto pai, portanto partes com poderes sociais presumivelmente iguais. Mas é razoável o entendimento de que, quanto maior for a desigualdade de poderes entre os envolvidos, mais intensa deve ser a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada; em contrapartida, se não houver poder privado dominante, a autonomia privada deve receber proteção mais intensa (Sarmento, 2007, p. 174).

2º problema: Quais os critérios para afastar a incidência dos princípios? Não há padrão satisfatório, o que leva à crítica do eventual componente arbitrário do julgador. No RE 215.984, o STF entendeu que a publicação não consentida de fotografia de uma conhecida artista de televisão viola os princípios constitucionais de garantia da intimidade e da imagem, facultando a indenização por dano moral. Mas, no AI-AgR 220.459-RJ, o STF não viu ofensa aos princípios da intimidade, da vida privada, da honra, da vedação de tratamento degradante, na revista pessoal das operárias em indústria de roupas íntimas, porque seria feita por amostragem.

3º problema: Há hierarquia entre princípios, de modo a se estabelecer *prima facie* qual o que prevalece? O entendimento dominante na doutrina brasileira é de que não há hierarquia normativa entre os princípios, inclusive quando o confronto se der com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Assim, não há, *prima facie,* prevalência de qualquer princípio sobre outro. Julgar por equidade não significa abertura para subjetividades, pois, como adverte Paul Ricoeur (2008, p. 208), a equidade do julgamento é a face objetiva cujo correspondente subjetivo é constituído pela íntima convicção; o elo entre esta e o ato de fala consistente em proferir o direito numa circunstância particular subtrai o juízo em situação à pura subjetividade.

4. Colisão de Direitos Fundamentais Repercute nos Princípios Jurídicos?

O problema da colisão de princípios não existia na formulação tradicional dos

direitos fundamentais, pois nela apenas o cidadão era titular deles e o Estado não, figurando apenas como devedor de prestação negativa. Entre o titular de direitos fundamentais e o Estado não podia haver, em tese, colisão. Entre titulares de direitos fundamentais, todavia, a colisão é inevitável, tornando exigentes os critérios de solução, diferentes dos anteriormente pensados e praticados, máxime em razão do uso de princípios normativos. Essa colisão de direitos fundamentais importaria colisão dos princípios aplicáveis a cada um deles?

Vivemos ainda a era da afirmação dos direitos fundamentais, notadamente pelas múltiplas dimensões que vêm apresentando desde quando foram recepcionados pelas constituições dos países democráticos. Cogita-se, além dos clássicos direitos fundamentais individuais (liberdades públicas), de direitos fundamentais sociais (direitos de solidariedade) e de direitos fundamentais transindividuais, que superam a pertinência ao titular individual (como os direitos ao meio ambiente). Essas novas dimensões dos direitos fundamentais, diferentemente da clássica, puseram no mesmo patamar os deveres fundamentais correspondentes. Antes, o único devedor era o Estado. Agora, todos nós somos devedores reciprocamente, não apenas como indivíduos, mas como integrante de grupos determinados ou indeterminados.

A Constituição, no art. 225, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas todos são responsáveis por sua proteção, incluindo o Estado e a coletividade. As atuais gerações são devedoras dessa proteção em face dos titulares dos direitos, que são as futuras gerações, ou seja, grupo indeterminado de pessoas que ainda não existem. São titulares pessoas não existentes, o que converte as pessoas existentes em titulares, cada uma em face da outra, e devedoras recíprocas, umas em relação às outras, além de devedoras em relação às não existentes. A concepção de sujeito futuro, mas já titular de direito, é uma revolução copernicana.

O que importa é que nenhum direito fundamental é maior que o outro, quando seus titulares se encontram em situação de colisão. Nem o direito fundamental, nem o princípio que o tutela. Daí a dificuldade da solução do conflito. No modelo tradicional de subsunção, verifica-se simplesmente se a situação concreta corresponde à hipótese normativa; em se verificando a correspondência, a norma, a única norma, incide e lhe imprime as consequências previstas. Duas normas jurídicas, pelo modelo da subsunção, não podem colidir: é uma ou outra. A única norma é ou não a matriz da subsunção da situação concreta: é o tudo ou nada.

Os direitos fundamentais têm seu destino vinculado, na quase totalidade das hipóteses, aos princípios, para os quais o modelo da subsunção é inadequado. São poucas as normas jurídicas constitucionais – por sua natureza, são dotadas de conteúdo determinado – que tutelam diretamente os direitos fundamentais.

Ocorre que os direitos fundamentais dificilmente encerram-se em normas gerais. Estas se abrem em interlocuções com os princípios, que lhe dão densidade e delimitam seu alcance. No exemplo do § 6º do art. 226 da Constituição, o breve enunciado da regra

estabelece que os cônjuges são livres para desconstituírem o casamento (princípios da liberdade e da autodeterminação existencial), o que afasta a consequência que havia no direito anterior de responsabilidade pela culpa dessa desconstituição. Apenas se lhe pode atribuir a consequência pela extinção do casamento e de seus consectários, como os deveres que a lei determina aos cônjuges, de modo paritário. Nessa hipótese – divórcio – a colisão de direitos fundamentais é aparente, pois o direito de constituir família pelo casamento (também abrigado pelo princípio da liberdade) não pode impedir o exercício do direito de desconstituí-la pelo divórcio.

"Os princípios constitucionais possuem a depreciável tendência de entrar em conflito um com o outro" (Guastini, 2009, p. 169). Segundo alguns autores todo princípio está, por definição e necessariamente em conflito com outros princípios. O estar em conflito com outros princípios seria um fator definidor do próprio conceito de princípio.

Os princípios podem estar em aparente colisão dentro da própria legislação. Na Constituição - que é fruto de composição de ideologias conflitantes - os princípios aparentam colidir uns com outros ou com outras normas, a exemplo do princípio da igualdade entre as famílias, no caput do art. 226 referido e a parte final do § 3º desse artigo, que estabelece dever o legislador facilitar a conversão da união estável em casamento (regra da facilitação), acrescentado por forças conservadoras na Constituinte, que pretenderam privilegiar o casamento. A norma do § 3º do artigo 226 da Constituição não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros ou conviventes que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros ou conviventes, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as famílias. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.

Nessa hipótese, é tarefa do intérprete a superação da antinomia, harmonizando-os em enunciado conjunto. No exemplo dado, a interpretação harmônica entre princípio e outra norma geral que se impõe é: o casamento e a união estável são famílias diferentes, porém, iguais em direitos e deveres entre cônjuges e companheiros ou conviventes, tendo estes a liberdade de converter sua união em casamento, para o que o legislador deve facilitar o exercício desse direito.

Outro exemplo paradigmático é o aparente conflito entre dois princípios contidos no art. 5º da Constituição que expressam a garantida da propriedade individual: o inciso XXII garante o direito de propriedade e o inciso XXIII estabelece que a propriedade atenderá a sua função social. Em um, o direito amplo e em outro, o dever amplo. Como conciliá-los? Harmonizando ambos os princípios, tem-se que sua incidência é

necessariamente conjunta, de acordo com o enunciado que deles emerge: é garantido o direito de propriedade, que deve atender a sua função social. Ou seja, toda propriedade deve cumprir sua função social.

Se há solução, então a antinomia é aparente, ou seja, não há antinomia, porque os princípios ou o princípio e outra norma geral hão de ser interpretados e aplicados de forma harmônica e integrada.

Vê-se, pois, que não há, na aplicação dos princípios e na colisão dos direitos fundamentais, uma única resposta para a decisão judicial, porque esta é determinada pelas circunstâncias que cercam o caso concreto. Um direito fundamental não é mais nem menos superior ao outro. São iguais. Assim também os princípios jurídicos.

5. Interpretação dos Princípios Jurídicos

Não há norma jurídica sem interpretação. Nenhuma norma pode ser concebida, ou observada, ou aplicada, sem interpretação. Portanto, todas exigem interpretação, sendo indiferentes as densidades de seus conteúdos semânticos. Na observância da norma jurídica dá-se a interpretação pelo próprio destinatário, inclusive nas mais simples ou imagéticas (por exemplo, o sinal de trânsito vermelho deve ser interpretado como impedimento temporário do tráfico de veículo). Já a aplicação é exigente de interpretação pelo agente público competente, principalmente o magistrado.

Qualquer norma jurídica, inclusive as que aparentam clareza da linguagem e de seus fins, necessita de interpretação, ante as circunstâncias concretas que devam ser consideradas para sua observância ou aplicação. Todas as normas jurídicas, não apenas os princípios jurídicos, são abstratas e ostentam graus de generalidade, porque não são produzidas a partir de fatos concretos ou de interesses particulares.

No que concerne à interpretação jurídica ocorre um valioso ressurgimento da tópico-retórica aristotélica e ciceroniana. Nos antigos, e isso está bem expressado na *Ética a Nicômacos* de Aristóteles, havia uma preocupação com relação à aplicação da norma em razão de sua abstração originária. Porque toda norma é produzida em plano abstrato, para projetar efeitos no futuro a situações concretas, que ela não pode determinar de modo exaustivo. Nas palavras de Aristóteles, "a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente dessa circunstância" (1995, p. 109). Na linha das lições dos antigos, da indispensabilidade da interpretação, da consideração do caso concreto e das circunstâncias que o cercam, ressaltamos o valioso contributo das teorias hermenêuticas e das teorias da argumentação.

Assim é a lição de Francesco Ferrara, sobre aplicar-se a interpretação a todas as normas jurídicas "sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação", em razão de o texto dever ser iluminado em seu sentido pela atividade interpretativa (1978, p. 129).

Na mesma direção, Carlos Maximiliano salientando o equívoco do dogma

axiomático e escolástico *in claris cessat interpretatio,* afirma que a interpretação de qualquer norma jurídica, nítida ou obscura, é sempre necessária, porque "não há fórmula que abranja as inúmeras relações eternamente variáveis da vida" (1999, p. 36).

Assim, o argumento de vagueza e ambiguidade tanto se aplica ao princípio, quanto se aplica a qualquer outra norma. A rigor, ambiguidade e vagueza são da constituição de qualquer norma jurídica, inclusive a que aparenta clareza, pois nenhuma está imune à interpretação ante a singularidade de cada situação fática sobre a qual incide.

A rigor, a vagueza e a ambiguidade emergem de qualquer palavra utilizada na comunicação humana. Como esclarece João distintas e distintas são as prescrições, devendo haver um prazo geral para responsabilidade contratual e um prazo específico para responsabilidade extracontratual. Foram necessários quinze anos e milhares de decisões judiciais contraditórias, para se chegar a um entendimento razoável no STJ. Esse exemplo demonstra que até mesmo em norma que se qualificaria como "regra" não há clareza que dispense a interpretação. Reunamos os enunciados das normas legais: "Prescreve em três anos a pretensão de reparação por dano, ou, se não houver norma específica, o prazo será de dez anos". Existe algo mais claro que isso? Porém, essa clareza textual é apenas aparente quando confrontada com a realidade da vida, que é necessariamente complexa e plúrima.

Cada fato é um fato! Cada caso é uma singularidade! Cada caso desafia a aparente clareza da lei, o que impõe interpretação que leve em consideração as singularidades e suas circunstâncias. Cada caso repercute nas individualidades dos seres humanos, que são iguais nas suas diferenças. Os precedentes são aproximados e nunca idênticos às situações novas.

Igualmente para Pietro Perlingieri a norma de direito civil, clara ou não, deve ser interpretada, em conformidade com os princípios e valores do ordenamento, resultando em um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana como prioritário no confronto com os interesses do Estado e do mercado (2007, p. 75-83). O autor afirma que em direito a clareza é um eventual *posterius,* não um *prius* da interpretação. Com razão, pois a eventual clareza da norma jurídica (inclusive do princípio jurídico) resulta da complexidade do labor interpretativo que leve em conta texto, contexto, fato e circunstâncias. Somente assim a norma jurídica pode ser observada e aplicada.

Quanto à imprescindibilidade do papel do intérprete, surgem cada vez mais cenários que vêm enriquecidos com contribuição da filosofia geral e da filosofia do direito, no que respeita aos momentos integrados da pré-compreensão, da compreensão e da interpretação. Esses três momentos não são separados, mas sim interligados. Como disse Hans Gadamer, a interpretação não é um ato posterior ou complementar da compreensão, pois compreender é sempre interpretar, sendo a interpretação forma explícita da compreensão.

Não há como desconsiderar que cada um de nós se orienta por pré-compreensões,

que afetam profundamente a interpretação. Não conseguimos nos livrar desse fato. Há pré-compreensões controláveis pela razão e há pré-compreensões incontroláveis, como preconceitos intensos. Francis Bacon dizia: nós vivemos cercados de ídolos, que seriam falsas noções, preconceitos e maus hábitos mentais, notadamente os ídolos da tribo (grupos da espécie humana), os ídolos da caverna (influências do meio), os ídolos do foro (linguagem) e os ídolos do teatro (ideias e teorias). Tudo isso vai constituindo cada um de nós, inclusive os que interpretam e aplicam normas jurídicas.

Se a pré-compreensão integra o todo da interpretação, não pode comprometer e distorcer a compreensão e, consequentemente, a interpretação. Não se pode interpretar o direito a partir de juízos subjetivos de valores. Isso é o que não se espera de nenhum julgador.

No plano da linguagem jurídica, cada vez mais se percebe que não bastam para interpretação as dimensões sintática e semântica pura e simplesmente. Por isso é sempre aparente a autonomia semântica de uma norma. Incorpora-se cada vez mais à interpretação a dimensão pragmática.

Enfatizamos a consideração das circunstâncias, inclusive, sobretudo, das circunstâncias fáticas ou facticidades, o que não deve ser entendido como espaço para o arbítrio judicial ou faculdade para o aplicador substituir o seu juízo jurídico por suas convicções de moralidade, de política e de outros valores ideológicos.

Os princípios estão no vértice da pirâmide jurídica, transformados "em ponto culminante da hierarquia normativa" (Bonavides, 2012, p. 308). Significa dizer que a interpretação de todas as demais normas jurídicas deve ser feita em conformidade com eles, nunca em colisão.

Para os princípios implícitos não constitucionais, deve-se considerar igualmente a diretriz da supralegalidade, que não apenas se aplica aos tratados anteriores a 2004 (data da Emenda Constitucional nº 45) que afetem direitos humanos. Os princípios implícitos infraconstitucionais são igualmente supralegais para se manter coerência com a sua posição hierarquicamente superior.

6. O Problema da Indeterminação do Conteúdo dos Princípios

A indeterminação ou fraca determinação dos conteúdo dos princípios costumam ser apontadas como óbices a sua compreensão como normas jurídicas autônomas. Porém, a determinação do conteúdo não integra nem é determinante da estrutura lógica das normas jurídicas em geral.

A determinação ou indeterminação do conteúdo não é requisito para existência, validade e eficácia da norma jurídica. Interessam o campo de incidência da norma jurídica, sua incidência quando concretizados os elementos de seu suporte fático (hipótese de incidência, que é abstrata e hipotética) e os efeitos do fato jurídico daí resultantes.

Os princípios jurídicos, sem mudança ou revogação de outras normas jurídicas,

permitem melhor adaptação do direito à evolução dos valores e demandas da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado pelas circunstâncias que determinam sua incidência, em permanente processo de adaptação e transformação. Ao contrário do que se colhe no senso comum, com tais características os princípios são mais estáveis e asseguram mais segurança jurídica do que as demais normas.

Os princípios jurídicos e outras normas jurídicas valem-se constantemente de conceitos indeterminados, que exercem função prático-operacional, permitindo adaptação de seus conteúdos às mutações do mundo da vida.

No mesmo sentido, afirma Riccardo Guastini (2009, p. 158) que a indeterminação não é característica suficiente para distinguir os princípios das demais normas jurídicas. Para o autor a indeterminação – a *open texture* e até mesmo a imprecisão semântica – é característica própria de toda norma jurídica, que é, necessariamente, formulada por "termos gerais classificatórios", sendo uma ilusão formalista a ideia que só os princípios são indeterminados.

Consideram-se indeterminados os conceitos ou expressões que não indicam seus conteúdos, que devem ser preenchidos em razão dos casos concretos, ao contrário dos conceitos determinados (exemplo, art. 79 do Código Civil: "são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente"). Exemplos de conceitos indeterminados, constantes da Parte Geral do Código Civil: "vantagens especiais" (art. 55); "fundado temor de dano iminente" e "com base nas circunstâncias" (art. 151); "sob premente necessidade", "manifestamente desproporcional" (art. 157); "garantia insuficiente" (art. 158); "excede manifestamente os limites expostos" (art. 187).

Para Eros Roberto Grau (2002a, p. 211), não se trataria de conceito jurídico indeterminado, mas sim de termo indeterminado, pois que a indeterminação estaria nas expressões linguísticas utilizadas pelo legislador e não no conceito em si.

A doutrina brasileira, às vezes, qualifica o princípio jurídico como "cláusula geral" ou "conceito jurídico indeterminado". Porém, são inconfundíveis com os princípios jurídicos. De origem germânica, a cláusula geral tem função instrumental de veicular princípios e conceitos indeterminados, ou, como diz Judith Martins-Costa (1998, *passim*), a de permitir a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz, a integração entre os vários microssistemas jurídicos e a integração entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil e o reenvio do aplicador da lei à Constituição e a outros textos normativos.

Consequentemente, a cláusula geral não é norma jurídica, não sendo adequada para nela ser qualificada a boa-fé e outros princípios comuns no direito civil. A própria doutrina civilista alemã emprega a expressão cláusula geral e princípio com significados semelhantes, ou no sentido de a primeira realizar o segundo. Jan Schapp, desenvolvendo tema destinado às "cláusulas gerais do direito contratual e do direito delitual", diz que em uma relação obrigacional as partes estão ligadas uma à outra pela boa-fé, que ele qualificou

antes como cláusula geral, mas que "ela é, em verdade, um 'princípio'" (2004, p. 129).

No Código Civil os princípios assumem primazia, com enunciações frequentes no conteúdo de suas normas, às vezes ao lado de conceitos indeterminados. Os conceitos indeterminados (p. ex., "desproporção manifesta" e "valor real da prestação", do art. 317) complementam e explicitam o conteúdo das regras jurídicas, mas não têm autonomia normativa. Já os princípios são espécies de normas jurídicas, hierarquicamente superiores, podendo ter enunciações autônomas ou estar contidos como expressões em outras normas jurídicas. No art. 187, a expressão "boa-fé" determina o princípio, pois o ato jurídico que exceder os limites por ele impostos será considerado ilícito e, consequentemente, nulo.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma lei eminentemente principiológica, com vasta utilização não só dos princípios, mas também de conceitos indeterminados. De seus variados dispositivos podem ser colhidos os princípios da transparência, da harmonia das relações de consumo, da tutela da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé, da segurança do consumidor, da equivalência material entre consumidores e fornecedores, da informação, de revisão por onerosidade excessiva, de acesso à justiça, da responsabilidade solidária dos fornecedores do produto ou do serviço, da reparação objetiva, da interpretação favorável ao consumidor, da equidade. Desses princípios defluem deveres gerais de conduta correspondentes, nas relações jurídicas de consumo.

A determinação do conteúdo do princípio jurídico, ainda que tarefa desafiadora e complexa, realimenta o direito com o fluxo mutante da vida, o que nos faz lembrar a lição poética de Fernando Pessoa: "É sempre melhor o impreciso que embala do que o certo que basta, porque o que basta acaba onde basta, e onde basta não basta, e nada que se pareça com isto devia ser o sentido da vida".

7. Proporcionalidade e Razoabilidade: Princípios ou Metanormas?

No Brasil e alhures têm grande acolhida como princípios constitucionais implícitos a proporcionalidade e a razoabilidade, com aplicação disseminada em todos os campos do direito, inclusive o direito civil.

O princípio da proporcionalidade leva em conta, além da relação adequada de meios e fins da norma, as circunstâncias de cada situação de fato. Têm sido correntes na experiência brasileira a utilização dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita para incidência desse princípio. A proporcionalidade é também aplicada nos conflitos privados com esteios aparentemente colidentes na Constituição, como o direito de propriedade (art. 5º, XXII) em face do direito à moradia (art. 6º).

O princípio da razoabilidade incide sobre os conflitos entre o geral e o individual para fixação de critérios e medidas adequados de equivalência ou congruência entre esses dois fatores, considerando a situação específica e as circunstâncias dadas. Como exemplo, o princípio da razoabilidade é aplicável para fixação do dano moral pela jurisprudência

brasileira. A razoabilidade não se confunde com a racionalidade. Chaïm Perelman (1996, p. 253) esclarece que enquanto o racional se refere a verdades eternas e imutáveis, a um direito universalmente válido, o razoável tem conteúdo condicionado pela história, pela cultura de cada comunidade.

Aplicado ao contrato, o princípio da razoabilidade, segundo densa tese desenvolvida no direito francês, incide sobre seus diferentes elementos para que possam estar em consonância com o objetivo nele perseguido pelas partes e serem considerados razoáveis; direcionado ao contratante, seu comportamento é considerado razoável quando adaptado à satisfação desse resultado, fundamentando a correção das cláusulas ambíguas ou desarrazoadas (Ravololomiarana, 2009, p. 399). A intervenção do juiz não tem por fito substituir a autonomia das partes, mas sim assegurar que o objetivo por elas perseguido seja alcançado razoavelmente, de conformidade com a ordem jurídica.

Para Humberto Ávila (2004, p. 87-94), todavia, tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são espécies típicas de postulados normativos, que não poderiam ser qualificados como princípios, mas sim como "normas estruturantes de aplicação de princípios e regras", o que exige levantamento de casos julgados pelos tribunais, que os empregaram, para relacioná-los entre si. Para o autor não são normas ou princípios jurídicos, mas sim metanormas, ou normas de segundo grau, contidas nos meios e não nos fins, ou seja, os postulados "não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim".

Entendemos que meio ou fim não são categorias decisivas para definir ou afastar a qualificação da norma jurídica. De acordo com a estrutura normativa de Pontes de Miranda, que adotamos, norma jurídica é aquela que prevê sua incidência quando o suporte fático (hipotético) nela fixado ocorrer no mundo da vida (suporte fático concreto), provocando a eficácia jurídica e as ulteriores consequências positivas ou negativas dela derivadas, em virtude de sua observância e aplicabilidade. A não observância leva à aplicação. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade atendem a esses critérios. São normas jurídicas e não metanormas ou postulados.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. Introdução ao estudo do direito: retórica realista, argumentação e erística. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. E. Garçon Valdés. Madrid: CEPC, 1993.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad. Mário de Gama Cury. Brasília: UnB, 1995.
ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Interesse público. Nº 55, set./out. Porto Alegre: Notadez, 2005.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Constituição e normatividade dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard, 1999.
_____. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, LUIGI. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Trad. Manuel Domingues de Andrade. Coimbra: Armenio Amado, 1978.

GALGANO, Francesco. Trattato di diritto civile. v. 2. Padova: CEDAM, 2010.
_____. Il diritto dela transizione. Novecento giuridico: i civilisti. Pietro Perlingieri; Antonella Polcini (Orgs.). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. Interesse público. N. 55, maio/junho. Belo Horizonte: Forum, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção". Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre: v. 15, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, n. 31, jul./set. 2007.

PERELMAN, Chaïm. Retóricas. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAISER, Ludwig. Il compito del diritto privado. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona Ramparany. Le raisonnable en droit des contrats. Paris: LGDJ, 2009.

RICOUER, Paul. O justo. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direitos privados. A constituição concretizada. Ingo Wolfg Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. Leituras complementares de processo civil. Fredie Didier Jr. (Org.). Salvador: JusPodivm, 2007.

SCHAPP, Jan. Metodologia do direito civil. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre os particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, n. 23, jul./set. 2005.

Direito e linguagem: um diálogo entre a Análise Crítica doDiscurso Jurídico e a Crítica Hermenêutica do Direito

Virgínia Colares

Pontos de partida

O uso de metáforas inovadoras é empregado por Wittgenstein para impressionar o leitor e chamar a sua atenção para os aspectos anteriormente não percebidos. Isto é, para mostrar à mosca a saída da garrafa de vidro dentro da qual ela se meteu e agora se debate inutilmente. Para Wittgenstein (1953), o problema filosófico, afinal, não é propriamente uma questão cognitiva, mas uma maneira confusa de enxergar as configurações dos conceitos, os interesses a eles associados e a maneira como deles falamos.

A filosofia da linguagem ordinária desenvolvida pelo segundo Wittgenstein em *Philosophische Untersuchungen* [1953], em recusa aos sistemas abstratos da lógica formal, constitui-se num recuo crítico em relação à posição logicizante do implícito determinismo da noção de "estado-de-coisas" que foram descritos pela linguagem do *Tratactus logico-philosophicus* [1917]. Em contrapartida ao que a filosofia analítica estabelecia como relação de correspondência entre o nome e o objeto (material ou conceitual), na qual "o nome significa o objeto" e o objeto é a significação do nome.

O autor de *Investigações* propõe a observação dos usos que fazemos da linguagem na vida diária.

> /.../ pois pode parecer como se, em lógica, falássemos de uma linguagem ideal. Como se a nossa lógica fosse uma lógica, por assim dizer, para o vazio. /.../ e como se fosse necessário um lógico para mostrar finalmente aos homens que aparência deve ter uma frase correta. (Wittgenstein [1953], 1996, I § 81)

Wittgenstein constrói essa concepção de linguagem como uma atividade no mundo (ação /interação) que desencadeou as teorias dos atos de fala e a pragmática linguística.

A filosofia da linguagem ordinária contribui para a aproximação entre as ciências da linguagem e as ciências sociais. As atividades linguareiras configuram-se em jogo que se joga na sociedade, é o agir sobre os objetos da cultura, uma atividade dialógica de seleção, reordenação e reconstrução de sentidos.

A partir dessa virada linguística, cai por terra o primado do sentido literal e os estudos sobre interpretação afastam-se da semântica por condições de verdade e aproximam-se da semântica do ato de fala. Dascal e Berenstein (1987), em T*wo models of understanding and grasping,* constroem a metáfora do "caçador de sentido" e apontam 05 modelos de compreensão:

> **(a) "criptológico"** - o sentido está objetivamente "lá", basta descobri-lo ('textualistas');
> **(b) "hermenêutico" -** o sentido não está "lá", mas "aqui". Ele é um construto a ser engendrado no processo interpretativo ('desconstrutivistas');
> **(c) "pragmático"** - o sentido é produzido por um agente por meio de ação comunicativa. (é preciso levar em conta a intenção do produtor do texto);
> **(d) "super-pragmático"** -o intérprete capta ('agarra") o sentido do falante diretamente, com base na informação contextual, sem precisar levar em conta o sentido literal do enunciado ('contextualistas');
> **(e) os modelos de estruturas profundas causais** que podem ser infra-individuais (o inconsciente) ou supra-individuais (a ideologia). O sentido é o produto de um jogo de forças que subjazem à determinada atividade humana. Assim, para entender o que foi dito temos que investigar o não dito, o implícito, o subentido, o pressuposto.

Este ensaio se propõe a apresentar a Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ) (que se alinha aos modelos de estruturas profundas causais(e), acima, como uma abordagem interpretativa das atividades de linguagem no âmbito jurídico para colaborar com a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Pois se para a CHD, "/.../as ciências se ocupam da solução de problemas, mas a filosofia vigia os problemas das soluções. Essa dupla dimensão deve ser sempre lembrada pelo cientista do Direito para não absolutizar seu discurso" (Stein (2005) apud Streck; Delfino; Lopes (2017, p. 215)).

O Direito, como ciência, se autodeclara uma "ciência neutra". Entretanto, os estudos do discurso jurídico, têm evidenciado, empiricamente, que "/.../o Direito como modo de reprodução de um funcionamento social que reproduz o Estado, e que, ao mesmo tempo, quer ser visto desvinculado dos fenômenos sociais" (Tfouni; Monte-Serrant, 2010, p.75).

Revisitando "Hermenêutica Jurídica e(m) Crise" e várias outras publicações de Lênio Luiz Streck com o ânimo de construir a "Crítica Hermenêutica do Direito" constata-se que a hermenêutica jurídica (em *terrae brasilis,* no dizer do autor) continua em

crise. Ao indagar, por exemplo, "O que o processo civil precisa aprender com a linguagem?"[1] o texto utiliza 42 (quarenta e duas) vezes o item lexical "linguagem", sem, entretanto, expressar um conceito de linguagem ou remeter a algum autor legítimo das ciências da linguagem. Já no texto "Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e 'o problema da discricionariedade dos juízes"[2], a unidade lexical "texto" ocorre 32 (trinta e duas) vezes e a palavra "discurso" aparece 42 vezes, sem nenhuma conceituação ou descrição dos dois termos científicos.

Considerando que o artigo "O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito"[3] se apresenta como um manifesto e almeja servir como um ***programa de pesquisa*** para interessados em pensar o processo judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, sua compreensão será central na tessitura deste diálogo interdisciplinar.

Pragmática linguística e Pragmatismo

Os termos, "pragmática" e "pragmatismo", têm sido usados como sinônimos ou de forma equivalente. De origem grega, *pragma,* significando coisa, objeto, principalmente no sentido de algo feito ou produzido, sendo que o verbo *pracein,* significa precisamente agir, fazer. Os romanos traduziram *pragma* pelo latim *res,* o termo genérico para coisa, perdendo, no trabalho tradutório, a conotação do fazer ou agir presente, originalmente, no grego. Daí a existência de nomes semelhantes para práticas/ acepções com diferenças tão profundas.

Em um sentido amplo, "pragmatismo" ou "filosofia pragmática" refere-se a concepções de filosofia que defendem não só uma distinção entre teoria e prática, mas, sobretudo o primado da razão prática em relação à razão teórica. Fundamentando-se desde Kant, cuja última obra de 1804 intitulou-se precisamente "Antropologia de um ponto de vista pragmático", até algumas correntes da filosofia contemporânea[4].

Nos Estados Unidos da América, o filósofo lógico Charles Sanders Peirce (1977) aplica a noção de pragmatismo não só na teoria do signo que desenvolve em sua semiótica, mas na concepção de verdade que defende em sua definição de ciência. Para Peirce, as teorias científicas são conjuntos de hipóteses cuja validade só pode ser determinada levando-se em conta sua eficácia e seu sucesso, ou seja, seus resultados, efeitos e consequências, portanto, a prática científica propriamente dita. Com tais reflexões teve

[1] STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem?. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, p. 317-335, 2017

[2] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e "o problema da discricionariedade dos juízes". Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1, p. 6, 2009.

[3] STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; FERREIRA LOPES, Ziel. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro, Belo Horizonte, ano, v. 25, p. 213-228, 2017.

[4] KANT, Immanuel.Antropologia de um ponto de vista pragmático. Editora Iluminuras Ltda, [1804]2006.

adesão do psicólogo William James (1997) e de Oliver Wendell Holmes (1995), jurista estadunidense da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. James (1997), embora também adotando o critério de verdade como sucesso e eficácia, atribuiu um caráter mais psicológico e moral. Desenvolveu uma "filosofia pragmática" ou "filosofia utilitária"; que levou Peirce (1977), para se dissociar dele, a adotar o termo "pragmaticismo" caracterizando a sua própria concepção semiótica em oposição à de James.

Posteriormente John Dewey (1859-1952) segue, em grande parte, mais a linha de James do que a de Peirce (1977), desenvolvendo uma filosofia voltada para a prática, no sentido ético e aplicado, analisando a sociedade e a cultura, onde propunha um sistema filosófico que conjugava o estudo científico da psicologia com a filosofia idealista alemã, exerceu grande influência no pensamento filosófico estadunidense nos anos 30 e 40. Richard Rorty (1971) se destaca como defendendo o que tem sido caracterizado como neopragmatismo. O filósofo de Harvard, Stanley Cavell (1995) também pode ser incluído dentre os representantes do pragmatismo contemporâneo.

A denominada guinada/ virada pragmática se dá, na filosofia alemã, por sua vez, com Jürgen Habermas (1987, 1990, 1994) e seu amigo e colaborador Karl-Otto Apel (1996), inspirados no pragmatismo de Peirce (1977) e na filosofia pragmática da linguagem, desenvolveram concepções de pragmática voltadas para a análise das condições de possibilidade da comunicação, de seus pressupostos e de suas implicações, inclusive nos campos da ética e da política, com vistas a teoria discursivo-procedimental do direito.

A teoria da competência comunicativa habermasiana surge, no campo do direito, como uma nova forma de articular e fundamentar uma concepção mais ampla da racionalidade, de modo a repensar os fundamentos normativos da teoria jurídica na sociedade. Habermas (1987), porém, elabora a sua teoria da competência comunicativa, começando por delimitar a pragmática universal, fundamentado na gramática gerativo transformacional de Chomsky (1975). O autor evoca as noções de competência linguística e desempenho linguístico com vistas à teoria dos universais linguísticos (formais e substantivos). A teoria da competência comunicativa tem como tarefa explicar as operações que falante e ouvinte executam com o auxílio de universais pragmáticos quando usam orações (ou expressões extraverbais) em emissões ou manifestações que Habermans denomina "proferimentos", usados para estabelecer um entendimento a respeito de estados de coisas. Os contextos das situações determinadas de fala também constam de elementos extralinguísticos variáveis (por exemplo, a constituição psíquica do falante, os seus conhecimentos fatuais, suas habilidades, etc.), que constituem o objeto da pragmática empírica. Nesse ponto, Habermas recorre, ainda, à teoria dos atos de fala elaborada por J. L. Austin e John Searle.

O uso da pragmática, como pano de fundo, também se aplica à denominada virada hermenêutica promovida por Heidegger (1971) e Gadamer (2011, 2012) na hermenêutica filosófica, uma corrente contemporânea, surgida lá pela metade do século XX e

caracterizada em grandes linhas pela ideia de que a verdade é consequência de uma interpretação.

A pragmática, nesse caso, leva ao relativismo e a crítica que se faz é que o relativismo equivale ao "vale tudo", tanto do ponto de vista ético, quanto na produção do conhecimento. No campo jurídico, o relativismo é criticado por gerar insegurança social, passando "tudo" a ser relativo. Não discutiremos, aqui, a questão dos limites da hermenêutica e a ideia de pré-compreensão que os princípios metodológicos de interpretação e de explicação pressupõem.

A pragmática linguística pressupõe uma concepção de linguagem segundo a qual o significado é relativo a contextos determinados e deve ser considerado a partir do uso dos termos e expressões linguísticos utilizados nesses contextos. Isso não equivale ao "vale tudo" do relativismo, porque o significado não é visto como arbitrário, mas como dependente do contexto. A consideração do uso envolve, portanto, a determinação das regras e condições de uso que caracterizam os contextos específicos em que o significado se constitui. Afirmar que o significado é "relativo ao contexto" não é o mesmo que afirmar o "relativismo" semântico, cognitivo, ou ético, se "relativismo" significa que todas as posições se equivalem e são igualmente válidas.

Ao contrário, a consideração de regras, convenções e condições de uso, exclui a arbitrariedade, explicitando o processo de constituição e de alteração do significado de uma palavra ou expressão linguística dependente, inclusive, de quem a produz.

Como se vê, linguistas e profissionais do direito constroem seus objetos de estudo sob perspectivas teóricas e assunções diversas. Na pragmática linguística, enquanto um campo de estudos da linguagem, quem primeiro usou esse termo, contemporaneamente, foi Charles William Morris (1946, 1976), O autor distingue três níveis de análise linguística: a sintaxe "relação dos signos entre si", a semântica "relação dos signos como mundo" e a pragmática para designar o estudo da "relação dos signos com seus intérpretes". Rudolf Carnap (2002), lógico e filósofo da ciência de origem alemã, com quem Morris trabalhou em Chicago, por sua vez, definiu a pragmática como o estudo da linguagem em relação aos seus falantes ou usuários. Tanto a definição de Morris, quanto a de Carnap(2002), faz parte da já consagrada distinção geral do campo de estudos da linguagem entre pragmática, que considera a linguagem em seu uso concreto, semântica, que examina os signos linguísticos em sua relação com os objetos que designam ou a que se referem, e sintaxe, que analisa a relação dos signos entre si. Mais recentemente, o termo "pragmática" passou a englobar todos os estudos da linguagem relacionados a seu uso na comunicação.

Wittgenstein ergue os primeiros tijolos da Filosofia da Linguagem com a noção de 'jogo'. Pois, a noção de jogo de linguagem, inicialmente, originada no contexto da filosofia analítica, é desenvolvida em várias perspectivas (tanto na filosofia como na linguística) destacando-se duas consagradas orientações da pragmática:

(a) **a perspectiva lógico-pragmática ou formalista,** representada por Grice (1989) e seus seguidores, que tratam o sentido de uma dada sequência linguística como

uma particular interpretação intencional da transgressão da racionalidade prevista no contexto do princípio de cooperação e suas quatro máximas (inspiradas na tábua de julgamentos de Kant (2006) e

(b) **as abordagens sócio-pragmáticas,** representadas pelo sócio-interacionismo de Gumperz (1982 (a) e (b)) e colaboradores, que consideram o papel das relações interpessoais e os contextos sociais imediatos como constitutivos das atividades interativas de produção de sentido. Para Gumperz, a interpretação de uma resposta na interação por parte do analista depende de sua habilidade de identificar a pergunta a qual a resposta está relacionada. Para entender um simples trocadilho, o interlocutor necessita recuperar, re-examinar e re-interpretar as sequências que ocorrem antes e que lhe servem de "pistas contextualizadoras", incluindo aí a prosódia. A sequencialidade, posição e localização de uma mensagem bem como suas condições prosódicas, seleções lexicais, e "ainda muitas outras coisas" orientam os estudos empíricos de estratégias recorrentes na atividade desenvolvida na inter-relação pergunta / resposta (Gumperz, 1982 (a), p. 159).

Levinson (1989) retoma a noção de atividade, posta por Wittgenstein (1953), e sistematiza a noção de tipo de atividade, fundamentando sua argumentação com dados empíricos. O autor refere-se a atividades culturalmente reconhecidas, como uma aula, uma entrevista de trabalho, um interrogatório judicial, uma partida de futebol, uma apresentação de trabalho escolar, um jantar, etc.. A discussão retoma o dilema inerente às abordagens semânticas ora centradas no "literalismo", ora fundamentadas no "contextualismo", instaurado pela pragmática fragmentada, posta por Austin (1962).

Ao postular que os atos ilocucionários de fala são unidades culturais indissolúveis dos fatos institucionais de cada comunidade, a teoria dos atos de fala (introduzida por Austin (1962) e sistematizada por Searle (1969)) apresenta, também, a possibilidade do ato ilocucionário ser incorporado pela semântica e pertencer à linguística e os atos perlocucionários pertencerem a outros domínios do conhecimento.

A filosofia da linguagem de orientação pragmática valoriza a linguagem comum e o uso concreto da linguagem como a principal instância de investigação, tratando a semântica e a sintaxe apenas como construções teóricas abstratas. A filosofia da linguagem ordinária de Gilbert Ryle (2002), a teoria dos atos de fala de Austin (1962), a concepção de jogos de linguagem de Wittgenstein (1953), e até mesmo a semiótica de Umberto Eco (1991), dentre outras, podem ser incluídas nessa vertente.

Weissbourd & Mertz (1985) para tratar a questão da pragmática linguística e a relevância do contexto, remetem ao Velho Testamento. Relatam que duas mulheres, que moravam juntas, tiveram cada uma, um bebê. Logo na primeira noite, após o parto, morreu um dos bebês, pois a mãe deitara em cima dele. Essa mãe então trocou seu filho morto pelo que vivia, sem que sua companheira percebesse. E não houve ninguém que pudesse testemunhar o fato. A mãe legítima do filho que vivia acordou de madrugada para aleitar o seu filho, quando teve a surpresa. As duas mães reivindicavam o mesmo filho, ante o rei Salomão que, então, determinou ao guarda que o dividisse ao meio, com sua espada, em

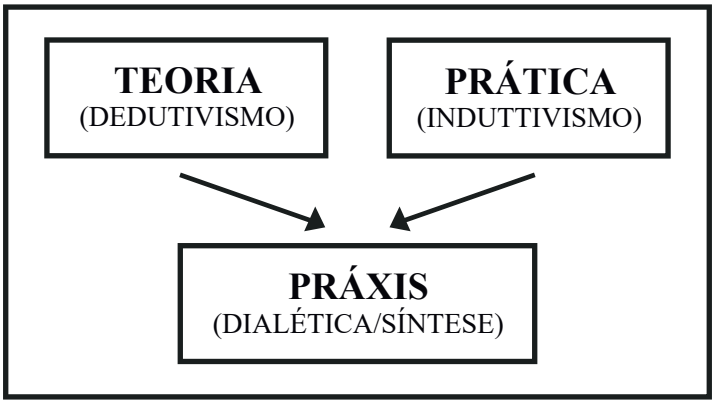
dois. Então uma das mulheres implorou ao rei que mantivesse o menino vivo, pois ela o cedia à outra mulher. Mas esta disse: "Nem meu, nem teu; que seja dividido". O rei sentenciou: "Dai à primeira mulher o menino vivo; não o mateis, porque esta é sua verdadeira mãe".

Dessa situação, avaliam os autores, que Salomão julgou o conflito das duas mulheres que requeriam a guarda da criança a partir de inferências e seu conhecimento de mundo, e não pelo conteúdo semântico da fala da primeira mulher. A decisão de outorgar a guarda da criança à mulher que implorou ao rei que mantivesse o menino vivo decorreu da observação de dados contextuais: do comportamento altruísta da verdadeira mãe.

Uma das conclusões de Weissbourd & Mertz (1985), nas pesquisas em culturas africanas, é que nossas culturas ocidentais estruturaram seus sistemas de Justiça como se tivéssemos criado outro mundo fundamentado em fatos institucionalizados, constituído de indivíduos, corporações e propriedades semióticas. Os autores lamentam que o uso efetivo do discurso – em - construção - emergente das situações - tenha ficado muito longe de nós.

A ACDJ faz ancoragem na Pragmática Linguística que é, basicamente, uma visão filosófica segundo a qual o estudo da linguagem deve ser realizado em uma perspectiva pragmática, ou seja, enquanto prática social concreta, examinando, portanto, a constituição do significado linguístico a partir da interação entre falante e ouvinte, do contexto de uso, dos elementos socioculturais pressupostos pelo uso, e dos objetivos, efeitos e consequências desses usos. A pragmática não seria assim apenas um segmento dos estudos da linguagem, mas o seu campo privilegiado de investigação.

Enquanto, na perspectiva de Streck, Delfino e Lopes (2017, p.220), a CHD "ao mesmo tempo em que é teoria, gerando um quadro referencial próprio e baseado em pesquisas, é também prática, articulada à cotidianidade do fórum, e às questões sociais"[5]. Enquanto a ACDJ faz suas análises na dimensão da práxis, a seguir:



Quadro 01: A dimensão da práxis.

[5] Segundo os autores desde a "obra de base" da CHD é o livro: STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A dimensão da práxis é a condição irredutível da atividade humana, pois é união dialética entre teoria e prática. Na perspectiva do materialismo histórico de Karl Marx, a práxis é uma atividade teórico-prática na qual a teoria se modifica constantemente com a experiência prática, que por sua vez se modifica dialeticamente com a teoria.[6]

A práxis (contraditória e dinâmica)é entendida como a atividade de transformação das circunstâncias, as quais nos determinam a formar ideias, desejos, vontades, sonhos teorias, que, por sua vez, simultaneamente, nos determinam a criar na prática novas circunstâncias e assim por diante, de modo que nem a teoria se cristaliza como um dogma e nem a prática se cristaliza numa alienação.

A práxis é ação com sentido humano, antropológica, cultural, histórica, memória, ato consciente, intencional, ação refletida do fazer e do fazer-se, do homem concreto, como sujeito num nó de relações com o mundo. A dimensão da práxis é ação, pensamento, desejo, paixão, sonho, trabalho, convenções sociais, processos de simbolização. É no livro "A Sagrada Família" que Karl Marx e Friedrich Engels desenvolvem o conceito de práxis ao criticar o materialismo e o idealismo.

Enquanto as demais ciências têm objetos exteriores ao discurso, a realidade do direito subsiste unicamente através da sua expressão verbal. Daí a preocupação dos "jusfilósofos" com a virada linguística a qual remetem reiteradamente. Entretanto, a virada linguística do século passado tem como pressuposto comum aos vários domínios do saber humanos e sociais o fato de que a linguagem (em seus aspectos sintáticos, formais, lógicos, estruturais, semânticos, discursivos) permite operações como pensar, conhecer, deduzir; ou seja, as operações supostamente "mentais" ou "cognoscitivas" – oriundas da cisão entre pensamento e linguagem – não passam de mais um construto dicotomizante do positivismo. Nesse sentido, de que vale nomear de "neopragmatismo" se o olhar continua positivista?

Contribuições de Luiz Alberto Warat para o estudo do Direito e sua Linguagem

Ao tratar o senso comum teórico dos juristas, Warat (1982) assegura que um dos problemas dos discursos das ciências jurídicas é que esses, ancorados no binarismo, tentam opor o conhecimento científico às representações ideológicas e as representações metafísicas, para ele, o senso comum teórico dos juristas é a voz "off" do direito, como uma caravana de ecos fragmentados e legitimadores. Para o autor:

> /.../ o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela episteme. Estamos diante do

[6] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A sagrada família: ou a crítica da Crítica crítica: contra Bruno Bauer e consortes. Boitempo Editorial, 2015.

> senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. (Warat (1982, p.51-52)

Para Warat (1982, p.52-53), "é o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais". A ACDJ se justifica pelo fato de investigar essas relações sociais e verificar em que medida este conhecimento científico do direito configura-se num "acúmulo de opiniões valorativas e teóricas", ancoradas numa "semântica por condições de verdade" e não numa semântica dos atos de fala da pragamática linguística.

Em toda sua produção, Luis Alberto Warat deixa entrever a importância da linguagem para o campo do direito ao ponto de falar de uma "Linguística Jurídica" ao que denominamos de Linguística Aplicada ao Direito. Para o autor, toda ruptura de cânones arraigados teria de se valer de outros campos de reflexão, porque para reformular imaginários no campo jurídico seria necessário trazer a tona tudo que tateia a produção simbólica com os signos.

Na sua obra prima - El derecho y su lenguage – Warat (1976), magistralmente, relaciona o projeto epistemológico de Hans Kelsen com a proposta que Ferdinand de Saussure tentou construir para a Linguística, como ciência pura. Ambos tratavam exclusivamente dos aspectos abstratos e formais tentando isolar seus objetos de estudo de todas as poeiras socias, ideológicas, emocionais, econômicas etc. Se por um lado o "autor" do Curso de Linguística Geral deslocou todas as questões valorativas, individuais e contingentes para o mundo da fala e reafirmou a possibilidade do estabelecimento de um corte teórico-metodológico que garantisse a objetividade e a exatidão da ciência da linguagem para o estudo da língua; por seu turno Hans Kelsen delimitou o objeto da Ciência Jurídica para o plano o sentido objetivo de um ato de vontade (da lei, do legislador, do intérprete), ou seja, o sentido estabelecido pelas normas gerais abstratas formuladas pelo legislador, separando completamente as decisões judiciais autênticas de sua ciência pura do direito.

Na "ciência pura do direito" proposta por Hans Kelsen também não cabiam o diálogo com outros domínios do saber:

> [...] se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo que não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (Kelsen , 1986 , p. 15) .

Essa abordagem "xenofóbica" do Direito, ainda influencia muito o ensino jurídico. Na segunda edição da versão traduzida para o Português de - O direito e sua linguagem - reconstruída com a colaboração de Leonel Severo Rocha, os autores afirmam:

> [...] especificamente na proposta kelseniana, nota-se um certo paralelo com a duplicidade de abordagens defendida por Saussure para a constituição da ciência linguística. Com efeito, Kelsen propõe também uma duplicidade de abordagem para os estudos das normas jurídicas, como objeto de uma ciência do direito em sentido estrito. Assim, postula-se uma análise estática e uma análise dinâmica das normas jurídicas, que dividem a sua teoria em dois momentos: nomoestática e nomodinâmica. A nomoestática ocupar-se-ia da análise dos elementos estruturais das normas jurídicas, prescindindo de seus elementos evolutivos a partir de um jogo de categorias teóricas - denominadas conceitos jurídicos fundamentais -, como também de uma teoria dos âmbitos de validade, vistos como componente interno das normas jurídicas. A nomodinâmica estudaria o processo de criação e aplicação das normas jurídicas a partir de uma análise relacional de seus órgãos com a exterioridade dos conteúdos (...). (Warat; Rocha, 1995, p.34-35)

O Estruturalismo na Linguística teve origem no livro "Curso de Linguística Geral" escrito por Charles Bally e Albert Sechehaye, com a colaboração de A. Ridlinger a partir da compilação das anotações das aulas de Ferdinand de Saussure (1916). O Curso é fundamentado em dicotomias: Língua vs. Fala; Sincronia vs. Diacronia; Sintagma vs. Paradigma; Significante vs. Significado.

Além dos conceitos de língua e fala, é possível identificar na obra Teoria Pura do Direito também um conceito de norma jurídica geral que está muito próximo do conceito de signo, desenvolvido por Ferdinand de Saussure (2001) no seu Curso de Linguística Geral. Com efeito, o conceito de norma jurídica - o sentido objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem - é o elemento mínimo da linguagem jurídica, que, por sua vez, possui também dois elementos constitutivos: o suporte fático (significante) e o conceito (o significado). Ademais, o autor da obra Teoria Pura do Direito utiliza-se dos conceitos de estática jurídica e de dinâmica jurídica. A primeira pode ser pensada como sendo o conceito de sincronia para Ferdinand de Saussure e a segunda como sendo o conceito de diacronia. (Bedin, 2016, p.47)

Um dos aspectos positivos das dicotomias saussurianas, para a Linguística Moderna, em especial a distinção entre sincronia e diacronia, relações sintagmáticas e paradigmáticas, foi a possibilidade de verificar que a variabilidade de uso tem conformidade com as variações de espaço, tempo, socioculturais, individuais etc, em oposição às tendências prescritivistas de considerar determinadas formas, muitas vezes arcaicas, como corretas. As descrições de dados autênticos possibilitaram a constatação de

que o falante e ouvinte de uma língua é influenciado pela sociedade e o contexto histórico do momento. Através do eixo sintagmático e paradigmático, a Linguística descobre mais potencialidades da língua, como caráter recursivo dessas regras de uso.

Warat (1981, p. 79), na Reunião do Grupo de Trabalho "Direito e Sociedade", durante o IV Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS) Rio de Janeiro, 29 a 31 de outubro de 1980, diz com veêmencia:

> Poderia iniciar este trabalho afirmando a importância da linguística para a teoria e o ensino do direito. Contudo, optarei por um juízo menos otimista: começo denunciando um certo esgotamento da problemática linguística estabelecida pelos juristas. O que não deixa de ser uma curiosa ironia na pequena história da Linguística Jurídica.

Hans Kelsen, com a "Teoria Pura do Direito", também constrói uma teoria dicotômica para a norma jurídica. A dicotomia kelseneiana propõe duas etapas: nomoestática e nomodinâmica. A primeira daria conta da análise dos elementos estruturais das normas jurídicas, prescindindo de seus elementos evolutivos a partir de um jogo de categorias teóricas - denominadas conceitos jurídicos fundamentais. A segunda estudaria o processo de criação e aplicação das normas jurídicas a partir de uma análise relacional de seus órgãos com a exterioridade dos conteúdos.

> A minha homenagem a Kelsen esconde também um atentado às marcas teóricas que a expropriação academicista imprimiu a seu pensamento. Ou seja, pretendo rebelar-me contra a ditadura da certeza, contra as zonas de transparência do discurso kelseniano, contra as áreas de repetição de seu pensamento. Tentarei, assim, desnaturalizar certas versões consagradas da Teoria Pura do Direito, propondo pistas de mutações e deslocamentos (para poder ler os vazios que este pensamento gerou), e procurando principalmente mostrar as funções políticas e ideológicas deste deserto significativo. (Warat, 1981, p. 84)

Como se vê, ambos propõem teorias explicativas de seus objetos de estudo sem se debruçar sobre a realidade. Contra essa ótica interna da própria ciência jurídica - teoria pura kelseniana - que se apoia na metodologia do estruturalismo e positivismo científicos que constitui o núcleo teórico da dogmática jurídica, Luis Alberto Warat aponta uma perspectiva que altere essa visão de ciência imune a forças ideológicas subjacentes às relações de poder presentes no mundo.

Warat constrói, para o ensino do Direito, uma proposta denominada "Pedagogia da Sedução", com o propósito de enfrentar esse conhecimento limitado imposto pela dogmática, via imaginário jurídico dominante. Ao conjunto de ensinamentos baseados na

dogmática jurídica, o autor denominou "senso comum teórico dos juristas" ou "a voz 'off' do Direito", nas suas palavras uma profusão de "[...] ecos legitimadores de um conjunto de crenças a partir das quais se pode dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam" (Warat, 2004, p. 32). Tal senso comum é apresentado como uma realidade indiscutível, pronta e acabada, que aponta um único caminho a ser seguida pelo acadêmico do direito – "os pinguins", pois é iniciado e introduzido num processo único dominado pela dogmática e positivismo jurídicos. No último capítulo de "O Direito e sua Linguagem", Warat define o "senso comum teórico dos juristas" como

> /.../um conglomerado de opiniões, crenças, ficções, fetiches, hábitos expressivos, estereótipos que governam e disciplinam anonimamente a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito, compensando-os de suas carências. Visões, recordações, idéias dispersas, neutralizações simbólicas que estabelecem um clima significativo para os discursos do direito antes que eles tornem audíveis ou visíveis. (Warat; Rocha, 1995, p. 96)

Surpreende que a Crítica Hermenêutica do Direito não enfrente essa discussão feita por Warat. Como afirmar que "a verdade se estabelece dentro do caráter intersubjetivo da linguagem, em que as convicções subjetivistas são constrangidas" (Streck, Delfino e Lopes (2017, p.220),se a subjetividade é construída na intersubjetividade? O conceito de subjetividade é central no pensamento de Marx, entendido como correlato com o conceito de individualidade e indissociável do conceito de intersubjetividade.[7]

A compreensão da ACDJ sobre o art. 489- §1º da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015: um convite ao diálogo

Este convite ao diálogo entre as ciências da linguagem e as ciências jurídicas é oportuno "desde que a teoria legal é uma forma de discurso, necessariamente usando linguagem como seu 'medium', então, talvez possamos traçar um relacionamento entre a estrutura de nossa linguagem e nossas teorias legais" (Weissborud eMertz (1985, p. 652).

De acordo com Streck; Delfino e Lopes (2017, p.214) "A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) tem ganhado espaço no cenário jurídico nacional, orientando pesquisas acadêmicas, fomentando debates públicos e impactando a prática jurídica em projetos de lei, petições, julgados, etc."[8]

[7] SAVIANI, D. Perspectiva marxiana do problema subjetividade-intersubjetividade. Revista Espaço Pedagógico, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 77-97, 2023. DOI: 10.5335/rep.v10i2.14725.

[8] STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; FERREIRA LOPES, Ziel. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro, Belo Horizonte, ano, v. 25, p. 213-228, 2017.

Mas, para orientar as pesquisas acadêmicas, faz-se necessário refletir sobre esta afirmação de que "[...]qualquer discurso científico trabalha sobre pressupostos de verdade, racionalidade e demonstrabilidade[...]" (Streck; Delfino e Lopes (2017, p.214)). Pois, "verdade, racionalidade e demonstrabilidade" restringem-se apenas à concepção de ciência do Racionalismo que acredita que a razão é a única sede do conhecimento. Essa concepção de ciência é capaz de provar a verdade necessária, absoluta e universal de seus enunciados e resultados, opera com linguagens formais como a Matemática e a Lógica. O objeto científico do Racionalismo, que reinou até o sec. XVII, é uma representação intelectual, correspondendo à própria realidade racional e inteligível em si mesma, trabalha com sujeitos ideias. A concepção empirista, que se desenvolveu com a medicina grega e Aristóteles, concebe que a ciência é experimental, sendo uma interpretação dos fatos baseada em observações a partir do método indutivo, opera com sujeitos concretos e pode ostentar seus resultados. Ambas têm o mesmo pressuposto de que a ciência é um Raio X da realidade. No sec. XX, dialogicamente, é concebida a ideia de razão como conhecimento aproximativo e corrigível. A concepção construtivista de ciência opera com modelos explicativos para a realidade e não com a representação da própria realidade[9]. Há outros métodos de ciência, como a Abdução na perspectiva do paradigma indiciário. Portanto os pressupostos apontados pela CHD restringem-se apenas à concepção racionalista de ciência e ao método dedutivo.

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) se apresenta como uma abordagem que parte de aportes filosóficos da fenomenologia hermenêutica que observa o jurídico como um fenômeno hermenêutico que pressupõe um espaço intersubjetivo de significados, mas não explicita como serão estudados.

A articulação linguagem/direito carece de colocar em contato/confronto o eterno e o contemporâneo, no que concerne à concepção de linguagem e ao eixo epistemológico para abordar os dois domínios em suas interfaces. Se por um lado, quanto à concepção de linguagem, o direito faz ancoragem no eterno - aquilo fora do tempo - permanecendo sempre idêntico a si mesmo; por outro, os estudos da linguagem, após a reviravolta wittgensteineana, buscam o movimento e a inquietação, na dimensão da práxis, no fluxo da vida, onde o novo é pura temporalidade e se diferencia de si mesmo a cada atualização, a cada interpretação. Num movimento dialético no qual os sentidos vão sendo construídos a cada uso, nas atividades sociais do dia-a-dia. A partir de uma amostra de dez tratados de hermenêutica jurídica, Colares (2002, p.207 – 249) constata que a concepção de linguagem que perpassa os manuais de direito é a de representação do mundo, de instrumento, na qual as palavras têm um sentido literal.

A noção de texto que perpassa o artigo de Streck; Barretto e Oliveira (2009) apenas no primeiro uso (p.76) tem como referente o texto literário "A Odisséia" de Homero, usado pelos autores como metáfora/ analogia entre a interpretação da Constituição e o gesto de

[9] CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 7. reimpr. São Paulo: Ática, 2014.

Ulisses ante o canto das sereias. No artigo intitulado "Ulysses and the sirens: About judicial activisms and the dangers of creating a "new constitutional convention" by the judicial power", os autores argumentam que:

> Ocorre que sabedor do efeito encantador do canto das sereias, Ulisses ordena aos seus subordinados que o acorrentem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, Ulisses sabia que não resistiria e, por isso, criou uma auto-restrição para não sucumbir depois. (Streck; Barretto; Oliveira (2009, p. 76))

Nas outras 31 ocorrências da palavra "texto", o termo é usado para fazer referência à Carta Constitucional, como um produto pronto e acabado pelos constituintes brasileiros de 1988. Em nenhum dos usos, remete a uma concepção de texto da Linguística Textual, domínio do saber legítimo para dizer o que um texto é. Assim, para os autores "/.../ as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas)".

O texto constitucional é considerado um suporte passível de aprisionar o sentido depositado pelo "corpo político", os legisladores, de maneira atemporal, "/.../permanecendo sempre idêntico a si mesmo" independentemente de quem o lê, como se o sentido estivesse colado ao texto constitucional como uma etiqueta colada pelo legislador e coubesse a cada magistrado apenas "decodificar". No mesmo artigo aparecem 20 ocorrências do termo "interpretação". Os autores admitem as dificuldades de se encontrar uma teoria da interpretação jurídica no contexto desse movimento provocado pelo aparecimento de novas constituições que fundaram o Estado Democrático de Direito. Segundo Barretto (1999):

> /.../ esse momento possibilitou a criação e redefinição de uma série de institutos jurídicos, como é o caso das chamadas "cláusulas gerais", dos "conceitos jurídicos indeterminados", das "normas em branco" e, evidentemente, dos chamados "princípios constitucionais"/.../

Observa-se uma preferência desproporcional pelas questões de mensuração e verificação na relação entre palavras e unidades ontológicas (objetos, estados de coisa, acontecimentos), centram a atenção na verdade lógica, na racionalidade, a despeito, inclusive, das lógicas não-clássicas (lógica do conhecimento ou epistêmica; lógicas das crenças ou doxástica; lógicas de tempos verbais; lógicas modais (conceitos de necessidade e possibilidade) que são tentativas dos lógicos em aplicar os sistemas de inferência às

línguas naturais.

No Direito, o eterno, ou pretensa neutralidade do discurso jurídico, em relação às questões políticas e sociais do país, apoia-se na ideia de que os juízes são meros cumpridores da lei, aprisionados – como as correntes de Ulisses - pelos ditames das normas elaboradas na esfera legislativa, sendo o discurso legal (ou norma), esse sim, o responsável pela aplicação do princípio de justiça, na autoridade do Estado. A concepção de linguagem como instrumento, com um sentido literal enrijecido pela dogmática jurídica, perpassa a ilusão da neutralidade. E, sendo a neutralidade apenas um mito, "o discurso que se pretende 'neutro', ingênuo, contém também uma ideologia – a da sua própria objetividade" (Koch, 2004, p.17)

A redação do art. 489- §1º da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 insinua uma "arena esterilizada" onde os elementos materiais do processo são neutros e expostos sem nenhuma manipulação das palavras, sem as poeiras sociais, psicológicas, econômicas, ideológicas, históricas etc[10]. Essa lacuna ou insuficiência, nas ciências sociais, entre e teorizações do papel da linguagem na vida social e as ferramentas apropriadas para a análise empírica desses materiais verbais constatada por Chouliaraki (2005) a fez eleger como objeto de estudo as práticas sociais. Já para Fairclough (2000, p.167), a análise das práticas sociais constitui um foco "teoricamente coerente e metodologicamente efetivo". Chouliaraki e Fairclough (1999) salientam que compreender o momento discursivo significa observar a articulação não só dos vários momentos dentro de uma prática social, no caso a prolatação de decisões judiciais, como também a relação entre diferentes práticas. Na análise crítica do discurso jurídico (ACDJ), o estudo de decisões consiste em observar como os julgadores podem posicionar-se dentro dessas práticas sociais, reproduzindo uma ordem discursiva da instância jurídica ou (re) articulando as mesmas práticas sociais/ institucionais, criativamente.

A prática social, para Fairclough (2003, p.23 - 26), consiste na articulação de elementos sociais (alguns não discursivos), a saber: (1) a ação e a interação, relações sociais, pessoas (com crenças, atitudes, histórias, etc.); (2) o mundo material; e (3) o discurso que incorpora a linguagem que é entendida por esse autor como a base de toda ação social. Fairclough (2003) reelabora o arcabouço da abordagem tridimensional do discurso, produzindo uma explicação mais consistente ao incorporar três conceitos centrais: (a) o de estruturas sociais (entidades sociais como a economia, a justiça, as classes sociais e a própria linguagem); (b) o de práticas sociais (articulações de elementos sociais relacionados a áreas específicas da vida social, como a escola, o judiciário, a família) e (c) o de eventos sociais (o fazer concreto dos agentes sociais materializado em forma de textos, como, no nosso caso, as decisões judiciais).

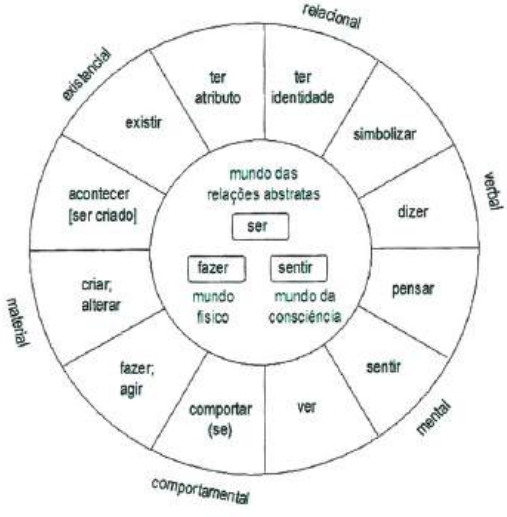
O legislativo construiu os seis incisos do Art. 489da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil- para explicitar as situações nas quais não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, a seguir:

[10] DASCAL, Marcelo. Interpretação e compreensão. São Leopoldo-RS: UNISINOS, [1999] 2006.

> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sob a ótica das ciências da linguagem e percorrendo os caminhos trilhados por Warat (1976, 1981, 1982, 1995), na busca por uma semiologia do poder, nenhum dos incisos da lei, acima, tem força locutória, ilocutória ou perlocutória que assegure a interdição ao "princípio do livre convencimento motivado", como propõe a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Na perspectiva da Gramática Sistêmico Funcional (Halliday e Matthiessen, 2004), a transitividade é responsável pela organização semântica das experiências humanas, permitindo categorizar as ações e atividades em seis tipos de processos: materiais, mentais, relacionais, verbais, existenciais e comportamentais.



Quadro 02: Os tipos de processos (Halliday; Matthiessen, 2004)

Norman Fairclough (2003, p. 141) afirma que a principal função do sistema de transsitividade é evidenciar textualmente quem faz/é/pensa/diz algo e em que circunstâncias e, portanto, que conhecimentos ou crenças são produzidos, ou seja, que representação da realidade o texto constrói.

Os verbos ou expressões verbais usados no art. 489 §1 para prescrever situações nas quais não se considera uma decisão fundamentada são: I "explicar"; II "empregar", "explicar"; III "invocar", "justificar"; IV "enfrentar", "infirmar"; V "se limitar", "invocar", VI "deixar de seguir", "superar" etc, os quais, no sistema de transitividade da linguagem, correspondem aos tipos de processo mental ou verbal, ou seja, são do campo perceptivo, cognitivo, emotivo, desiderativo, são a representação da experiência interna dos atores sociais, no caso juízes e tribunais, ao usar a linguagem. Portanto, refletem e expressam o princípio do livre convencimento motivado.

A Lei nº 13.105, como texto que é, mais do que um mero exemplar de linguagem jurídica, é a manifestação linguística de uma prática social, em outras palavras, uma dimensão de um evento discursivo (Fairclough, 2001). O conceito de texto, na perspectiva de um sistema de linguagem, consiste na ocorrência de textualidade mediante certas condições que fazem com que um texto seja um texto. A concepção de texto na perspectiva da comunicação ganha uma nova dimensão com a integração de pontos de partida da teoria da ação, provenientes da filosofia anglo-saxônica da ação e da teoria dos atos de fala (Austin (1962), Searle (1969)) dela resultante.

Essa abordagem da textualidade busca aporte na filosofia da linguagem de Wittgenstein (1953), sobretudo no seu conceito de jogo de linguagem. A concepção wittgensteineana de língua como uma atividade estruturante remete a unidades ontológicas (objetos, estados de coisa, acontecimentos no mundo) que são relativizados com respeito a sua localização pessoal e espaço-temporal, assim como as pessoas envolvidas (quem produz e quem interpreta), fazendo parte desse contexto existencial. A ideia de texto como atividade comunicativa fundamenta-se, ainda, na pragmática filosófica universal (Habermas (1990), Apel (2005)), na teoria russa sobre a atividade (Vygotsky (2003) e Leontiev (1978)), no conceito sociológico da ação em M. Weber (1922), bem como na pragmática linguística propriamente (Wunderlich (1972).

A compreensão que tem Fairclough (1992; 2003) do processo social teve influência da obra de Harvey (1996). A produção teórica de David Harvey contribui para entender as mudanças sociais na acumulação capitalista, no urbanismo, na produção dos espaços sociais e políticos do capitalismo contemporâneo. Em *"Justice, nature and the geography of difference",* partindo dos conceitos fundamentais na tradição marxista, o autor incrementa o debate das ciências sociais, incluindo cinco elementos: semiose, relações sociais, poder, instituições, crenças e valores culturais. A semiose é um elemento central do processo social que é dialeticamente relacionado aos outros. Assim, as relações entre os elementos do processo social são diferentes, mas não são separadas: cada elemento, dialeticamente, interioriza os outros sem reduzir-se a eles; daí a relevância da

linguagem para a compreensão das relações sociais, do poder, das instituições, das crenças e dos valores culturais. Esses elementos são parcialmente semióticos, sem se reduzirem à semiose. Portanto, as instituições sociais são organizadas por relações interpessoais que são parcialmente semióticas/discursivas.

Referências bibliográficas

APEL, Karl-Otto. Filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo: Loyola, 2005. (Vol.1)

AUSTIN, J. L. How to do things with words. Oxford: Oxford Uniyersity Press, 1962.

AUSTIN, J. L. Philosophical Papers. 3.ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

BAUMAN, Z. Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010

BEDIN, Gilmar Antonio. Semiologia política e interpretação das leis: algumas reflexões sobre a função política e a função normativa semiológica do senso comum teórico dos juristas. In: BRITO ALVES, Fernando de; OLIVEIRA Junior, José Alcebiades de; CASTRO, Matheus Felipe de.(coord.)) Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] CONPEDI/ UnB/ UCB/ IDP/UDF; Florianópolis: CONPEDI, 2016. p.47.

Brasil. Lei nº 13.105
CARNAP, Rudolf. The Logical Syntax of Language. London: Open Court, [1937] 2002.

CAVELL, Stanley. Philosophical Passages: Wittgenstein, Emerson, Austin, Derrida. Cambridge: Basol Blackwell, 1995.
COLARES, Virgínia. Direito, produção de sentido e o "regime de liberdade condicional". Revista daPós-graduação em Direito da UNICAP. Recife, v.1, p.207 - 249, 2002.

CHOMSKY, Noam. Aspects of the theory of syntax. Cambridge, Mass.: M.I.T. Press, 1965. (Tradução portuguesa de J. A. Meireles e E. Paiva Raposo. Aspectos da teoria da sintaxe. Ceira, Coimbra: Arménio Amado, 1975.)

CHOULIARAKI, L.; FAIRCLOUGH, N. Discourse in late modernity. Edinburgh: Edinburgh UP, 1999

DASCAL, Marcelo. Interpretação e compreensão. São Leopoldo-RS: UNISINOS, [1999] 2006.

DASCAL, Marcelo; BERENSTEIN, Isidoro, em Two models of understanding and grasping. In: Language & Communication, v.7, nº 2, p.139-151, Great Britain: Pergamoun Journals, 1987.

DEWEY, John. Experience and Education [1938]. Traduzido para o português por Anísio Teixeira sob o título de "Experiência e Educação". São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

ECO , Umberto Semiótica e Filosofia da Linguagem. São Paulo: Ática, 1991.

FAIRCLOUGH, Norman. Discurso e mudança social. Brasília: Ed. UNB, 2001.

FAIRCLOUGH, Norman.Analysing discourse: textual analysis for social research. London/ New York: Routledge, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GRICE, H.P. Studies in the Way of Words. Boston, Harvard University Press, 1989.

GUMPERZ, J.J. Discourse Strategies. New York: Cambridge University Press, 1982 (a).

GUMPERZ, J.J Fact and inference in courtroom testemony. In: Language and social identity. Cambridge: Cambridge University Press, 1982 (b). p. 163-195.

HABERMAS, Jürgen. ¿Qué significa pragmática universal? In: _____. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estúdios prévios. Madrid: Cátedra, 1994.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social.Tomo I. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HALLIDAY, M.A.K.;MATTHIESSEN, C. M. I. M. An introduction to Functional Grammar. 3rd edition, London: Hodder Arnold, 2004.

HARVEY, D. Justice, nature and the geography of difference. Oxford: Blackwell, 1996.

HEIDEGGER, Martin. O que é isto – a filosofia? Identidade e diferença. São Paulo: Duas cidades, 1971

HOLMES, Oliver Wendell. The Collected Works of Justice Holmes. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

JAMES, W. [1907] Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking / Four Related Essays Selected from "The Meaning of Truth". New York/London/Toronto: Longmans/ Gren, 1997.

KANT, Immanuel.Antropologia de um ponto de vista pragmático. São Paulo: Iluminuras, [1804] 2006.

KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Safe, 1986.

LEVINSON, Stephen C. Pragmatics. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A sagrada família: ou a crítica da Crítica crítica: contra Bruno Bauer e consortes. Boitempo Editorial, 2015.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORRIS C.S. Signs, Language and behavior. George Braziller, Nova Iorque, 1946.

MORRIS C. S. Fundamentos da teoria dos signos. Eldorado Tijuca, Rio de Janeiro, EDUSP, São Paulo, 1976.

PEIRCE, C.S. O que é Pragmatismo. In: PEIRCE, C.S.. Semiótica. São Paulo: Perspectiva, [1905] 1977.

ROCHA, Leonal Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia da sedução para o ensino do Direito. In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMSNN, W. (org.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do PPDG_UNISINOS. Mestrado e Doutorado nº9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

RORTY, Richard. Consequences of Pragmatism. Minneapolis: Univ. of Minnesota Press, 1982.
RYLE, Gilbert. The Concept of Mind. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de Linguística Geral. São Paulo: Cultrix,[1916] 2001.

SAVIANI, D. Perspectiva marxiana do problema subjetividade-intersubjetividade. Revista Espaço Pedagógico, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 77-97, 2023. DOI: 10.5335/rep.v10i2.14725.

SEARLE, J. Speech Acts: an essay in the philosophy of language. New York: Oxford University Press, 1969.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e "o problema da discricionariedade dos juízes". Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1, p. 6, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; FERREIRA LOPES, Ziel. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro, Belo Horizonte, ano, v. 25, p. 213-228, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil

precisa aprender com a linguagem?. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, p. 317-335, 2017

TFOUNI, Leda Verdiani; MONTE-SERRAT, Dionéia Motta. Letramento e discurso jurídico. Todas as Letras, São Paulo, v. 14, n. 1, 2021. Disponível em file:///C:/Users/EDSON/Downloads/4538-Texto%20do%20artigo-17190-18832-10-20120629.pdf. Acesso em 27 set. 2024

VYGOTSKY., L. S. Psicologia pedagógica. Porto Alegre: Artmed, 2003.

WARAT, Luis Alberto. El derecho y su lenguage. Buenos Aires, 1976.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. REVISTA BuscaLegis.ccj.ufsc.br, N.º 4 Ano 2 - Dezembro de 1981. p. 84-90.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. REVISTA®BuscaLegis.ccj.ufsc.br. N.º 5 Junho de 1982. p. 48-57.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. O direito e sua linguagem. 2. ed. Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WEBER, Max. Economia e Sociedade. Califórnia: University of California Press, 1922.

WEISSBOURD,B., MERTZ. E. Rule-centrisme versus Legal Creativity: the skewing of Legal Ideology through Language. In: Law & Society Review, [s.l.:s.n.], v. 19, n. 4, p. 613-759, 1985.

WITTGENSTEIN, Ludwing. Investigações Filosóficas. Trad. brasileira José Carlos Bruni. Col. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, [1953] 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwing. Philosophical investigations. Oxford: Basil Blacwell / New York: Macmillan, 1953.

WUNDERLICH, D.(org) Linguistiche Pragmatik. Frankfurt: Arthenäum, 1972.

Para criticar Lenio Streck, Virginia Colares imita filólogo de a Sereníssima República: transforma Nebraska em Caneca e incorpora Humpty Dumpty – os problemas da teoria do espantalho

Lenio Luiz Streck

Introdução

Certa vez me encontrava em uma banca de doutorado de uma grande universidade, na qual se defendia tese sobre as implicaturas de Grice. Nessa oportunidade, durante minha inquirição ao candidato, questionei-o do porquê de não ter abordado o tema sob a óptica de Wittgenstein e Gadamer, que trabalham a questão de maneira diferente. Durante minha inquirição, fui interrompido pelo orientador, que prontamente afirmou: *a aluna escreveu uma tese sobre Grice,* e não sobre os demais autores.

De certa maneira, o evento ilustra o que houve no ensaio *Direito e linguagem: um diálogo entre a Análise Crítica do Discurso Jurídico e a Crítica Hermenêutica do Direito,* elaborado pela professora Virgínia Colares, ao qual buscarei responder com o presente texto. Colares se propõe a "colaborar" (sic) com a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) em seu artigo, mas acaba apresentando uma leitura estreita do que proponho como teoria. A CHD vem sendo desenvolvida por mim há mais de 30 anos, ao longo de publicações que ultrapassam oitenta livros, mais de 350 artigos científicos e mais de 400 capítulos de livro, além de mais de 1.100 colunas de opinião em jornais e sites jurídicos. Não falo desses números para me vangloriar. Falo deles porque Colares limita sua crítica à CHD pela leitura de dois textos esparsos e um par de citações rasas a algumas obras minhas — que, pelo teor do texto da autora, dificilmente foram lidas na sua integralidade. E isso é profundamente lamentável.

A impressão que fica é que a autora se utiliza de uma leitura própria (e bem enviesada) da CHD — e de outras teses, como demonstrarei nas próximas seções —, isto é, uma leitura de minha teoria a partir da análise do discurso (sobre a qual nunca escrevi, a não ser algumas referências a estimada Eni Puccineli Orlandi), para evidenciar seu próprio conhecimento sobre linguística e pragmática. Ademais, cumpre assinalar que as críticas dirigidas à minha proposta teórica incidem sobre um "espantalho" laboriosamente construído a partir de uma deturpação caricatural e simplória de conceitos e argumentos que jamais sustentei. Trata-se daquilo que, na tradição retórico-filosófica, convencionou-se denominar "teoria do espantalho" (*strawmanargument*). Essa estratégia, que remonta às

polêmicas aristotélicas e ecoa nos debates contemporâneos sobre argumentação, consiste em atacar uma versão simplificada ou deturpada do pensamento alheio em lugar de lidar com as nuances efetivas e o rigor epistemológico que lhe são inerentes. Tal procedimento, ao enviesar as premissas fundamentais de minha pesquisa, falseia o horizonte hermenêutico que defendo, inviabilizando uma verdadeira desleitura entre distintas tradições e referências filosóficas.

Com este texto, pretendo demonstrar porque Colares faz uma leitura equivocada e reducionista não apenas de minha tese, como também dos fundamentos filosóficos da CHD. Entre eles, abordarei, de plano, o problema da pragmática e do pragmatismo, articulado pela autora na primeira seção de seu texto, que leva a implicações sérias para a CHD; depois, enfrentarei a gravíssima acusação feita pela autora ao final da segunda seção do artigo, quando fala que a CHD "não enfrenta" o debate waratiano sobre o senso comum teórico dos juristas; em seguida, e por fim, tratarei da estranha– e espantosa - leitura linguística que Colares faz do artigo 489 do Código de Processo Civil (CPC/2015) e de como os comandos lexicais do dispositivo citado, à luz da análise do discurso, impedem a afirmação de que o art. 489 veda o "livre convencimento motivado". A problemática abordada ainda levará à questão central do meu desacordo com Colares, pois também diz respeito à acusação que a autora faz de que minha tese teria resquícios *racionalista* (sic), porque reivindica verificabilidade e previsibilidade dos juízes (deve ser muito ruim exigir isso dos juízes, pois não?).

Em suma, busco com este texto evitar mal-entendidos e propor um debate mais honesto intelectualmente do que o oferecido pela professora, em especial quanto ao referencial teórico tratado por mim, que é bem diferente do de Colares, diga-se. Já de início preciso deixar claro que não sou linguista, tampouco um adepto de teorias discursivas (inclusive critico vertentes jurídicas delas em *Verdade e consenso* – que Colares não leu e desconhece por completo, ao que tudo indica – como é o caso das teorias da argumentação jurídica). Sou hermeneuta. Não estou interessado no tema da análise do discurso. De todo modo, que este texto sirva como provocação e resposta. Embora a rispidez que, por vezes, uso, desejo uma colaboração franca com outras teses. Não nego que a hermenêutica possa ter pontos em comum com a linguística. Afinal, a filosofia da linguagem é uma raiz que une ambos os campos.

Mas, para haver colaboração, é necessário o conhecimento pleno da obra do autor com o qual se busca colaborar. E isso não foi percebido no texto que responderei agora. É difícil responder a um artigo que trata de assuntos que nada tem a ver com o que venho escrevendo e pesquisando há mais de 30 anos. É como na história do sujeito que era "especialista" em cães. Foi fazer um concurso e lhe foi perguntado sobre ovelhas, tema sobre o qual nada sabia. E respondeu: ovelhas não são cães. Agora, se fossem cães... e falou uma hora sobre cães. Na saída, depois de ser obviamente reprovado, a banca lhe disse: a propósito de sua especialidade em cães, lembramos que lobos, hienas e coiotes não são propriamente "cães" – na especificidade do tema.

A autora é linguista, mas por outro lado, há partes truncadas em seu texto (na versão que a revista me franqueou para esta reposta), como, por exemplo, a separação do sujeito e do verbo por vírgula (Entretanto, os estudos do discurso jurídico, têm evidenciado...), o uso inadequado da palavra "mesmo" (como pronome pessoal), um parágrafo todo com três "que" sem qualquer virgula, o advérbio "onde"empregado de forma equivocada, falta de crase em "à tona", redundância em "um mero exemplar", afirmações soltas entre parágrafos e, acima de tudo, certa falta de cuidado com expressões típicas do léxico jurídico, como, por exemplo, chamar de teoria legal, quando a tradução adequada de *legal theoryé* "teoria do direito" – o que na área do direito é imperdoável, chamar uma constituição republicana e democrática de "Carta Constitucional", coisa bem estranha para quem lida com o direito, etc.

Preciosismos? Não para quem reivindica várias vezes o "uso do saber legitimo" (sic) e usa a linguística como "lugar da fala". Cada um é responsável pelo que "cativa". Não sou fiscal da gramática, a hermenêutica também supera qualquer preconceito linguístico. O que evidencio e refuto, entretanto, com esta resposta, são as armadilhas de "discursos de autoridade" e as limitações de leituras parciais de teorias complexas.

Numa palavra inicial, praticamente todo o espaço do texto de Colares é dedicado a caracterizar o seu próprio referencial, reservando à CHD apenas uma análise de poucas citações sem a devida contextualização e, sinto dizer, interpretadas de modo grosseiramente equivocado em relação ao que defendo. Dizendo de outro modo, interpretadas de forma negacionista. Falta ao texto, antes de tudo, uma caracterização da CHD para depois criticá-la. Isto evitaria atribuir-lhe ideias francamente contrárias às suas próprias teses centrais, que identifico abaixo e passo a analisar.

1. Pragmática, pragmatismo e pragmaticismo: A enviesadamira epistêmica e esclarecimentos necessários sobre a CHD

Na primeira seção do texto, a autora busca "delimitar" a tradição na qual está inserida. Esse já é um tópico controverso, pois Colares diz basear sua agenda de pesquisa no que chama de pragmática linguística, mas, uma vez que se propõe a apresentar uma agenda de pesquisa, cria espantalhos sobre a CHD e revolve sua tese no entorno dos próprios espantalhos que criou.Esse é o erro da mira epistêmica do qual falarei. Atira em mim, erra, e acerta no espantalho que criou! Do que estamos falando, afinal? De hermenêutica ou de linguística? Um *disclaimer* epistemológico se faria necessário antes de a autora discutir aquilo que se propõe. Mas ela não o fez. Por isso, nesta primeira seção, tratei alguns esclarecimentos sobre minha tese.

De fato, há uma diferença considerável entre a pragmática como campo de estudo linguístico, junto da semântica e da sintaxe, e a escola filosófica do pragmatismo. Mas aí resta já uma armadilha não incluída no texto por Colares: o abismo entre a pragmática enquanto diagnóstico da linguagem como *ser* fundante, que constitui as filosofias de

Wittgenstein e Heidegger, as quais são por mim, antropofagicamente, apropriadas (em centenas de páginas, registre-se); e, por outro lado, o *pragmatismo filosófico* como escola de pensamento, que a autora menciona em seu texto, com os expoentes Charles S. Pierce, William James, Oliver Wendell Homes e James Dewey, que, cada qual a sua maneira, condicionam a veracidade a um grau elevado de sucesso e eficácia na crença das proposições.[1]

Colares define que Habermas colheu, desse campo amplo, a utilização da pragmática com as bases da linguística, algo feito já pela teoria da gramática gerativa de Noam Chomsky. Não me oponho ao diagnóstico da autora, até pelas relações aproximadas de Habermas com outro sucessor dessa tradição do pragmatismo e seu contemporâneo — Richard Rorty, que Colares também cita. Mas, como eu afirmei, Colares cai na primeira armadilha, a de não diferenciar explicitamente o que entende como pragmática e o que entende como pragmatismo. A autora inicia a seção afirmando: "Os termos, 'pragmática' e 'pragmatismo', têm sido usados como sinônimos ou de forma equivalente".[2] A prosa faz parecer que ela irá se opor a tal proposição de equivalência, mas a construção adversativa nunca aparece, e Colares parece subscrever a tese corrente, na filosofia contemporânea, que coloca a pragmática e o pragmatismo como se fossem algo muito mais aproximado do que de fato é.

Não me aprofundarei demasiadamente sobre o tema da aproximação entre pragmática e pragmatismo, mas há de se ressaltar que um dos maiores proponentes dessa alternativa é o filósofo Robert Brandom, e sua tese vem inclusive reverberando na teoria do direito.[3] De minha parte, discordo, uma vez que autores como Hegel, Kant, Wittgenstein, Heidegger, Dworkin, e até mesmo eu, somos todos *pragmáticos,* pois assumimos o *linguistic turn* sem que assumamos o instrumentalismo da linguagem. Mas nós estamos situados numa tradição diversa do pragmatismo filosófico de Dewey, James e Pierce. Há até um problema de anacronismo em aproximar tantos autores diversos na história da filosofia em uma só tradição. Por isso decidi sempre me afirmar como alguém que assume a pragmática a partir do *linguistic turn* (tem um verbete sobre o conceito em meu Dicionário de Hermenêutica – o qual está publicado, inclusive, em língua espanhola –, que a professora não cita e desconhece), mas nunca como alguém que subscreve qualquer versão de *pragmatismo* ou *pragmaticismo.*[4]

Todo esse esclarecimento serve de resposta ao questionamento de Colares:

[1] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem: um diálogo entre a Análise Crítica do Discurso Jurídico e a Crítica Hermenêutica do Direito. p. 4.

[2] Ibid., p. 3.

[3] Destaco aqui as pesquisas conduzidas pelos professores Thomas Bustamante e Thiago Decat, da UFMG.

[4] Sobre essa diferença entre pragmatismo filosófico e pragmática e suas implicações para o pragmatismo jurídico, além do eventual anacronismo de Brandom, Victor Rebelo, em trabalho que estou orientando, vem trabalhando sobre o tema.

> Entretanto, a virada linguística do século passado tem como pressuposto comum aos vários domínios do saber humanos e sociais o fato de que a linguagem (em seus aspectos sintáticos, formais, lógicos, estruturais, semânticos, discursivos) permite operações como pensar, conhecer, deduzir; ou seja, as operações supostamente "mentais" ou "cognoscitivas" – oriundas da cisão entre pensamento e linguagem – não passam de mais um construto dicotomizante do positivismo. Nesse sentido, de que vale nomear de "neopragmatismo" se o olhar continua positivista?[5]

Assume-se, portanto, que a autora acusa a CHD de ser uma teoria "neopragmatista" (e com olhar positivista?), quando na verdade nunca subscrevi qualquer tese correlata. Essa "conclusão" é espalhafatosa. Há que se diferenciar qualquer pragmatismo (antigo ou velho) da pragmática assumida pela filosofia da linguagem e consolidada pelo *linguistic turn.* São termos e tradições diferentes. Referenciais teóricos que parecem próximos, mas não são. Para Colares, posso ser rotulado de textualista, literal, criterialista, como se eu defendesse uma concepção de verdade como correspondência. Um conjunto de equívocos que nem mereceriam resposta, tamanho o disparate. O que Colares diz que eu digo é justamente o oposto do que proponho com a CHD.

Vencida a questão sobre as diferenças entre pragmática e pragmatismo, há de se afirmar que a CHD não se reduz a uma abordagem pragmática da linguagem. Antes, trata-se de uma teoria hermenêutica que tem no giro ontológico-heideggeriano sua principal referência filosófica. A CHD está ancorada na Crítica Hermenêutica da Facticidade, na ontologia de Heidegger e na crítica ao normativismo positivista e ao positivismo nas suas vertentes clássica e pós-hartiana. Qualquer tentativa de reduzi-la a uma 'perspectiva pragmática' para além das consequências já expostas do *linguistic turn* é erro crasso e mostra que a autora sequer entendeu as premissas centrais do que está tentando discutir.

Dessa maneira, como esclarecer a CHD? Como delimitá-la de modo a corrigir as más compreensões a que podem ser levados os leitores do texto de Colares? Como romper com a pré-compreensão equivocada sobre a CHD – a qual não foi superada nem mesmo pela autora que busca criticá-la?

Na hermenêutica, conforme amplamente aceito na tradição filosófica desde Gadamer,[6] podemos distinguir três níveis interligados: *pré-compreensão, interpretação e compreensão.* Vejamos: (i) *pré-compreensão* refere-se ao conjunto de pressupostos, categorias e expectativas que o sujeito já possui antes mesmo de se engajar com um

[5] COLARES, Virgínia.Direito e linguagem, op. cit., p. 9-10.

[6] Ver GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode I. GrundzügeeinerphilosophischenHermeneutik I. Tübingen: Mohr, 1990.

fenômeno interpretativo. Como nos ensina Gadamer, nunca nos aproximamos de um texto ou conceito em estado de neutralidade; há sempre uma historicidade e uma bagagem prévia que condicionam nosso olhar; (ii) *interpretação* é o processo ativo pelo qual o sujeito, consciente de sua pré-compreensão, engaja-se no horizonte do texto ou conceito, permitindo um verdadeiro jogo hermenêutico. Nesse momento, deve haver abertura para revisões, ajustes e o esforço genuíno de diálogo com a alteridade do objeto interpretado; (iii) *compreensão,* por fim, não é um estado final ou absoluto, mas um resultado provisório e sempre renovável do encontro entre intérprete e fenômeno interpretado. Trata-se do momento em que o sentido se cristaliza, ainda que de forma dinâmica, no interior de um horizonte ampliado. E não esqueçamos das três *subtilitas (intelligendi, explicando eaplicandi,* que, para Gadamer são uma coisa só: *a pplicatio).*

O problema do artigo analisado é que a autora permaneceu *estagnada na pré-compreensão,* sem avançar para uma interpretação efetiva da CHD. Seu contato se deu por fontes (bem) superficiais e secundárias, que não possuem como foco a filosofia da linguagem em sua completude, tampouco a abordagem hermenêutica propriamente dita. Como resultado, ela construiu uma caricatura da CHD, atribuindo-lhe premissas e limitações que simplesmente não correspondem ao que a teoria propõe.

Além disso, sua tentativa de inserir a CHD dentro de uma taxonomia rígida de concepções epistemológicas da ciência revela sua *incompreensão do caráter hermenêutico do direito,* que escapa a dicotomias simplificadoras como racionalismo *versus* empirismo ou representação *versus* construção. A CHD parte do reconhecimento de que o direito é um fenômeno interpretativo (por isso é uma cadeira que se assenta entre objetivismo e subjetivismo, como diz Ernildo Stein), em que o sentido das normas não está dado de antemão, mas se constrói na práxis jurídica, dentro de um horizonte intersubjetivo.

Dessa forma, antes de propor qualquer crítica ou diálogo, a autora deveria primeiro interpretar corretamente a CHD para então compreendê-la, e só depois ela poderia estabelecer um debate produtivo. O diálogo é sempre bem-vindo, mas para que ele ocorra de maneira genuína, é preciso partir de uma leitura minimamente rigorosa e comprometida com o objeto estudado — o que ainda está muito longe de acontecer neste caso. A compreensão da autora sobre hermenêutica é completamente equivocada, vejamos:

> O uso da pragmática, como pano de fundo, também se aplica à denominada virada hermenêutica promovida por Heidegger (1971) e Gadamer (2011, 2012) na hermenêutica filosófica, uma corrente contemporânea, surgida lá pela metade do século XX e caracterizada em grandes linhas pela ideia de que a verdade é consequência de uma interpretação.
>
> A pragmática, nesse caso, leva ao relativismo e a crítica que se faz é que o relativismo equivale ao "vale tudo", tanto do ponto de vista ético, quanto na produção do conhecimento. No campo jurídico, o relativismo é criticado por gerar insegurança social, passando "tudo" a ser relativo.

> Não discutiremos, aqui, a questão dos limites da hermenêutica e a ideia de pré-compreensão que os princípios metodológicos de interpretação e de explicação pressupõem.[7]

Essa afirmação simplifica de maneira equivocada a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, de forma a tornar difícil um diálogo já que os pontos de partidas estão errados. Em primeiro lugar, a ideia de que "a verdade é consequência de uma interpretação" deturpa a noção de verdade dentro dessa tradição. Impressiona o nível do erro da autora. Heidegger, em *Ser e Tempo,* ao discutir a "virada hermenêutica", não propõe que a verdade seja simplesmente uma construção interpretativa subjetiva, mas, sim, que a verdade se dá como *desvelamento (aletheia)*.[8] Registre-se: quantas e quantas páginas escrevi sobre isso. E em quantos e quantos livros. Que a autora não leu.

Ou seja, a interpretação não "cria" a verdade, mas permite seu surgimento dentro de um horizonte histórico e linguístico. (Ademais, confesso que não entendi a opção da autora em não discutir a questão dos limites da hermenêutica e a ideia de pré-compreensão que os princípios metodológicos de interpretação e de explicação pressupõem, sendo que isso é de suma importância para a compreensão das teses que proponho.)

Gadamer, por sua vez, ao desenvolver a *Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein* (consciência da eficácia histórica/história efeitual), em *Verdade e Método,* sustenta que toda interpretação ocorre dentro de uma tradição e de preconceitos inevitáveis, mas isso não significa que a verdade seja meramente uma consequência arbitrária da interpretação. Se isso fosse assim, Gadamer seria um subjetivista qualquer. Ao contrário, Gadamer critica a redução da interpretação a um relativismo subjetivo ou pragmático e enfatiza que a fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*) entre intérprete e tradição permite uma compreensão mais profunda, e não meramente uma criação subjetiva da verdade.

A autora até tenta salvar seu argumento nos parágrafos seguintes, falando que a pragmática linguística não equivale ao "vale tudo" do relativismo, como se a pragmática linguística fosse um campo superior à hermenêutica, apenas para evidenciar novamente seu desconhecimento sobre a hermenêutica. Explico: a afirmação de que a hermenêutica filosófica se caracteriza pela ideia de que a verdade é consequência de uma interpretação distorce o pensamento desses autores. Eles não defendem um relativismo interpretativo, mas, sim, uma concepção de verdade vinculada à abertura do ser (Heidegger) e ao diálogo com a tradição (Gadamer). Para novo registro: eu não sou gadameriano; não sou heideggeriano; não sou dworkiniano. Qual é o busílis? É que construí uma teoria a partir desses autores. Mas, para saber disso, é necessário ler o que escrevi em dezenas de livros e artigos.

[7] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 5.
[8] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 5. ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 1995.

No próximo tópico abordarei as críticas da autora feitas a mim quando fala de racionalismo (sic) e sobre a grave e infundada acusação de que não enfrento o tema do senso comum teórico dos juristas em Warat.

2. Sobre racionalismo, racionalidade, warat e a CHD

Como vimos, em seu ensaio, a professora Colares pretende, ao que tudo indica, apontar deficiências da CHD em comparação à abordagem por ela proposta, a Análise Crítica do Discurso Jurídico. Entre uma série de referências a autores com um tom enciclopédico e de máxima síntese, em que surgem os mais variados nomes, tais como Peirce, James, Holmes, Dewey e companhia, Habermas, Apel, Heidegger, Gadamer, Carnap, Marx, Wittgenstein, Kelsen, Warat, Aristóteles, entre tantos outros cuja conexão teórica exigiria um complexo e corajoso tratado filosófico, são elencados pontos de fragilidade teórica da concepção por mim desenvolvida ao longo de diferentes textos.

Penso que contra-argumentar tais conexões seria uma tarefa não apenas desinteressante em termos teóricos como árdua, uma vez que os pressupostos de Colares não são colocados com a clareza e a extensão exigidas por tamanha bagagem bibliográfica e sincretismo filosófico. Há autores manuseados por ela que nada têm entre si. Nesse sentido, faz-se mais pertinente atentarmos para os comentários críticos diretamente endereçados à CHD, em meio ao complexo oceano de referências contido no texto da professora, além dos que circundam meu desenvolvimento teórico. O mais central deles é a acusação de que não enfrento problemas levantados pelo meu saudoso orientador e mestre, Luis Alberto Warat.

Comecemos, no entanto, com as críticas endereçadas diretamente a mim: no primeiro momento, a professora Virgínia Colares, após afirmar em tom crítico que o Direito "como ciência, se autodeclara uma 'ciência neutra'" (o Direito é o sujeito da oração? Em que lugar o Direito assim se autodeclarou?), faz referência a artigos por mim publicados. Ela comenta que

> o texto utiliza 42 (quarenta e duas) vezes o item lexical "linguagem", sem, entretanto, expressar um conceito de linguagem ou remeter a algum autor legítimo das ciências da linguagem. Já no texto "Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e 'o problema da discricionariedade dos juízes", a unidade lexical "texto" ocorre 32 (trinta e duas) vezes e a palavra "discurso" aparece 42 vezes, sem nenhuma conceituação ou descrição dos dois termos científicos.[9]

[9] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 3.

Bem, poderíamos afirmar que, no texto da professora, a palavra Direito ocorre 56 (*cinquenta e seis*) vezes sem que haja uma definição precisa a seu respeito. Esse tipo de abordagem, com contagem de palavras, parece uma caricatura do tipo *Como mentir com estatísticas,* de Darrell Huff, sobre o qual já escrevi[10], pelo qual é possível "demonstrar" coisas esdrúxulas, como "forte correlação 'positiva' (causal) entre vendas de sorvete e ataques de tubarão em determinada praia". Na hermenêutica jurídica praticada no mundo contemporâneo, contar número de palavras e coisas desse tipo não têm o menor sentido. Para início de conversa.

Sigo. Ausência de cientificidade? Não é necessário afirmá-lo. Sabemos que conceitos desse tipo são interpretativos, isto é, demandam uma série de razões cujo empenho de explicitação exigiria que se excedesse o próprio objeto do texto. Se seguíssemos essa linha de raciocínio em cada texto escrito, chegaríamos ao conhecido problema de Wittgenstein sobre o conceito de conceito e o seu regresso ao infinito.

Já em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise,*[11] obra que recentemente completou 25 anos,[12] faço uma incursão na trajetória da teoria da linguagem, que tem seu início em *Crátilo,* de Platão, até chegar ao que chamo, a partir de Ernildo Stein, de paradigma hermenêutico. Trata-se da filosofia hermenêutica (Heidegger) ou da hermenêutica filosófica (Gadamer), nas palavras da autora, "uma corrente contemporânea, surgida lá pela metade do século XX e caracterizada em grandes linhas pela ideia de que a verdade é consequência de uma interpretação (sic.)."[13] Na referida obra, aponto para a abordagem heideggeriana, segundo a qual a linguagem constitui uma abertura ao mundo, como condição de possibilidade intersubjetiva que se antepõe à relação sujeito-objeto. Falamos da dimensão hermenêutica, anterior à instância predicativa, objeto da linguística. Observe-se a complexidade do tema – que a autora desconhece. Escrevi há mais de 20 anos: *a linguagem passou a ser a condição de possibilidade do próprio filosofar.* O conhecimento não antecede o compreender. Antes disso, como bem acentua Ernst Schnädelbach, há a "razão hermenêutica". Por isso, a importância de se falar em uma "dobra da linguagem" (há um "como" apofântico e um "como" hermenêutico) e considerar que não interpretamos para compreender (e, sim, *compreendemos para interpretar*). O

[10] STRECK, Lenio Luiz. Tubarões, sorvetes e ovos: como advogar é difícil! Stoic mujic! Revista Consultor Jurídico, 12 set. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-12/senso-incomum-tubaroes-sorvetes-ovos-advogar-dificil-stoic-mujic/. Acesso em: 18 mar. 2025.

[11] Não ignoro (e nunca ignorei) a linguística e análise do discurso. Falo do tema quando abordo a semiótica e semiologia ao longo de dois capítulos inteiros nessa obra. Inclusive, há época da publicação de suas primeiras edições, participei de seminário na USP, ladeado da professora EniPuccineli Orlandi, referência de linguística no país. Ver STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, em especial os capítulos 8 e 9.

[12] Ver KARAM TRINDADE, André ... [et. al.] (org.). Um tributo a Hermenêutica jurídica e(m) crise, de Lenio Streck: 25 anos depois. Prefácio de Ernildo Stein. São Paulo: TirantloBlanch, 2023.

[13] Colares, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 5.

compreender se dá *na* e *pela* linguagem; logo, o conhecimento, que somente ocorre na linguagem, não mais tem a linguagem como veículo ou terceira coisa. Eis a chave do problema. Nesse mesmo diapasão, *é na linguagem que há a surgência do mundo.* É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. O sujeito da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – *não tem mais lugar nesse giro.* Daí o devido cuidado, para que não se confunda a "morte do sujeito" (solipsista) com a morte do sujeito da relação de objetos, enfim, o sujeito da enunciação. Há um erro muito comum em se pensar que a superação do esquema sujeito-objeto "matou" o sujeito da relação de objetos. O que se teria no seu lugar? De todo modo, tudo isso está em diversos livros meus. Ignorados pela professora.

Agora, em referência à intersubjetividade hermenêutica, quando Colares afirma que não enfrento o conceito de senso comum teórico dos juristas de Warat, lembro que, em tópico específico de *Hermenêutica jurídica e(m) crise* (intitulado "Hermenêutica versus crítica: uma questão secundária"),[14] desenvolvo o problema a partir do debate entre Habermas e Gadamer, que posteriormente foi por mim aprofundado em *Verdade e Consenso.*[15] Afinal, a intersubjetividade linguística proposta pela hermenêutica inviabiliza a crítica ao senso comum teórico de que tratou meu querido mestre Warat? Por óbvio que não. O revolvimento interpretativo da tradição em que práticas institucionais se assentam e a revisão de pré-juízos inautênticos é um aspecto elementar da proposta de Gadamer, sintetizada na imagem do círculo hermenêutico.

O pensamento de Warat permeia toda a minha obra, em especial a minha crítica à dogmática (e reivindicação por uma dogmática crítica) em *Hermenêutica jurídica e(m) crise.* Mas, há de se ter cuidado com as armadilhas de uma leitura rasa: nunca misturei Warat com a hermenêutica. Aliás, Warat não tinha simpatias pessoais por Heidegger em face de questões políticas. Todas as vezes que conversamos sobre a filosofia hermenêutica, Warat enfatizou suas ressalvas "nessas bandas fenomenológicas". Sobre Gadamer, fiz um debate com Warat em Recife. Mas ele se concentrou na parte sobre a interpretação das obras de arte (primeira parte de *Verdade e Método*). Na parte da hermenêutica, nada quis falar.

Portanto, insisto que minha relação com o que Warat escreveu se circunscreve à crítica à dogmática jurídica e, ainda, à filosofia analítica. Ninguém fez melhores críticas aos ementários e ao modo criterialista da dogmática (embora nunca tenha utilizado essa nomenclatura e tampouco lhe agradasse Dworkin). E o que é eterno em Warat é o conceito de senso comum teórico dos juristas (no original, sentido comum). Aliás, é em sua homenagem que minha coluna — a mais lida do Conjur há 12 anos (já são mais de 1100

[14] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise, op. cit., p. 200-209.
[15] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

colunas) — se chama *Senso (In)comum.* O conceito de "próteses para fantasmas" de Warat foi por mim já fixado de tanto usar, porque retrata bem o criterialismo do direito praticado na cotidianidade (por isso reafirmo que o texto da professora também pode ser lido como um exemplo de criterialismo, porque faz próteses para fantasmas epistêmicos — a professora parece ter sido picada pelo aguilhão semântico).[16]

Com efeito, Warat foi um transformador e vivia mudando de teses. Isso só sabe quem leu as obras completas do "gringo" e quem com ele conviveu. Essa felicidade eu tive. Na minha casa, Warat construiu, de forma mais elaborada, a tese da Katchanga Real, por mim trabalhada em vários textos. Acompanhei de perto, desde *Mitos e Teorias*[17] até *Por quien CantanLas Sirenas.*[18] E transcrevi — traduzindo do "portunhol", em minha máquina Triumph — o livro *Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos,*[19] fase da carnavalização do direito assumida por Warat. Somente quem conviveu dia a dia com o "gringo" sabe dessas coisas. E o que dizer quando lemos, em seu seminário de pós-graduação, *O nome da rosa?* Fizemos um semestre todo sobre o livro. E depois que Warat descobriu Kundera? Sim. Semiologia do Poder? Também. Semiótica? Filosofia da Linguagem Ordinária? Todos esses temas também foram estudados. Ninguém melhor que Warat (Leonel Severo Rocha foi quem melhor aprendeu isso com ele) explicou o neopositivismo lógico (empirismo lógico). E por isso ninguém explicou melhor Kelsen que Warat. Porque entendeu o Círculo de Viena (no meu *Hermenêutica Jurídica* explico detalhadamente isso). Veja-se *A pureza do poder,* sua tese de Titularidade — que assisti. Sou antigo nisso. Poderia até dizer e apostar: quem escreveu mais sobre "senso comum teórico dos juristas" do que eu?

Mas, atentemos, toda essa construção waratiana foi feita sem matriz definida. Isso (não se rotular) também fazia parte da "carnavalização". Ele fazia críticas duras ao realismo jurídico. Vinha de Genaro Carrió, e Carrió se apropriou de Hart (daquele famoso capítulo de "O conceito de direito"). Vejam que os caminhos se cruzam. Por isso Warat criticava com veemência o direito alternativo. São tantas histórias sobre essa época, que serão contadas no seu devido tempo e espaço em minhas memórias. De minha parte, a minha carnavalização (e da CHD) se traduziu na leitura antropofágica da dogmática crítica de Warat, da hermenêutica e do interpretativismo de Dworkin, além, claro, da pragmática do *linguistic turn* presente em Wittgenstein. E das lições precisas de Ernildo Stein, expert em Heidegger e em Gadamer (Stein fez o prefácio de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise e*

[16] Nesse sentido, sugiro que a professora Colares leia o Verbete "Criterialismo", constante do meu livro: STRECK, Lenio Luiz. Ensino Jurídico e(m) Crise: Ensaio Contra a Simplificação. São Paulo, Editora Contracorrente, 2024.

[17] WARAT, Luís Alberto. Mitos e teorias na aplicação da lei. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

[18] WARAT, Luís Alberto. Por Quien Cantan las Sirenas. Infrome sobre Eco-ciudadanía y Derecho-Algunos Aspectos de la Mordenidad y Transformacíon. Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 3, n. 4, 2013 [1994]. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/896. Acesso em: 14 mar. 2025.

[19] WARAT, Luís Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz: Edunisc, 2000.

a apresentação do Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica).

Portanto, o que Lenio Streck tem a ver com Warat? Isso tudo. Mas nada de hermenêutica, que nada tinha a ver com o "gringo"! Não lhe agradava a hermenêutica filosófica e a filosofia hermenêutica. Assim, qualquer disparo da professora nesse alvo só acerta o espantalho. Ou mais um espantalho, entre tantos que ela construiu.

Por outro lado, a ausência de cientificidade indicada pela autora no trecho já citado vai de encontro a outra análise posterior sobre a CHD.[20] Ao citar um pequeno trecho de um texto em coautoria com alunos,no qual consta que "qualquer discurso científico trabalha sobre pressupostos de verdade, racionalidade e demonstrabilidade", a professora Colares afirma que esses termos:

> restringem-se apenas à concepção de ciência do Racionalismo que acredita que a razão é a única sede do conhecimento. Essa concepção de ciência é capaz de provar a verdade necessária, absoluta e universal de seus enunciados e resultados, opera com linguagens formais como a Matemática e a Lógica.[21]

Colares estabelece, a partir daí, uma relação entre a CHD e o racionalismo a que atribui o "reinado" até o século XVII (sic), em contraposição ao empirismo que se desenvolveu, segundo a autora, a partir de Aristóteles e da medicina grega. De pronto, pergunto-me o que Hobbes, quem ironiza constantemente a escolástica de cunho aristotélico, David Hume, quem incentivou a queima de livros de metafísica, ou os empiristas lógicos, que atribuíam à metafísica o campo das pseudoproposições, pensariam de sua associação com Aristóteles. Não obstante, para a autora, em contraposição à concepção construtivista da ciência do século XX, "os pressupostos apontados pela CHD restringem-se apenas à concepção racionalista de ciência e ao método dedutivo".[22] Aqui também há uma amostragem forte da falta de leitura da professora acerca do que eu escrevo. Trata-se, no mínimo, de um desleixo epistemológico ou má-fé. Há dezenas de textos meus criticando o "método dedutivo" e/ou o "dedutivismo". Até no Conjur há textos sobre isso. E no *Dicionário de Hermenêutica.* De que modo um hermeneuta defende "dedução"? Se a professora lesse meus textos e livros, saberia. Por exemplo, no *Ensino Jurídico e(m) Crise,* faço duras críticas ao ensino jurídico exatamente pela permanência do uso de "métodos" como dedutivo e indutivo. Bastaria um mínimo de boa vontade, para não se expor dessa maneira.

Ademais, qual é o racionalismo que é atribuído por ela à CHD? O de Descartes? Spinoza? Leibniz? Kant? Hegel? Posso afirmar que não é a esses autores que a concepção desenvolvida por mim presta tributo em seu núcleo teórico. Afirmar que qualquer discurso

[20] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 14 e seq.
[21] Ibid.
[22] Ibid., p. 15.

científico trabalha sobre pressupostos de verdade, racionalidade e demonstrabilidade implicaria, por si, aassociação ao racionalismo? (ou a qualquer escola filosófica?). Se assim o for, praticamente toda e qualquer teoria poderia ser considerada racionalista. O que ela entende por racionalismo? Afinal, são poucas as concepções filosóficas e teóricas, em sentido geral, que renunciaram a conceitos fundamentais como o de razão, verdade etc. Certamente, não é o caso da hermenêutica. E nem da CHD, que é uma teoria para além de "simplesmente ser 'hermenêutica'": é uma construção teórica a partir de Gadamer, Heidegger e Dworkin. O problema é: qual o conceito de razão? Qual o conceito de verdade? Não são eles todos também conceitos interpretativos? Como não cair no relativismo? A hermenêutica responde, ao diferenciar a tradição autêntica da inautêntica, mas não há que se falar em última palavra. Não é essa a pretensão da CHD no direito. Por isso, não há qualquer racionalismo envolvido. Aliás, outro registro: sobre o conceito de verdade, bastaria que a professora consultasse meu *Dicionário de Hermenêutica.* E um texto sobre "Verdade e Antirrelativismo" publicado no *Boletim do IBCrim.*[23]

Em outras palavras, Colares afirma que "verdade, racionalidade e demonstrabilidade" restringem-se apenas à concepção de ciência do Racionalismo, que acredita que a razão é a única sede do conhecimento. Bem se vê que a autora não entendeu o conceito de racionalismo e nem de empirismo. Quando falo de *racionalidade e verdade,* refiro-me à teoria da decisão e a uma adaptação que fiz da Condição Semântica de Sentido do neopositivismo lógico, também conhecido como empirismo contemporâneo (que, por ser empirista, nada tem a ver com o racionalismo). Construí à CHS – Condição Hermenêutica de Sentido –, que, por certo, a professora não conhece. Sim, sou jurista. E trabalho para resolver problemas. Por isso me preocupo com a decisão jurídica. E com a busca de respostas adequadas à Constituição.

Explico: por meio da CHS, temos que é possível verificar se afirmações jurídicas como "o réu deve ser preso em face do clamor social" podem ser testadas, apenas colocando um "não" à frente da afirmação. Há casos emblemáticos, sobre os quais eu escrevi, como o famoso caso do Touro de Osborne e, no Brasil, o caso do cidadão que foi forçado a cortar seus cabelos no presídio. Ele alegava isonomia face às mulheres. E a juíza negou o pedido, com o argumento de que "as mulheres são mais higiênicas do que os homens".[24] Então, perguntei — e existe alguma teoria sobre o tema? Há algum estudo científico que demonstre a afirmação? Alegar que as mulheres são mais higienizadas que os homens conduz ao teste com um tipo de interrogante — e Warat usava esse exemplo —

[23] STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações por que existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.RBCCRrim - Dossiê Especial: "Verdade, Política e Processo Penal". São Paulo, v. 199, n. 199, p. 53-71, 2023.

[24] STRECK, Lenio Luiz. Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal?Revista Consultor Jurídico, 7 jun. 2018.Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal/. Acesso em: 18 mar. 2025.

como: será que os duendes se apaixonam na lua? Ou os duendes não se apaixonam na lua? Aqui, o uso do "não" nada muda, porque não existem duendes..., e não há nenhuma evidência de que poderiam estar na lua. Isso é diferente de afirmar (e de novo o exemplo é de Warat): "chove lá fora". Será que a professora compreenderá agora o que eu quis dizer sobre o tema "racionalidade e verdade", naquele texto em coautoria?Acrescento, ainda, que no referido texto (em coautoria) não estamos falando que toda ciência defende a verdade, a racionalidade e a demonstrabilidade, e, sim, que toda ciência opera a partir de pressupostos sobre cada um desses temas, que podem muito bem ser, por exemplo: "a verdade é relativa", "não existe verdade", "a razão é um constructo colonialista" e "a demonstração só é possível em ciências empíricas". Na página seguinte — que parece não ter sido lida pela professora na ânsia filocleônica (Aristófanes e As Vespas) de me criticar —, fica ainda mais claro o modo como utilizamos os três temas como pilares que sustentam um determinado paradigma, na linha de Ernildo Stein:

> A última e verdadeira relação é a da Filosofia como standard (vetor) de racionalidade. Aqui o cientista já se movimenta paradigmaticamente, localizando-se e operando a partir de uma estrutura mínima de conhecimento (com suas noções de racionalidade, demonstrabilidade, verdade, etc.).

Não responsabilizo apenas Colares. Compreender a questão da racionalidade como diversa do racionalismo é um desafio que muitos doutrinadores do direito têm dificuldade de enfrentar quando abordam a questão da decisão judicial. Muitos juristas ligados à dogmática jurídica-processual cometem esse tipo de erro. Como esse tema tem consequências diretas à minha teoria da decisão e ao argumento que a autora se dedica no último tópico de seu ensaio, quando trata do art. 489 do CPC, abordá-lo-ei na próxima seção.

3. A CHD não explicita como a linguagem será estudada? Mais um enviesamento na mira epistêmica de colares

Diz ainda a professora que a:

> A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) se apresenta como uma abordagem que parte de aportes filosóficos da fenomenologia hermenêutica que observa o jurídico como um fenômenohermenêutico que pressupõe um espaço intersubjetivo de significados, mas não explicita como serão estudados.[25]

[25] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 15.

Remeto a professora, aqui, à fenomenologia hermenêutica do parágrafo sétimo de Ser e tempo de Heidegger, que expliquei e adaptei ao direito em diferentes textos, como em Lições de Crítica Hermenêutica (desconhecido pela professora). Por várias vezes, tais esclarecimentos foram feitos usando de metáforas e analogias didáticas sobre a ideia do revolvimento do chão linguístico (há um verbete sobre isso no Dicionário de Hermenêutica). O referencial vem sendo aplicado por vários trabalhos acadêmicos nos PPGs do Brasil. Por tudo isso, não se compreende o porquê de negativa tão ambiciosa e categórica.

Em todo caso, tento interpretar a crítica do modo mais benevolente possível, para favorecer o diálogo produtivo. Assim, se houve aí uma crítica à falta de um método no sentido moderno na CHD, com procedimentos imitados das ciências exatas, devemos remeter a autora à obra Verdade e Método, de Hans Georg-Gadamer, especialmente à sua discussão com Emilio Betti, a qual, aliás, faz parte de meus debates em Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.

4. A CHD não coloca em confronto o eterno e o contemporâneo?

Diz a autora:

> A articulação linguagem/direito carece de colocar em contato/confronto o eterno e o contemporâneo, no que concerne à concepção de linguagem e ao eixo epistemológico para abordar os dois domínios em suas interfaces.[26]

A afirmação contraria a própria ideia da historicidade da hermenêutica presente desde Ser e Tempo, e que sustenta o teorema da diferença ontológica (conceito o qual, inclusive, adaptei para melhor estudar a relação texto e sentido do texto ou, na linha de Friedrich Müller, a diferença entre texto e norma). Para um desdobramento disto na prática jurídica, discuto o tema desde meus primeiros trabalhos sobre Súmulas Vinculantes, chegando em fortes debates com processualistas sobre os precedentes. Mais uma vez, Colares vai com má vontade ao pote. Como não é do "ramo do direito stricto sensu", desconhece os grandes problemas das práticas jurídicas, mormente o realismo jurídico, doença que infecta a dogmática jurídica por meio do precedentalismo. Isso é o que dá fazer "filologia jurídica". Aqui cabe uma visita a Gadamer e as três *subtilitas.*

[26] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 15.

5. A CHD está em crise porque não apresenta seus conceitos?

Também não posso deixar de observar que a professora disse ter revisitado meu principal livro "Hermenêutica e(m) crise", para afinal constatar que a hermenêutica continua em crise. Para chegar à tal constatação, revela ter contado as palavras linguagem e discurso em três artigos meus que selecionou livremente — mas não na minha obra principal, que creio ter servido apenas de pretexto para a blague sobre crise. Parece mais uma pandeiguice epistêmica. Alega que minha grave falta teria sido não conceituar linguagem e discurso em nenhum deles. Confesso que não conferi agora se o fiz, por não julgar critério relevante para se aferir uma crise. Fosse assim, deveríamos conceituar processo, constituição, direito, justiça, lei, norma e por aí vai, fazendo dos artigos pequenos glossários. Aliás, para debatermos neste ponto, precisaria que a professora conceituasse crise. Com efeito, confesso que me espanta alguém supor que todos os termos empregados em todos os meus textos devam conter conceituações diretas e explícitas. Ignora com isto que estes sentidos podem ser explicados indiretamente em outros pontos do texto e do contexto, ou por alusão ao meu referencial teórico (que repito sempre ser a fenomenologia hermenêutica), ou ainda pela intertextualidade de uma obra na qual um autor vai construindo um vocabulário próprio. As explicações sobre minha visão de linguagem são abundantes. Por cuidado acadêmico com conceituações, publiquei até mesmo um dicionário de CHD explicando 50 termos que costumo empregar. E, como quem pesquisa linguagem há de concordar, jamais conseguiria fazer um dicionário completo que conceituasse tudo, imitando Borges e sua ironia sobre O Idioma Analítico de John Wilkins (uma taxonomia chinesa fictícia, bizarra e caprichosa), sobre o qual me permito igualmente uma ironia sobre a ironia;

> Todos nós, em algum momento, já padecemos um desses debates inapeláveis em que uma dama, esbanjando interjeições e anacolutos, jura que a palavra "lua" é mais (ou menos) expressiva que a palavra "moon". Afora a evidente observação de que o monossílabo "moon" talvez seja mais apto para representar um objeto muito simples que a palavra dissílaba "lua", nada se pode acrescentar a tais debates; excetuando as palavras compostas e as derivações, todos os idiomas do mundo (sem excluir o volapük de Johann Martin Schleyer e a romântica interlingua de Peano) são igualmente inexpressivos. Não há edição da Gramática de Ia Real Academia de la LenguaEspañola que não pondere "o invejável tesouro de vocábulos pitorescos, felizes e expressivos da riquíssima língua espanhola", mas trata-se de pura vanglória, sem nenhuma corroboração" (...).[27]

[27] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 15.

Isso desconsiderando que em toda a minha vasta obra a professora — se a tivesse consultado — poderia verificar meu entendimento sobre linguagem e discurso, bem como em toda a rede teórica que minha obra entretém, fortemente moldada pelos pressupostos heideggerianos e gadamerianos, com pitadas de Wittgenstein e toda a tradição da literatura, visitada por mim em mais de 300 programas Direito & Literatura, disponíveis na Internet, além de livros sobre o tema.

6. Sobre as forças dos atos de fala e os vocábulos do art. 489 do CPC: uma questão de normatividade ou de linguística? Interpretação juridica é filologia?

Por fim, resta a mim promover uma última réplica ao que Colares fala sobre o art. 489, pois essa parece ser uma das mais graves afirmações da autora no texto (juntamente com a acusação que respondi acima). Mais uma vez a autora retoma a obra de Warat para fazer a seguinte sustentação:

> Sob a ótica das ciências da linguagem e percorrendo os caminhos trilhados por Warat (1976, 1981, 1982, 1995), na busca por uma semiologia do poder, nenhum dos incisos da lei, acima, tem força locutória, ilocutória ou perlocutória que assegure a interdição ao "princípio do livre convencimento motivado", como propõe a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) (grifo meu).[28]

Como visto, a professora outra vez se apropria do discurso waratiano para oferecer uma análise *própria* do discurso que *ela* quer. Warat, ao discorrer sobre a semiologia do poder, nunca afirmou que leis não poderiam, produzidas democraticamente, ter força ilocucionária. Warat dizia em sala de aula: o direito importa. E muito. A crítica não substitui a dogmática. Quem foi seu aluno sabe disso. Aí resta uma dúvida sincera que eu levanto quanto a essa afirmação de Colares: quando ela fala de *força locutória, ilocutória ou perlocutória,* está fazendo uma observação apenas sob o ponto de vista da semiologia do poder da qual fala Warat? Se esse for caso, ela está muito errada, pois assume um falso paradoxo, sobre o qual Warat falava de há muito: o instituinte e o instituído. Para que o instituído assuma, precisou ser instituinte. Isso está em *A Ciência Jurídica e seus dois maridos.* Vadinho, o amante travesso, representa o poder instituinte, a carnavalização do direito, aquilo que se coloca como o "novo". Teodoro: austero, conservador, representa o poder instituído.

[28] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 18.

A pergunta: há uma saída entre o instituinte e instituído? Claro que há. É o que busquei apresentar como Constitucionalismo Contemporâneo, uma face política (política no sentido de normativa), uma leitura do constitucionalismo, isto é, da teoria constitucional (minha produção sobre jurisdição constitucional e hermenêutica também é vasta). A leitura é admitir que o direito produzido democraticamente, isto é, dentro do que se propõe o projeto constituinte pós-88, deve ser lido como uma saída. Afinal, é desejável, em uma democracia, que o direito produzido democraticamente seja seguido fielmente pelos juízes, pois não?Aqui pitadas de Waldron ajudam na compreensão. Afinal, a CHD é uma teoria adequada à países periféricos. Portanto, deve ser lida como uma teoria instituinte. Mas há de se fazer uma crítica da crítica: o instituinte e o instituído dialogam entre si; isso é o que representam os desacordos morais razoáveis de que falam Dworkin e Waldron. Vejam que Warat metaforizou algo que foi dito, em outras palavras, por filósofos famosos como os que citei. De alguma forma, antecipou debates utilizando metáforas literárias.

Por isso que, a meu ver, há, sim, lugar na dogmática crítica que busco desenvolver, na esteira dessa síntese (para utilizar o vocabulário marxiano que parece do agrado da autora) entre instituído e instituinte, para promover uma "interdição" ao princípio do livre convencimento motivado. Mesmo que isso queira dizer que estou indo "contra" algum postulado da pragmática linguística. A tese de Colares precisa, portanto, tornar explícita sua proposição. É cética? Parece que flerta com o ceticismo. Aceita o livre convencimento como algo "dado", ou seja, inevitável? O texto não responde a essas perguntas. Tudo indica que Colares aceita e concorda com o livre convencimento dos juízes. De todo modo, também não deixa claro o que ela entende por força dos atos de fala.

Se retomamos o conceito de ato de fala (ou ato discursivo, em uma tradução melhor), como formulado por John L. Austin, veremos que ordens têm força ilocucionária e perlocucionária. Uma lei, portanto, proferida por um juiz em uma sentença, é provida das três forças de um ato discursivo (ou ato de fala). Não é porque os verbos dos incisos (I "explicar"; II "empregar", "explicar"; III "invocar", "justificar"; IV "enfrentar", "infirmar"; V "se limitar", "invocar", VI "deixar de seguir", "superar") são do "campo perceptivo, cognitivo, emotivo, desiderativo"[29] que eles não possam ser constrangidos em uma decisão judicial — ou admitidos como ato de vontade discricionário do juiz. Atos de fala como decisões judiciais *podem* ser constrangidos,[30] justamente por serem uma linguagem pública. É o que demonstram Wittgenstein e Austin, em um ponto de convergência nas diferentes versões da filosofia da linguagem ordinária. Esse constrangimento, inclusive, é o que dá as bases filosóficas para que Dworkin possa afirmar que o juiz *responde politicamente* à tradição institucional. Veja-se: o precedente constrange quem decide. Por isso *o common*

[29] COLARES, Virgínia. Direito e linguagem, op. cit., p. 19.

[30] Aquiseria relevante que a Colares se inteirasse do conceito de Constrangimento Epistemológico, que desenvolvo em vários textos e, em especial, no Dicionário de Hermenêutica, segunda edição.

law se constrói como linguagem pública.

Tudo isso, por evidente, passa por uma discussão normativa. A linguagem constrange.[31] Por ora, estamos no âmbito descritivo, porém há um aspecto normativo que se segue, que é o da necessidade de o juiz decidir conforme o direito, de forma coerente e íntegra para com os demais institutos (leis). Essa foi minha proposta com as alterações que capitaneei no CPC. A lei é uma produção normativa, não estamos mais no nível do *pode,* mas sim do *deve-ser* e de *deve-ser.* Instituinte tornando-se instituído, pois.

Há, portanto, o elemento democrático, normativo, incompatível, a meu ver, com uma leitura cética, da forma como foi apresentada pela professora. A constância da ideia de livre convencimento no imaginário jurídico é, como desenvolvo amiúde (há verbetes sobre Livre Convencimento e Livre Apreciação da Prova no meu *Dicionário de Hermenêutica*), uma contradição teórica, na maneira como é proposta por autores que a defendem, dando abertura, no âmbito prático, às mais diversas arbitrariedades e distorções que afetam a vida de jurisdicionados. Esse ponto crítico de minha obra constitui, portanto, mais um exemplo em que a desleitura teórica de magmas significativos, como diria Castoriadis, ou a rejeição de pré-juízos inautênticos (Gadamer) proporciona, à hermenêutica, uma dimensão crítica ao senso comum teórico dos juristas (ainda) vigente. Lembremos, também, que a simples análise linguística de decisões jurídicas e de leis é mero exercício de filologia. Nunca busquei fazer uma teoria meramente descritiva. Afinal, não sou positivista. E nem empirista.

O argumento que a autora busca construir, aqui, peca pelo excesso de enfoque linguístico, acompanhado de uma insuficiência de análise hermenêutica e jurídico-normativa. A alteração legislativa representada pelo teor do referido art. 489 não é construída tão somente com base no que a "nova" legislação (no caso, o CPC/2015) passou a dizer, mas também por aquilo que deixou de dizer em relação à normatividade positivada na codificação anterior. Hermeneuticamente, não é possível arguir que tenha sido gratuita, aleatória ou irrelevante a opção legislativa de extirpar o conteúdo da norma do antigo art. 131 do CPC/1973 — o qual determinava que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes", tendo como único ônus argumentativo a simples obrigação de "indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Ora, se a regra positivada que servia de fundamento normativo para o antigo "livre convencimento" foi extirpada do novo diploma processual civil, por opção consciente e deliberada do legislador, de que forma se poderia sustentar a "permanência" espiritual-ectoplásmica da antiga e superada principiologia anterior, com base apenas em uma analítica formal de natureza linguística? Aqui se vê que a ausência de uma base

[31] E o que dizer da hermenêutica da função (em que o implícito é normativo), conforme desenvolvo em vários textos, a partir de Wittgenstein e Lon Fuller, com pitadas de MacIntire. No final deste texto falo mais sobre o tema.

jusfilosófica (teoria dos princípios jurídicos, Dworkin etc.) mais robusta cobra um preço das pretensões críticas da ACDJ esgrimida por Colares. Preço altíssimo.

Dworkin é um dos autores que fundamentam minha antropofagia, com aportes também em Heidegger e Gadamer, para elaborar minha Crítica Hermenêutica. Não vi nada de Dworkin ser enfrentado no texto da professora. Uma ausência importante. Deixa a crítica bem reduzida. Atira-se a flecha e, depois, pinta-se um alvo bem pequeno. Fica assim a impressão de que o tiro foi certeiro![32]

Por fim, cumpre observar que o argumento de análise quantitativa de conteúdo, nos moldes apresentados no artigo em comento, diz muito pouco sobre a CHD – ainda mais considerando-se o fato, já apontado anteriormente, de que a amostragem teórico-bibliográfica utilizada no artigo é insuficiente para fins de qualquer pretensão de representação significativa do todo. A metodologia esbarra, ainda, nas próprias limitações da análise quantitativa de conteúdo para fins de argumentação teórico-jurídica, que possibilitam a construção instantânea de observações que, embora possam ter algum impacto retórico, naturalmente não possuem o condão de, por si só, desconstruir a teoria objeto da crítica, em seu aspecto substancial.

Exemplifica-se: o uso de análise quantitativa de conteúdo indica que a palavra "direito" é utilizada nada menos do que 56 vezes no artigo em comento — sem que a autora, em momento algum, elabore de forma mais aprofundada nada sequer remotamente parecido a um conceito de direito. O que é isto – direito? No entanto, não é esse fato, em si, que denuncia necessariamente qualquer contradição ou insuficiência da ACDJ: o que explicita essas condições, isso sim, são os argumentos de natureza substancial que desenvolvi anteriormente ao longo deste texto — que não se confundem com os reducionismos e limitações inerentes à análise quantitativa de conteúdo. Agora, ainda assim, insisto: a pergunta sobre *o que é isto – o direito?* sempre vem antes. Aparentemente, não para a autora. Qual é o conceito de direito de Colares? Confesso que não sei.

7. À guisa de conclusão: de como a crítica precisa encontrar a epistemologia, mas sem que isso represente uma camisa de força epistêmica

Para concluir, otimista metodológico que sou — devemos sempre agir, no direito, "como se" (*alsob*): como se fosse dar certo —, digo que ainda acredito no debate acadêmico, de modo que, aqui, minha intenção foi a de oferecer a melhor resposta às críticas, ainda que as críticas possam não ter partido do lugar de fala mais honesto. Mesmo assim, quero crer na boa-fé do debate e, por isso mesmo, convido a professora Colares a ler meus demais textos para que possamos, enfim, debater *a grano fino.*

[32] A propósito, chama-se isso deTarget Effect, termo criado por mim para criticar as decisões do ex-juiz Sérgio Moro. Ele atirava a flecha e depois pintava o alvo. Resultado: não errava. Até o "truque" ser descoberto pelo Supremo Tribunal Federal. O problema é que a trucagem de Moro quase destruiu a democracia brasileira.

No fundo, sinto que algumas das críticas no ensaio que aqui respondo por generosidade da direção da Revista, assemelham-se à velha crítica que me foi feita, há algum tempo, por Atienza: "Heidegger não serve para criticar as súmulas vinculantes". Claro, algumas delas tomam versões mais respeitosas, elegantes. Mas a crítica, ou a direção da crítica, é a de que eu quis "gadamerizar" ou "heideggerizar" o direito. O que Heidegger teria a dizer sobre o direito? E Gadamer? Ora... não sei. E não é esse meu ponto. O que o artigo 489 tem a ver com os atos de fala? Para a hermenêutica, um adequado constrangimento epistemológico pode mostrar que, sim, há uma normatividade. Todos os dias, milhares de pessoas perdem direitos por causa do voluntarismo judicial praticado por juízes que acreditam que não possuem o dever de fundamentar conforme os seis incisos do dispositivo. O papel da doutrina jurídica é mostrar esse dever.

"Ah, mas Dworkin não tem tanto assim a ver com Gadamer", é outro tipo de crítica. "Dworkin escrevia sobre os Estados Unidos". Sei que Dworkin escrevia no contexto do *common law.* Sobre ter "a ver" com Gadamer, eu até poderia discutir. A questão é: não é esse o meu ponto ao discutir os autores de base da CHD. Porque eu nunca quis "gadamerizar" o direito, nem recebi acriticamente tudo que Dworkin disse. Assim como não estou interessado em contar quantas vezes uma palavra é usada em uma lei ou em um texto.

No fundo, o que procuro fazer é interpretar conceitos e, sobretudo, as ideias desses autores para enfrentar aquele que me parece ser um problema fundamental na compreensão do direito, no ensino jurídico e no poder judiciário: a transformação do direito em uma tese política de poder. A ideia de que o direito é puramente convencional e tem seus sentidos a serem atribuídos livremente pelos "donos" da convenção – essa é a doença contemporânea da dogmática jurídica.

Não é só Heidegger ou Gadamer. É também Wittgenstein. Não é só Dworkin. É também Jeremy Waldron, por exemplo. É também até o que diz MacIntyre em alguns escritos. E John L. Austin, com os atos de fala. (Vejam, a linguística está também presente). É até o que dizem alguns jusnaturalistas, como Lon Fuller.

É evidente que sei que há diferenças entre esses autores, em filiações, em influências, em teses. Mas não pretendo fazer exegese, tampouco sincretismos ou diálogos forçados. O que quero dizer, simplesmente, é que há conceitos e ideias nesses autores que dão uma boa lente pela qual podemos compreender o direito como um fenômeno que constrange o poder, a política, a barbárie. Isso é direito. E que, cada um a seu modo, esses autores mostram que nenhum intérprete é dono dos sentidos, e que não se constrói teoria de lugar nenhum. Não há grau zero de sentido. Daí exsurge minha ideia do que é intersubjetividade.

Uma objeção que pode surgir: "— Ah, se você ler Heidegger você verá que esse não é um bom conceito". Respondo, então, com meu grande professor, Ernildo Stein, que eu coloco entre esses autores fundamentais para mim. Pela forma como aprendi filosofia com Stein, percebi que Dworkin e Gadamer, cada um ao seu modo, procuram controlar o

subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica (conceito que está no *Dicionário de Hermenêutica,* adaptado ao direito na questão "texto-norma"), do respeito à integridade e à coerência do direito (conceitos que introduzi no novo CPC, por emenda sugerida ao relator na Câmara dos Deputados – art. 926), de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas — no sentido de que rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão. Intersubjetividade não significa, nem deve significar, a morte do sujeito, como já expliquei anteriormente a partir de um excerto do velho *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.* Aliás, sobre a importância desse livro, sugiro a leitura da entrevista do Professor Draiton Gonzaga de Souza, que consta no livro *Tributo aos 25 anos de Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.*

O ponto, afinal, está na superação da ideia de que, no direito, ainda existe linguagem privada. E volto ao texto da professora: como se o "livre convencimento motivado" permitisse ao intérprete atribuir a qualquer conceito jurídico qualquer significado. Como se pudesse rejeitar os constrangimentos impostos pela tradição própria do direito. Como se o direito (e, consequentemente, a linguagem) fosse instrumento.

Por isso rejeito o ceticismo e os pragmati(ci)smos variados, entre eles o descritivismo, com o qual ateoria de Colares parece por vezes flertar em seu ensaio. Mesmo se o descritivismo fosse possível, como poderia o positivista/realista/pragmático/cético descrever o direito e não se importar com a decisão? Como rejeitar a carga de constrangimento de uma lei? Tratam o direito, que é normativo, como se fosse um conceito que ele não é (e aqui de novo Dworkin ajuda e diz, a seu modo, o que autores como Wittgenstein e Gadamer e outros souberem dizer na filosofia.)

E isso não é fazer sincretismo, porque não atribuo aos autores coisas que não disseram, nem faço aquilo que o rigor formal do contextualismo dos historiadores de Cambridge acusa como anacronismo, fazendo com que eles concordem, as chamadas mitologias da coerência e do paroquialismo. Eu me aproveitode insights para uma teoria adequada a um país periférico. Sou também um "operador". Fui o autor da Ação Declaratória de Constitucionalidade que trouxe de volta a presunção da inocência. E fui ao STF para fazer constrangimento epistemológico. Preocupo-me com a sangria do cotidiano. O direito importa. E por isso nos importamos com tudo isso, dizia um marxista como E.P. Thompson.

E isso não é instrumentalização. É exatamente o contrário: porque uso esses autores para dar o crédito, indicar de onde tirei as ideias, mas não pretendo usá-los como argumento de autoridade. Nem fazer exegese. Por isso chamei minha atitude epistêmica de antropofagia. É a atitude crítica de um teórico periférico para com autores do cânone.

Parafraseando Stein sobre a hermenêutica, essa atitude é a terceira cadeira: entre dizer coisas de lugar nenhum e dizer que autores disseram o que não disseram; e, de outro lado, fazer exegeses que não dizem nada sobre um judiciário que todos os dias faz o que quer com o Direito e os jurisdicionados. Por isso insisto que a superação do esquema

sujeito-objeto não mata o sujeito da relação. Outro dia, um jovem professor me fez essa crítica acerca da "intersubjetividade" (dizia ele, equivocadamente: o esquema sujeito-objeto foi superado; agora não se pode falar em intersubjetividade). Ora, se o jovem tivesse razão, sua leitura viraria algo como a morte do sujeito, comoem Vattimo. Intersubjetividade é a superação da linguagem privada.

Por tudo que expus, convido a professora Colares à leitura integral de minha obra. A epistemologia não é uma camisa de força para interlocuções acadêmicas, mas um norte a ser respeitado. Quando emprego conceitos, sendo eles interpretativos, podem ser facilmente utilizados como espantalhos. Assim, erra-se a mira. Não estamos presos a uma camisa de força, mas estamos condenados a interpretar. E a interpretação constrange. A linguagem constrange, pois não é privada, por isso a interpretação requer um caminho. E quando falamos de teoria, esse caminho é a epistemologia e o rigor metodológico. Linguística não é hermenêutica, mas a interlocução pode ser feita, desde que os teóricos-interlocutores deixem explícitas suas intenções e conceitos pelos quais o diálogo é formulado.

Ora, a professora Colares parece mesmo conhecer muito de linguística, mas parece não ter entendido tão bem assim Gadamer e sua aversão ao relativismo — e, menos ainda, a minha leitura sobre isso. Tudo bem, ninguém é obrigado a conhecer tudo, menos ainda a minha obra: agora, alguém que se propõe a criticá-la tem o dever de a conhecer.

Permito-me insistir em um ponto que faz vítimas aos milhares no Brasil (pessoas perdem direitos e sua liberdade com base nesse conceito anacrônico e autoritário) – a permanência do livre convencimento. Para a professora Colares, aparentemente, hermenêutica é subjetivismo ou algo assim. Ou ao menos conduz a isso. Talvez por isso ela defenda — sem querer querendo, talvez? — o livre convencimento, que, afinal, superou a prova tarifada no início do século XIX e que, para muitos processualistas, ainda é o melhor modelo de interpretação. Sua análise, rasa, é semelhante ao que fazem muitos autores de dogmática jurídica. A "equação" seria: o positivismo é a encarnação do juiz boca da lei. Logo, o juiz crítico é o que, por livre convencimento, liberta-se das amarras do textualismo (para Colares, vale a experiência interna dos juízes, por meio do "princípio" [*sic*] do livre convencimento). Incrível esse tipo de incompreensão, que beira ao que Hegel criticava sobre visão ingênua do mundo, na sua *Fenomenologia do espírito.* Parece que a professora tem "certezas sensíveis" sobre o que diz sobre hermenêutica e quejandos. Seu texto me coloca como "textualista" ou "literalista" ou algo assim. Espantoso fazer isso com um hermeneuta que estudou a fundo Gadamer, Heidegger e Dworkin, para falar apenas destes. Tivesse dado um Google teria descoberto dezenas de artigos e livros de minha autoria nos quais eu explico o "problema do textualismo". Há até mesmo um verbete no meu *Dicionário Senso Incomum* (professora Colares, veja o grau de sua injustiça para comigo: até mesmo elaborei um *Dicionário Senso Incomum* sobre o tema, sendo um dos verbetes chamado "Anarco-Textualismo", em que faço uma ironia com o conceito. O meu livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* é pródigo em críticas ao textualismo. Quantas vezes eu

repito a máxima de Gadamer de que o relativismo deve ser destruído? Dezenas de vezes. Tudo indica que há um negacionismo da professora em relação ao que escrevo. De tantas obras, o que ela pinçou e escolheu foi um trecho de um texto esparso escrito a seis mãos, sobre processo?

Afinal, aqui só me repito se for objetar ao ponto fulcral da professora: a ideia de que, ao fim e ao cabo, a decisão judicial passa e *só pode passar* pela "experiência interna dos atores sociais". O argumento da professora, rebuscado e repleto de autores de uma tradição que não é a minha, é o velho argumento cético-crítico no direito. E ceticismo e direito não combinam. São antitéticos. A professora, que tanto usa o segundo Wittgenstein, acaba ignorando exatamente aquela que é *a maior contribuição de Wittgenstein ao direito?* Com tantos aportes em Wittgenstein e em comentadores, a conclusão da professora é a da decisão como produto de experiências internas? Puxa, que pena.

Explico. Nas palavras de Lon Fuller (autor de *O Caso dos Exploradores de Cavernas e a Moralidade do Direito,* entre tantas), "qualquer propósito humano — tenha sido ele expresso em ações ou palavras — é um evento incompleto quando separado do sistema total do qual faz parte".[33] Para reforçar sua ideia, Fuller recorre exatamente a Wittgenstein e um exemplo em suas *Investigações Filosóficas.* Com efeito, Ludwig Wittgenstein traz como exemplo a situação do pai que pede a um amigo que ensine um jogo a seus filhos. Quando esse pai retorna, ao descobrir que o amigo ensinou um jogo absolutamente inapropriado para crianças, envolvendo apostas e dinheiro, diz: "Eu não quis dizer esse tipo de jogo!" E Wittgenstein então pergunta: a vedação ao jogo envolvendo apostas e dinheiros já deveria ter sido prevista antes, já deveria estar na cabeça do pai que pede ao amigo que ensine um jogo a seus filhos? Precisa dizer?

A obviedade da resposta, por si só, já revela a força do contexto. Como bem diz Lon Fuller, o problema levantado por Wittgenstein é absolutamente comum no direito, e, à exceção de períodos que Fuller caracteriza como desvios, verdadeiros "escorregões literalistas", a resposta do direito sempre foi na seguinte linha: é óbvio que não era esse o tipo de jogo, e é óbvio que sua exclusão não precisaria já estar na mente do pai que fez o pedido. Porque o contexto já constrange (no sentido de limitar, naquilo que Bernd Rüthers usa como *"Begrenzte",* no seu clássico *Die unbegrenzte Auslegung:* Uma interpretação irrestrita ou não-constrangida).

Ora, até mesmo um positivista como Hart, criticado por Fuller com esse exemplo, já havia sacado — e justamente com aportes do próprio Ludwig — que a decisão não é uma questão de "processos" ou de "experiências" internas (que a professora coloca como sendo cognitivas ou até *emotivas,* no mesmo "balaio"). Hart respondeu bem ao ceticismo de regras. Seu capítulo sobre isso é lapidar. E Dworkin, sobretudo a partir do *Império do Direito* e, mais ainda, depois d*o Justiça de Toga*? Tudo que há de Wittgenstein ali vai

[33] FULLER, Lon L. Human Purpose and Natural Law. Natural Law Forum, 1958. v. 28.p. 68-76.

exatamente na direção contrária do que propõe a Professora Colares. Será que ela se dispõe a debater nesses termos? Talvez não. Porque ela escolheu os critérios. Parafraseando Hobbes, digo que a professora escolheu o trunfo de acordo com as cartas e os naipes que mais tinha à mão.

Explico. De novo: ninguém é obrigado a ler os textos deste escriba. Mas é o que se espera de quem se propõe a me criticar, sobretudo em temas que me são tão caros. Sou democrático e acredito plenamente na ideia de que a academia se faz também, sobretudo, com desacordos. Agora, *não se pode discordar de um autor a partir de premissas que não são as dele.* Ou, melhor dizendo, até se pode: foi o que fez a professora, afinal. Só que, se assim o for, ninguém sai ileso. No fundo, é uma crítica criterialista: eu ponho os critérios e, a partir deles, critico a quem não se encaixa. Só que quem colocou os critérios fui eu. Bingo! Katchanga real. Penso que a Professora Colares vai entender o que quero dizer. Afinal, para quem diz conhecer Warat tão bem...

No fundo, parece-me lamentável que alguém que aparentemente tanto leu Wittgenstein, citando até debates internos (e usando epígrafes que dão um tom desnecessariamente irônico e condescendente, de superioridade, para a crítica...), que tanto fale no argumento da linguagem privada, recaia exatamente... *na linguagem privada.* É pena que uma linguista tão qualificada, no fim das contas, com tantos autores e com belos gráficos (dariam belos power points), chegue ao mesmo ponto em que chegaram aqueles que diziam coisas como "sentença vem de *sentire*". Pena mesmo. Talvez, sem querer, a professora acertou mesmo na epígrafe. Há que se mostrar à mosca a saída do vidro.

Numa palavra final, a professora pensou - e talvez continue a pensar - que se pode lidar com o direito fazendo filologia. Esse é o grande equívoco que alguns linguistas cometem com relação à interpretação jurídica. Nesse sentido, recordo de Machado de Assis, com sua ironia à filologia, no conto "A sereníssima República", que bem se aplica ao caso das críticas feitas por Colares à minha extensa obra, por ela reduzida a dois ou três textos e a uma parte (seletiva e redutiva) do meu livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.* No conto de Machado, Cônego Vargas relata sua descoberta: "aranhas falantes, que se organizaram politicamente". O Cônego lhes ofereceu um sistema eleitoral a partir de sorteio, no qual eram colocadas bolas com os nomes dos candidatos em sacos.

O inusitado ocorreu quando da eleição de um magistrado: "Nebraska contra Caneca". Em face de problemas anteriores — grafia errada de nomes de candidatos nas bolas —, a lei estabeleceu que uma comissão de cinco assistentes poderia jurar ser o nome inscrito o próprio nome do candidato.

Feito o sorteio, saiu a bola com o nome de Nebraska. Ocorre que faltava ao nome a última letra. Mas as cinco testemunhas resolveram o problema. Caneca, o derrotado, impugnou o resultado. Trouxe um grande filólogo, formado por uma famosa Universidade que apresentou a sua tese: "Em primeiro lugar, não é fortuita a ausência da letra 'a' do nome Nebraska. Não havia carência de espaço. Logo, a falta foi intencional. E qual a intenção? A de chamar a atenção para a letra 'k', desamparada, solteira, sem sentido. Ora, na mente,'k'

e “ca” é a mesma coisa. Logo, quem lê o final lerá ‘ca’; imediatamente, volta-se ao início do nome, que é “ne”. Tem-se, assim, “cané”. Resta a sílaba do meio ‘bras’, cuja redução a esta outra sílaba ‘ca’, última do nome Caneca, é a coisa mais demonstrável do mundo. Mas não demonstrarei isso. É óbvio. Há consequências lógicas e sintáticas, dedutivas e indutivas… Aí está a prova: a primeira afirmação mais as silabas ‘ca’ às duas ‘Cane’ dando o nome Caneca.”

Tarefa dura a do filólogo transformar Nebraska em Caneca. Assim como é dura a tarefa de criticar um autor reduzindo sua vasta produção a alguns textos esparsos, como tentou a professora Virgínia Colares. Confrontado, o filólogo de “A Sereníssima República” disse algo parecido ao que escreveu a professora:

> *“Mas não demonstrarei isso. É óbvio. Há consequências lógicas e sintáticas, dedutivas e indutivas... Aí está a prova...”!*

Referências bibliográficas

BORGES, Jorge Luis. Otras Inquisiciones.Ed. Sur, La Nación, 1952.

FULLER, Lon L. Human Purpose and Natural Law. Natural Law Forum, 1958. v. 28. p. 68-76.

GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode I. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik I. Tübingen: Mohr, 1990.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 5. ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 1995.

KARAM TRINDADE, André ... [et. al.] (org.). Um tributo a Hermenêutica jurídica e(m) crise, de Lenio Streck: 25 anos depois. Prefácio de Ernildo Stein. São Paulo: TirantloBlanch, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Ensino Jurídico e(m) Crise: Ensaio Contra a Simplificação. São Paulo, Editora Contracorrente, 2024.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal?Revista Consultor Jurídico, 7 jun. 2018.Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal/. Acesso em: 18 mar. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Tubarões, sorvetes e ovos: como advogar é difícil! Stoic mujic! Revista Consultor Jurídico, 12 set. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-12/senso-incomum-tubaroes-sorvetes-ovos-advogar-dificil-stoic-mujic/. Acesso em: 18 mar. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações por que existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.RBCCRrim - Dossiê Especial: "Verdade, Política e Processo Penal". São Paulo, v. 199, n. 199, p. 53-71, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WARAT, Luís Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz: Edunisc, 2000.

WARAT, Luís Alberto. Mitos e teorias na aplicação da lei. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

WARAT, Luís Alberto. Por Quien Cantan las Sirenas. Informe sobre Eco-ciudadanía y Derecho-Algunos Aspectos de la Modernidad y Transformación. Revista Direito em

Debate, [S. l.], v. 3, n. 4, 2013 [1994]. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/896. Acesso em: 14 mar. 2025.

Estado Democrático de Direito e liberdade religiosa

Humberto Martins

1. Liberdade religiosa: evolução histórica e conceituação jurídica

A Paz de Westfália encerrou o dramático conflito entre os mais importantes estados europeus do século XVII, que ficou historicamente conhecido como a Guerra dos Trinta Anos. Quase todos os povos do continente envolveram-se nessa conflagração internacional, cujas origens estavam inegavelmente ligadas ao fenômeno da Religião e da liberdade de seu exercício pelos indivíduos.

Territórios foram divididos, estados criados e nações separadas pelo critério da profissão de fé religiosa dos príncipes e reis de cada território envolvido. Os holandeses, enfim reconhecidos como um estado soberano, romperam os últimos laços com a Espanha católica e chamaram para si a dinastia protestante de Orange para reinar sobre os Países Baixos. Os suíços conseguiram o milagre da convivência inter-religiosa, organizando-se, de modo definitivo, sob uma confederação de cantões, cada qual sob a própria fé, ora calvinista, ora católica ou luterana.

Além de conquistas inegáveis para o Direito, como as noções de soberania, Estado, paz universal, *pacta sunt servanda* e respeito aos tratados, a Paz de Westfália pôs fim, aparentemente, à relevância política da Religião como causa de conflitos internacionais em caráter sistêmico. Obviamente que, após 1648, ano da assinatura dos tratados de Mogúncia e Osnabrück, consubstanciadores da Paz de Westfália, muitas conflagrações bélicas ocorreram em nome da Religião no Mundo Ocidental. Até nos dias contemporâneos, assiste-se a dissensos religiosos internos. Todavia, a utilização da fé como razão de Estado entrou em lento e gradual declínio desde os estertores da Guerra dos Trinta Anos.

O movimento secularista, o cientificismo, o avanço das ideologias marxianas e leninistas no século XX e os regimes totalitários de inspiração nacional-socialista tiveram grande influência no deslocamento da Religião para um espaço menor no cenário histórico-político e jurídico dos últimos cento e cinquenta anos. Como tudo na História, porém, a mudança é tão constante quanto inesperada. A debacle do regime soviético e a crise das ideologias políticas, ocorridas na derradeira década do século XX, fizeram renascer o interesse pela Religião como elemento essencial das relações sociais e políticas. O conflito de Civilizações entre o Oriente islâmico e o Ocidente cristão, fruto de mal resolvidas incompreensões de multissecular estirpe, é outro ponto de saliência da nova posição do fenômeno religioso em nossos dias. O "11 de setembro", data a que se

reivindica o *status* de marco inaugural do século XXI, é o símbolo dessa nova tensão político-religiosa. Infelizmente, como no passado, os interesses econômicos e geopolíticos manipulam as sinceras expressões da religiosidade popular em ordem a esconder pretensões subalternas e indignas do papel da fé e da Religião no edificar do homem e de sua dignidade.

Em paralelo a esse processo, assiste-se, nos ordenamentos jurídicos nacionais e comunitários, ao franco incremento de normas protetivas da liberdade religiosa e de respeito às diferenças confessionais. A integração, como se dá na Europa, de diferentes Estados, com histórias e experiências religiosas díspares, tornou imperativa a oferta de um sistema de proteção às liberdades de credor e de expressão de fé. É o que o juscomparatista alemão Eryk Jaime denomina de *Direito das diferenças.*

Esse vínculo da Religião com a Política, entretanto, ultrapassa os limites da História e atinge o núcleo do Direito.

O que é, juridicamente, a liberdade religiosa?

A liberdade religiosa vincula-se ao princípio da *autodeterminação,* que tem seu assento constitucional no art. 4º, inciso III, que reconhece a dignidade da pessoa humana como um dos primados da República. Com base em José Joaquim Gomes Canotilho, *autodeterminar-se politicamente* é fazê-lo "através da criação de instituições políticas assentes na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos (*self-government*)", o que se dá mediante uma representação territorial, um procedimento justo de seleção dos representantes e uma deliberação majoritária daqueles, limitada pelo reconhecimento de direitos e liberdades cívicos.[1]

No plano subjetivo, a *autodeterminação* refere-se às escolhas pessoais de caráter fundamental. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.[2]

A liberdade religiosa, por conseguinte, é uma expressão da dignidade humana e expressa o direito de autodeterminação do sujeito de direitos.

Vista sob o aspecto externo, em sua implicação com o Estado Democrático de Direito, a liberdade religiosa é um índice de comprometimento da ordem jurídico-política com a Democracia e seus valores fundamentais, especificamente o pluralismo. A essência do *pluralismo* está em aceitar a desigualdade de ser, agir, pensar e crer, no que se une à ideia de *autodeterminação.* Porém, o *pluralismo* exalta-se no plano da defesa estatal dessa diferença. O Estado contemporâneo não apenas deve aceitar o pluralismo, em sua feição religiosa, como deve assegurar sua livre expressão e impedir quaisquer atos de caráter persecutório ou de favorecimento a tais ou quais crenças.

[1] CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 218.
[2] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. Revista de Informação Legislativa, p. 126.

Chega-se, por conseguinte, à última das facetas da liberdade religiosa: *a atuação ponderada do Estado em permitir o pluralismo de crenças, seja abstendo-se de refreá-lo, seja atuando comissivamente para prestigiá-lo.* É por essa causa que ao Estado Democrático de Direito torna-se impeditivo subvencionar ou estimular expressões religiosas de modo discriminatório ou orientado a conferir privilégios.

2. Conteúdo jurídico da liberdade religiosa

2.1 Conteúdo positivo e conteúdo negativo da liberdade religiosa

A ideia-núcleo de liberdade religiosa compreende o que poderíamos chamar de *conteúdo positivo da liberdade religiosa:* a) a liberdade de consciência e de escolha; b) a liberdade de religião; c) a liberdade de culto.

O indivíduo, ao se autodeterminar, pode escolher entre o teísmo, o ateísmo e o agnosticismo. Essa é a decisão primária, de nível consciente, que o homem livre deve e pode fazer. Sua relação com o divino, o sobrenatural e o metafísico integra o âmbito de liberdade e de autodeterminação. É a liberdade de consciência e de escolha.

Definindo-se como um indivíduo teísta, o ordenamento jurídico confere-lhe a liberdade de religião. Em nosso tempo, a fé religiosa não é mais herdada de nossos pais ou de um príncipe soberano no território em que nascemos. Podemos até receber as influências de nossos ascendentes, todavia cabe-nos a escolha político-jurídica de ter ou não uma fé e, em se optando por ser um crente, que se adote a denominação mais adequada à nossa forma de ver o mundo e seu Criador. A liberdade de religião implica escolher uma fé religiosa, alterar seu vínculo com a igreja escolhida ou mesmo deixar de acreditar em determinada expressão da religiosidade.

A liberdade de culto, que vem de ser assegurada em todas as Constituições do período republicano, refere-se ao modo de celebração dos ofícios religiosos (se público ou privado), bem assim à forma de expressão[3] e de proselitismo religioso. Ter a possibilidade

[3] A liberdade religiosa consagra princípios que protegem a prática do culto e os seus rituais, inclusive o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana, como decidido pelo STF: Ementa: (...) 2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. 3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. 4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos. 5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. 6. Tese fixada: "É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana". 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 494.601, relator p/ acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe-251, 19-11-2019). Não se deve perder de vista a proteção constitucional e legal da vedação à crueldade no sacrifício de animais, no que se denomina perspectiva ecológica da dignidade da pessoa humana (SARLET, Ingo Wolfgang e WEINGSTNER NETO, Jayme, cit).

de cultuar em consonância com o rito de sua igreja é também assumir-se a liberdade de fazer a conversão de novos adeptos.

Insere-se na liberdade de culto a informação e o ensino religioso, que, no Brasil, na forma da lei, deve respeitar a individualidade dos cidadãos e evitar confusões entre Estado e igrejas.

Outrossim, existe um *conteúdo negativo da liberdade religiosa,* caracterizado por uma esfera jurídica na qual são vedados, proibidos e sancionados comportamentos que violem os direitos de outrem. Esse *conteúdo negativo* é composto pelas seguintes restrições:

a) Ninguém pode ser obrigado a adotar, seguir ou abandonar uma religião específica, tampouco ser compelido a participar de cultos ou a receber assistência ou material religioso contra sua vontade.

b) Não é permitido a ninguém coagir outras pessoas a permanecerem vinculadas a uma religião, seja por meio de atos coativos, dolosos ou quaisquer outras formas de pressão.

c) É vedada qualquer forma de discriminação ou tratamento diferenciado em razão das práticas religiosas ou da fé de uma pessoa.

2.2. A objeção de consciência

A Constituição Federal de 1988 exige de todos o cumprimento da lei, em igualdade de condições, sem que a religião seja fator de favorecimento ou de demérito aos indivíduos.

A recusa ao dever geral imposto, como o serviço militar obrigatório, foi adequadamente abordada na Constituição, por meio das chamadas "obrigações alternativas", sobre as quais será tratado adiante.

Há, nesse ponto, um conflito que ultrapassa os já razoáveis fatores de ponderação inscritos no texto constitucional.

Recorde-se, no direito norte-americano, os casos *Sherbert v. Verner* (1963) e *Thomas v. Review Board ofthe Indiana Employment Security Division* (981), que trataram do problema jurídico do direito ao seguro-desemprego para os que se recusavam a trabalhar por objeções de consciência. Inovando a jurisprudência da Suprema Corte, o caso *Sherbert v. Verner* tinha por objeto um recurso de uma cristã adventista do Sétimo Dia, que fora demitida por se recusar a prestar serviços no sabático. Em *Thomas v. Review Board ofthe Indiana Employment Security Division,* uma testemunha de Jeová requereu sua demissão por haver sido transferida para um departamento no qual se ocupava da produção de armas de fogo, o que era objetado por sua consciência religiosa, dado o pacifismo da doutrina dessa religião.

Nos dois casos-líderes, a Suprema Corte deu provimento aos recursos do adventista e da testemunha de Jeová. O mais alto tribunal norte-americano, no caso do

adventista, decidiu que, ao não ser deferido o seguro-desemprego, criou-se um ônus pelo livre exercício da religião, o que se prefiguraria inconstitucional. Ao decidir, a Suprema Corte ressaltou que não prestigiava a Igreja Adventista e seus fiéis. Tãosomente impedia que ela fosse discriminada, com um encargo exclusivo para seus membros.

Na União Europeia, as novas legislações sobre a liberdade religiosa têm contemplado as objeções de consciência no plano subjetivo, ao exemplo da permissão de horários flexíveis para os que não podem trabalhar em dias específicos, por imperativo religioso. São ainda presentes nesses contemporâneos diplomas as regras que permitem o desvio de funções ou atividades contrárias aos preceitos religiosos, como as atividades ligadas ao preparo de alimentos proibidos (carne de porco) ou à indústria bélica.

3. As bases constitucionais da liberdade religiosa no direito brasileiro: da Constituição de 1824 à Constituição de 1967/1969

Ao voltar as atenções para a realidade jurídico-positiva brasileira, é comovente a constatação do quanto evoluímos em termos de liberdade religiosa desde as origens do Estado Nacional em 1822. De modo didático, é possível estabelecer uma linha comparativa dessa evolução histórico-normativa em sede constitucional, ao exemplo do quadro abaixo:

CONSTITUIÇÃO DE 1824

a) *Teísta*: Referência à Santíssima Trindade no preâmbulo.[4]

b) *Confessional*: Indicação da fé católica romana como religião oficial do Império (art.5º).[5]

CONSTITUIÇÃO DE 1891

a) *Ateísta*: Sem referência a Deus no preâmbulo.[6]

b) *Aconfessional*: Proibição aos Estados e à União "de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos".[7]

c) *Liberdade religiosa*: "Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum".[8]

[4] "Em nome da Santíssima Trindade" (Preâmbulo da Constituição Política do Império do Brasil. 1824).

[5] Art. 5º. A Religião CatholicaApostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo" (Constituição Política do Império do Brasil- 1824).

[6] "Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte:" (Preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1891).

[7] Art. 11, inciso II, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891).

[8] Art. 72. §3º, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)

CONSTITUIÇÃO DE 1934

a) *Teísta*: Referência a Deus no preâmbulo.[9]

b) *Aconfessional*: Proibição de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam "estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos".[10]

c) *Liberdade religiosa*: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil".[11]

CONSTITUIÇÃO DE 1937

a) *Ateísta*: Não há referência a Deus no preâmbulo.

b) *Aconfessional*: É vedado à União, aos Estados e aos Municípios "estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exerci cio de cultos religiosos".[12]

c) *Liberdade religiosa*: "Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes".[13]

CONSTITUIÇÃO DE 1946

a) *Teísta*: Referência a Deus no preâmbulo.[14]

b) *Aconfessional*: Proíbe-se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios "estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício".[15]

c) *Liberdade religiosa*: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil".[16]

[9] "Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte" (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 6 de julho de 1934).

[10] Art. 17, inciso II, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (6 de julho de 1934).

[11] Art. 113, inciso V, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934).

[12] Art. 32, alínea 'b', Constituição dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937).

[13] Art. 122, inciso IV, Constituição dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937).

[14] "Nós, os representantes do povo brasileiro. reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte" (Constituição dos Estados Unidos do Brasil - 18 de setembro de 1946).

[15] Art. 31, inciso II, Constituição dos Estados Unidos do Brasil -18 de setembro de 1946.

[16] Art. 141, §7", Constituição dos Estados Unidos do Brasil- 18 de setembro de 1946.

CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969

a) *Teísta*: Referência a Deus no preâmbulo.[17]

b) *Aconfessional*: Proibia-se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios "estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar".[18]

c) *Liberdade religiosa*: "É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes".[19]

4. Princípios jurídicos decorrentes da liberdade religiosa na Constituição de 1988

Na Constituição Federal de 1988, completa-se o lento, gradual e contínuo processo de juridicidade da liberdade religiosa como um valor fundante da personalidade humana. Em seu texto, observa-se sua orientação teísta, pois a proteção de Deus foi invocada em seu preâmbulo.[20] Ademais, a Constituição é *aconfessional,* na medida em que não adota religião oficial. E é amplamente assecuratória da liberdade religiosa, como se verá a seguir.

É interessante, antes de se ingressar na análise desses princípios derivados, anotar que o fato de ser a Constituição da República *teísta* não impede que os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios adotem em seus textos fundamentais a forma ateísta. O Pretório Excelso já decidiu a respeito que o preâmbulo da Constituição "não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa".[21]

Exposta a liberdade religiosa sob o prisma histórico e oferecida sua conceituação jurídica, faz-se necessário apresentar os *princípios jurídicos decorrentes,* assim entendidos os núcleos de condensações de juridicidade em tomo da liberdade religiosa.

a) Inicialmente, é de ser destacado o *princípio da igualdade religiosa subjetiva.*

Esse princípio traz em seu conteúdo a vedação genérica a que se criem privilégios,

[17] "O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte- (Constituição da República Federativa do Brasil de 1967).

[18] Art. 9º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

[19] Art. 150, §5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

[20] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sodais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento. a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus. a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

[21] STF, ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15/8/2002, DJ, 8 ago. 2003.

benefícios ou vantagens pela adoção de qualquer credo religioso. Outrossim, como contraface desse princípio tem-se a proibição a que se prejudique, persiga ou que se prive de qualquer direito um indivíduo por força de sua opção no âmbito do pluralismo religioso. É o que a Constituição Federal de 1988 assegura como direito fundamental em seu art. 50, inciso VIII.[22]

Na Europa, até o início do século XX, existiam em diversos Estados regras discriminatórias quanto ao acesso a cargos públicos, funções estatais, títulos nobiliárquicos, cátedras universitárias e altas patentes nas Forças Armadas a pessoas de credo incompatível com o oficialmente acolhido em determinado país. De outro lado, a adesão a certa doutrina religiosa poderia ser a senha de ingresso em posições de destaque na sociedade, ao estilo das leis em vigor. Essa é uma realidade que, se presente nos dias contemporâneos, ofuscaria o *princípio da igualdade religiosa subjetiva.*

Como decorrência desse princípio, ninguém poderia isentar-se de dever a todos exigível em nome de prescrições de ordem religiosa. Assim, o dever de voto, o alistamento militar obrigatório e a participação em guerras externas são obrigações comuns a todos os súditos ou cidadãos de um Estado. A profissão de fé do indivíduo não poderia ser usada para escudar um crente ao desempenho desses deveres universalmente constritos pelo Estado a seus particulares. Em França, na Primeira Guerra Mundial, os sacerdotes das variadas denominações religiosas foram compelidos a entrar em combate. Não se cuidava apenas de atividades de capelania militar. A determinação do Ministério da Guerra era que os ministros religiosos tomassem parte nos combates. Em geral, essa medida de violência foi cumprida sem exceções. Os renitentes foram severamente punidos.

Tal realidade, por odiosa, encontra-se temperada em diversos ordenamentos por regras alternativas, como a existente na Constituição Federal de 1988, que impede a privação de direitos por motivo de crença religiosa, salvo se invocada para eximir de obrigação legal a todos imposta *"e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei"*.[23] A lei, portanto, dá ensejo às prestações substitutivas do dever cívico universalmente imposto, quando óbices de natureza religiosa e de consciência obstarem a prática do dever primário.[24]

No âmbito militar, a preocupação do constituinte foi específica. Os trágicos

[22] "Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

[23] Art. 5º, inciso VIII, Constituição Federal de 1988.

[24] O STF já teve oportunidade de afirmar a possibilidade "de realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada" (Tema 386 - RE 611.874, relator p/ acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe-068, 12/4/2021) e a possibilidade de a "Administração Pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento do exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada", ainda que na ausência de lei (Tema 1.021 - ARE 1.099.099, relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe-068, 12/4/2021).

exemplos do século XX relativos ao emprego de sacerdotes e pessoas com escusas religiosas em combate foram inspiradores do art. 143, §10, da Constituição Federal de 1988, que permitiu às Forças Armadas a prerrogativa de "atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa", para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. No caso dos clérigos, o §20 do art. 143 ressalvou-os do serviço militar obrigatório em tempo de paz, e, na hipótese de guerra, possibilitou que a lei lhes conferisse outros encargos, compatíveis com suas atividades religiosas.

b) Há, ainda, o princípio da *isonomia das entidades religiosas,* que se traduz pela vedação a que o Estado proteja, crie, subvencione, estimule, financie, ampare ou dê tratamento preferencial a qualquer igreja ou comunidade religiosa.

A igualdade jurídico-formal das igrejas é insuficiente. Devem ser elas *paritéticas* em face do Estado no plano material. A Constituição de 1988 acolhe esse princípio ao reproduzir, em seu art. 19, inciso I, uma regra que vem da tradição constitucional republicana. Os entes públicos não podem "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança".[25]

Ao Estado é ressalvada, na forma da lei, a "colaboração de interesse público" com as igrejas, hipótese que será mais bem versada adiante, no item relativo ao *princípio da colaboração.*

c) O Direito Constitucional moderno desenvolveu o *princípio da separação institucional,* cujo conteúdo expressa a distinção jurídico-política dos organismos religiosos e o Estado.

Sob a égide desse princípio, manifestam-se as seguintes consequências: I) não é permitido ao Estado interferir na nomeação ou no afastamento de líderes religiosos; II) a

[25] O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que determinava a manutenção obrigatória de exemplares da Bíblia Sagrada nas unidades escolares da rede estadual de ensino e em bibliotecas daquela unidade da federação, por violação dos princípios da isonomia, da liberdade religiosa e da laicidade estatal, assentando que "a laicidade estatal, longe de impedir a relação do Estado com as religiões, impõe a observância, pelo Estado, do postulado da imparcialidade (ou neutralidade) frente à pluralidade de crenças e orientações religiosas e não religiosas da população brasileira" (ADI 5.256, relatora: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe-217 de 5/11/2021). Do mesmo modo, declarou a inconstitucionalidade e norma da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecia a designação de pastor evangélico para atuar nas corporações militares estaduais. (ADI 3478, relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe-035, 19/2/2020). No entanto, em precedente recente, foi aprovado o Tema 1.086, em repercussão geral, assentando a validade da manutenção de símbolos religiosos em repartições públicas quando sejam uma representação da tradição cultural brasileira (Plenário, Sessão Virtual de 15/11/2024 a 26/11/2024).

organização interna das igrejas e comunidades religiosas é infensa ao controle político, doutrinário ou econômico do Estado.

A Norma *Normarum* afasta situações como a existente no Império, onde os sacerdotes eram remunerados pelo Estado, e ainda persiste no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, onde o monarca também é o líder espiritual da Igreja Anglicana.

d) O Estado Democrático de Direito pode ser teísta. Aliás, é bom que o seja. A presença de Deus nos preâmbulos das constituições marca essa opção do constituinte.

De modo contrário, é de ser afastada a adoção pelo Estado de uma doutrina religiosa preferencial ou oficial. Diz-se que o Estado Democrático de Direito exige a prevalência do *princípio da aconfessionalidade,* assim entendido:

(I) Não é compatível com a liberdade religiosa, assegurada pelo Estado Democrático de Direito, a adoção de fé religiosa oficial.
(II) O Estado não tem autoridade em questões de fé, não se manifesta, influencia ou interfere na economia teológica interna das religiões.

e) Entre o Estado e as religiões deve ter sucesso o *princípio da colaboração,* que excepciona o regime de esferas distintas entre o Poder Público e as igrejas.

A Carta de 1988 assegura a cooperação legal entre o Estado e as religiões, em ordem a que se realize o bem comum e o interesse público.[26] Identificam-se nesses conceitos jurídicos indeterminados a cooperação em atividades assistenciais; a promoção dos direitos humanos; a formação cultural e educacional dos cidadãos; as campanhas educativas e preventivas no âmbito da Saúde Pública, do Trânsito, do MeioAmbiente e da Cidadania.

Nada mais conveniente que o uso dos púlpitos e das áreas eclesiásticas para divulgação de campanhas de vacinação ou de incentivo à cultura da paz. O que não se pode admitir e aceitar é a escolha privilegiada de interlocutores religiosos, especialmente com repasse de verbas públicas, em detrimento do princípio da *isonomia religiosa subjetiva e da isonomia institucional*[27].

[26] Art. 5º, inciso VIII, parte final, Constituição Federal de 1988.
27 Profundo debate foi travado no STF sobre o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental, de caráter facultativo e assegurada a igualdade de acesso e tratamento de todas as religiões. Em apertada maioria foi reconhecida a constitucionalidade do art. 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996 e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé (ADI 4.439, relator p/ acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe-123 de 21/6/2018).

f) O último dos princípios decorrentes da liberdade religiosa é o da *tolerância.*

O Estado tem de fomentar, por meio das leis e de campanhas institucionais, o respeito à diversidade religiosa, que, no Brasil, é uma derivação imediata do princípio da dignidade humana e um fundamento da República, sob a forma do pluralismo religioso.

No plano subjetivo, a tolerância perpassa a aceitação das diferenças religiosas; o acatamento das formas de culto; o respeito ao proselitismo; a coibição do proselitismo abusivo, como o emprego de formas de pregação que ultrapassem os limites da liberdade individual, da intimidade, da privacidade e da autodeterminação.

5. Conclusões

Ao findar essas rápidas alocuções sobre a liberdade religiosa, tenho por indispensável afirmar que a proteção a essa esfera última da dignidade da pessoa humana é, em verdade, o prestígio do Direito ao princípio da isonomia e da alteridade.

Respeitar-se a liberdade religiosa é enaltecer a igualdade do homem em face do seu semelhante. Ter uma forma de crença constitui-se em direito fundamental que identifica, une e valoriza cada homem e mulher de *per se.*

Outrossim, a liberdade religiosa apresenta-se como uma das mais eloquentes formas de respeito à *alteridade,* ao ter-de-ser-para-com-o-outro na linguagem de Immanuel Kant. Minha liberdade obriga-me a respeitar o próximo. Nossas liberdades fazem limites recíprocos. Nós somos compelidos a nos colocar no lugar de nosso irmão e nossa irmã, a tolerar seu modo de ver o mundo e o Todo-Poderoso.

Em suma, a liberdade religiosa, sob a conformação jurídica, abrange as seguintes conclusões:

a) trata-se de uma decorrência dos princípios da autodeterminação, do pluralismo religioso e da dignidade da pessoa humana, todos inscritos no artigo 40 da Constituição Federal de 1988, os quais se conectam com a ideia-matriz de Estado Democrático de Direito;

b) a vertente *teísta eaconfessional* do Estado brasileiro é resultado de uma lenta evolução dos textos constitucionais pátrios, chegando-se, no atual estágio, a um amplo reconhecimento da liberdade religiosa, embora, reconheça-se, falte muito a ser implementado nas condutas e nas práticas quotidianas;

c) a liberdade religiosa possui conteúdo *positivo,* que corresponde às proteções ativas do Estado Democrático de Direito, às liberdades de escolha e de consciência, de religião e de culto;

d) a liberdade religiosa também apresenta conteúdo *negativo,* que abrange a proteção do Estado contra os atos externos de intervenção no direito a se afastar do proselitismo e de invasões indevidas à privacidade e à intimidade;

e) o Estado Democrático de Direito, em vários ordenamentos que o acolhem, tem firmado princípios jurídicos derivados da liberdade religiosa, de entre os quais os primados da cooperação, da independência institucional, da liberdade subjetiva e da proteção ao culto e suas formas exteriores;

f) as legislações internacionais e comunitárias têm privilegiado a liberdade religiosa e fomentado direito e princípios dela decorrentes, ao exemplo do prestígio à flexibilidade de horário e às atividades profissionais alternativas, como forma de acolher as chamadas objeções de consciências.

A transformação do conceito pré-jurídico de *liberdade religiosa* em uma condensação de valores e de princípios derivados é o exemplo de como o Estado Democrático de Direito pode e deve conviver com as manifestações metafísicas das consciências humanas. É a prática da liberdade no plano mais sutil da independência humana no plano subjetivo.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 163, p. 126, jul./set.2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang e WEINGSTNER NETO, Jayme.Liberdade religiosa x proteção dos animais não humanos: debate na Corte Europeia de Direitos Humanos. Revista Consultor Jurídico. 3 de maio de 2024. www.conjur.com.br/2024-mai-03/786586/.

O Poder Disciplinar do Inimigo, o controle judicial e a contribuição da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck

Coaracy J. O. Fonseca

1 – Introdução

O Direito no Brasil vem atravessando uma fase de grandes mudanças, nem sempre no sentido do progresso civilizatório e dos valores democráticos. Os eventos sociais e políticos contemporâneos têm influído decisivamente na interpretação das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, ora no sentido da indevida restrição, ora na ultrapassagem dos conteúdos de base do texto, apesar das peculiaridades do contexto histórico.

Por sua vez, o Direito Administrativo tem enfrentado uma crise exponencial de paradigmas, tendo vários de seus dogmas questionados em face do restabelecimento do regime democrático com o advento da Constituição de 1988, que não se compraz com os institutos próprios de um Estado de polícia, do início do século passado, que era detentor de ampla discricionariedade, visando proteger as liberdades clássicas do individualismo burguês, as liberdades negativas.

Tal viés ideológico migrou, ao longo da história, para outros meandros da Administração Pública, máxime para a seara administrativo-disciplinar dos agentes públicos, sob o fundamento da existência de relações especiais de sujeição, distintas da supremacia geral do Estado.

O direito disciplinar não é um *tertium genus,* é uma vertente do direito administrativo sancionatório, segundo a melhor doutrina.[1] Por conseguinte, recebe a irradiação dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal, âmbito no qual o poder sancionatório do Estado tem maior expressão, como decorrência da soberania.

Nada obstante o art.25, I, da Constituição espanhola[2] haver, expressamente, previsto a postestade punitiva da Administração Pública, no Brasil o art.5º, inciso XXXIX da Constituição refere-se à atividade punitiva do Estado de forma abrangente, alcançando

[1] Medina Osório, Fábio. Direito Administrativo Sancionador, 10ª Ed., Ed. RT, 2025, p.333.

[2] Art.25 - I da Constituição espanhola: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que enel momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, segúnlalegislación vigente enaquel momento".

o poder sancionatório do Poder Executivo, não há distinção ontológica,[3] situação que recomenda o aperfeiçoamento redacional pelo legislador constituinte derivado, evitando-se polêmicas inúteis.

Por tais razões, a construção teórica clássica não pode implicar na responsabilização objetiva do agente público, tampouco referendar qualquer arbitrariedade no exercício do poder disciplinar. A infração administrativa há de ser comprovada e a conduta do agente deve ferir o bem jurídico que se almeja preservar, com especial atenção à tipicidade, os elementos subjetivos do tipo e as causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade. Para os efeitos deste estudo, limitar-nos-emos a um recorte específico: o exercício da liberdade de expressão pelo agente público.

Impende ressaltar, que a ocupação de espaços políticos por segmentos autoritários tem levado o Brasil a um processo de patrulhamento e criminalização da fala, mesmo quando não configura **fake news,** fenômeno que tem contribuído para o empobrecimento do debate democrático e para inibição de denúncias de corrupção e outros desmandos no espaço público, coarctando o aprendizado e o pleno exercício da cidadania.

Os regimes disciplinares de certas categorias de servidores públicos têm passado por alterações injustificáveis, a exemplo do art. 53, § 1°, da Lei 4.878/1965, que assegurava aos policiais civis do Distrito Federal a proibição do juízo de exceção, em caso de prática de infração disciplinar. Na pesquisa realizada em estatutos de servidores, com parlamentos estaduais de extrema-direita, observou-se a restrição a direitos e franquias fundamentais, sintoma de uma revolução silenciosa, que acarreta a supressão de garantias constitucionais a partir da mutação e/ou revogação da legislação ordinária, desta feita por obra do legislador.[4]

A liberdade de expressão, por exemplo, que deve ocupar **posição preferencial** num regime democrático, vem sofrendo um efeito resfriador (chilling effect), em nome de contravalores do Estado, quiçá não condizentes com os bastidores do poder. Alerta Martins[5] sobre a instrumentalização do direito disciplinar para punir os divergentes, acentuando Medina Osório que os "Processos disciplinares são instrumentos costumeiros de perseguições e arbítrio, quando não de ineficiência crônica (...) por desconhecimento do regime jurídico e da natureza das sanções administrativas".[6]

Exercer a crítica, mesmo que moderada, a figuras públicas, aos poderes e órgãos institucionais, ato antes considerado como de exercício do controle social da coisa pública e da transparência administrativa - essencial ao regime democrático - tornou-se para os membros do Ministério Público, lamenta-se, motivo para a instauração de processo disciplinar, em geral com o enquadramento em infração de textura moral, comentada à frente.

[4] Rüthers, Bernd. La revolución secreta, Marcial Pons, Trad. Francisco Zamora, 2020, p.77.
[5] Martins, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar. Revista de Direito Administrativo, nº 16, ano 5, Ed. RT, 2021, p.179-212.
[6] Medina Osório, Fábio. Op. cit., p.39.

Prevalece ainda no ordenamento jurídico, embora se procure esconder o retrocesso num biombo retórico, o positivismo pós-exegético de Hans Kelsen, concedendo-se significativa discricionariedade ao intérprete, que não respeita, com exceções de estilo, sequer a moldura legal. O suporte fático das infrações disciplinares são preenchidos por meio de conceitos abstratos, sem conexão com a realidade fenomenológica, conduta que se torna mais grave quando diz respeito às infrações de conteúdo moral, aplicável, equivocadamente, por subsunção.

Neste toar, o sincretismo metodológico observado na doutrina e na jurisprudência nacional tem produzido um direito timbrado pelo subjetivismo, terreno fértil para decisões mixadas, que deixam o cidadão entregue à completa insegurança, refém de uma jurisprudência lotérica. Como anota Arango: as decisões judiciais podem significar a diferença entre o bem-estar ou a desgraça para um indivíduo. O ordenamento jurídico deve dar a certeza ao prescrever a conduta devida segundo as regras do mandado, do permitido ou do proibido.[7]

Lenio Streck, ao edificar a sua doutrina, aparta-se do mundo abstrato do positivismo legalista e do pós-exegético, este último capitaneado pela genialidade de Hans Kelsen no século passado, cuja captura da teoria pelo nazismo é uma questão controvertida e escapa aos limites deste estudo. O autor foi objeto de funesta perseguição por sua origem judaica.[8]

Em seu aporte teórico, reconhece o jurista gaúcho a distinção entre texto e sentido do texto (norma), mas inadmite a cisão do ato interpretativo. A norma não é apreendida após a interpretação, como nos paradigmas metafísicos objetivista e subjetivista; o resultado é antecipado pela pré-compreensão. Os dicursos de fundamentação e aplicação não são realizados em momentos distintos.

O paradigma jurídico do autor encontra supedâneo filosófico nas obras de Heidegger e Gadamer; desconstrói os aludidos paradigmas dogmáticos e, assim, rompe o distanciamento entre sujeito-objeto e interpretação, próprio da filosofia da consciência,[9] afastando o voluntarismo e a discricionariedade do sujeito, que habitava e ainda habita o mundo metafísico, prenhe de conceitos, definições e significações abstratas, assujeitados à subsunção ou, contemporaneamente, através da ponderação de princípios e regras.

No seu desiderato, a Crítica Hermenêutica do Direito, construída pelo notável jurista, apesar de levar em conta as diferenças entre os sistemas do *common law e da civil law* – este último da família do nosso sistema jurídico, o romano-germânico –, busca nas obras do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin substratos doutrinários atinentes à

[7] Arango, Rodolfo. ?Hay respuestas correctas en el derecho? 2ª ed., Ed. Siglos del Hombre, 2016, p. 1.

[8] Viana, Davi Tavares. A instrumentalização nazista do direito no Terceiro Reich. In: https://www.conjur.com.br/2025-mar-19/a-instrumentalizacao-nazista-do-direito-no-terceiro-reich/, acesso em 19 de março de 2025.

[9] Streck, Lenio. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 11ª Ed., Ed. Livraria do Advogado, 2014, p.358.

congruência e à integridade do Direito, adaptando-os ao ordenamento jurídico brasileiro. Tais categorias passaram a integrar, recentemente, o art. 926 do CPC/2015, pelo esforço de Lenio Streck no Parlamento brasileiro.[10]

Impõe-se esclarecer que a resposta adequada à Constituição, segundo as obras do autor gaúcho, não está vinculada simplesmente aos precedentes judiciais, categoria criticada por sua doutrina, que combate "a commonlização da doutrina brasileira".[11] A resposta adequada é, sobretudo, resultante da fundamentação/justificação, da síntese hermenêutica que ocorre no ato de aplicação da norma, com e pela linguagem, que passa de mero instrumental metodológico à condição de possibilidade, não é mais um terceiro elemento. Há uma imbricação da filosofia gadameriana com a teoria do direito de Ronald Dworkin.

Neste novo paradigma, o intérprete, atirado ao mundo real, o mundo aí, apreende os sentidos das coisas e, imerso na faticidade da vida, é dotado de pré-compreensão, plexo de sentidos apreendidos através da tradição histórica, da formação, e que deve ser filtrado,[12] se necessário, na relação dialógica entre o sujeito e o texto jurídico, no exercício da intersubjetividade que se dá no interior do círculo hermenêutico-ontológico, visando alcançar a única e adequada resposta (norma) para o caso concreto, com espeque na tradição, no arcabouço legal, constituticional, doutrinário e na jurisprudência dos tribunais. Não há espaço para o solipsismo.

O texto não é um mero enunciado linguístico, é fato (ente) que dialoga com o sujeito e lhe diz algo sobre algo, antecipando o resultado da interpretação. Através da pré-compreensão, que não é um acontecer arbitrário e tampouco se confunde com as visões do mundo do intérprete, ideologias e pré-juízos inautênticos, chega-se ao sentido do texto, à norma. Contudo, ao aplicar o Direito, o intérprete não pode atribuir (ao texto) sentidos despistadores ou dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.[13]

Heidegger, quando discorre sobre o ato de interpretar, acentua: "o compreender apropria-se do que compreende. Na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender".[14]

Por seu turno, Gadamer pontifica: "A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão".[15]

[10] Streck, Lenio Luiz. Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil – coerência e integridade, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2018, p. 161.
[11] Streck, Lenio Luiz. Precedentes Judiciais e Hermenêutica – O sentido da vinculação no CPC/2015, Ed. Juspodivm, 2025, p. 15.
[12] Gadamer, Hans-George, Verdade e Método I, 15ª ed., Ed. Vozes, Trad. Flávio Paulo Meurer, 2024, p. 272.
[13] Streck, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2017, p. 368.
[14] Heidegeer, Martin. Ser e Tempo, 10ª ed., Ed. Vozes, Trad. Márcia Sá Cavalcante, 2024, p. 209.
[15] Gadamer, Hans-George. Op. cit., p. 406.

Na sequência de seu esforço teórico, Lenio Streck elabora uma teoria da decisão judicial, forte na viragem hermenêutico-ontológica. Alinha cinco princípios a que a decisão judicial deve atender: a preservação da autonomia do Direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional; o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. O autor, com ressalvas, tem uma visão substancialista da Constituição.[16]

Para o eminente jurista, não existe distinção estrutural entre regras e princípios, que são normas portadoras de conteúdo deontológico; não há lugar para a ponderação, distanciando-se da teoria de Robert Alexy, que admite a discricionariedade do intérprete nos casos difíceis.[17]

Na conjuntura onde tudo é ponderado, as regras que impedem a tortura e tratamentos cruéis, além das que inadmitem provas obtidas por meios ilícitos, poderão ser afastadas mediante a ponderação com um princípio de maior peso, na visão dos eventuais detentores do poder. "E se isto pode suceder mesmo relativamente a garantias constitucionais com este peso, então nenhuma garantia, nenhuma faculdade, está isenta de ponderação".[18]

A norma vem a lume no ato de interpretação/aplicação, daí a importância da teoria manejada. A norma não é o resultado do acoplamento de conceitos e definições ao enunciado, o caso concreto faz a diferença. O Direito é linguagem e exige do intérprete que percorra o chão linguístico da tradição.

Neste passo, antes de avançar, deve-se levantar a seguinte problemática: em que medida a hermenêutica ontológica pode contribuir no controle da discricionariedade administrativa, identificada por certo segmento da doutrina e da jurisprudência nos conceitos jurídicos indeterminados, que habitam o suporte fático das infrações disciplinares? O mérito do ato administrativo discricionário desviante da Constitutição resta, mesmo assim, blindado do controle judicial?

Faz-se necessária uma distinção. **A discricionariedade de que trata o autor em suas obras não se confunde com a discricionariedade administrativa,** tampouco se ingressa na análise da teoria dos atos vinculados e discricionários da Administração Pública. Cuida Lenio Streck da discricionariedade judicial.[19] No entanto, o autor constrói em suas obras uma teoria da interpretação desvinculada de metodologia específica. Trata-se de uma hermanêutica filosófica e, por ser filosofia, é aplicável a todos os ramos do Direito. No âmbito da Administração Pública, interpreta-se cotidianamente.

[16] Streck, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica, 4ª Ed., Ed. RT, 2014, p.164.
[17] Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed., Ed. Malheiros, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2011, p. 611.
[18] Novais, Jorge Reis. Limites dos Direitos Fundamentais, Ed Almedina, 2021, p. 53.
[19] Streck, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2017, p.71.

São questões a serem destrinçadas no desenvolvimento do desafio proposto. De logo, resta esclarecer que não se colima extirpar a discricionariedade do administrador, mas afastá-la do equívoco predominante de sua alocação no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados insertos nos suportes fáticos das regras disciplinares, o que daria margem a várias decisões/respostas possíveis quando da objetivação do sentido do texto, mormente na ambiência do Poder Disciplinar do inimigo, *locus* de posturas positivistas.

De logo, impõe-se discutir a inconstitucionalidade material do regime disciplinar instituído pela Lei Complementar estadual nº 15/96, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Ministério Público alagoano.

2. Da inconstitucionalidade do regime disciplinar do Ministério Público de Alagoas

No processo administrativo disciplinar, o poder público é parte e juiz. Tem o dever e não a faculdade de produzir prova contra o arguido, agir com imparcialidade enão sonegar fatos e provas favoráveis a este último. As normas do processo disciplinar são de direito estrito e devem ser observadas rigidamente, pois afetam direitos e garantias fundamentais do cidadão-servidor, com graves consequências que vão para além de certas intervenções do Direito Penal.

O regime jurídico disciplinar do Ministério Público de Alagoas, que já nasceu írrito, tornou-se de manifesta inconstitucionalidade após o surgimento de outras normas jurídicas. A Emenda Constitucional nº 45/2004 determinou que as alterações introduzidas no ordenamento jurídico poderiam ser aplicadas ao Ministério Público, no que couber. Assim, o art. 93, X, da Constituição passou a ser aplicável aos membros do Ministério Público. A Emenda em liça revogou os artigos da Lei nº 8.625/93 com ela incompatíveis, tornando inconstitucionais os artigos 9º, X, e 91, I e II, da Complementar Estadual nº 15/96.

Em razão do princípio da simetria, reconhecido pelo CNJ, os membros do Ministério Público, por faltas disciplinares, devem ser julgados de acordo com o art. 93, X, da Constituição. Há precedentes na jurisprudência dos Tribunais e alterações legislativas realizadas pelos orgãos estaduais.

Segundo a lição de Häberle, num Estado Democrático de Direito quem exerce o poder tem o dever da verdade, pois o exerce em nome da sociedade, da comunidade de cidadãos.[20] E ciente dos sentimentos naturais do ser humano e de como atos e fatos ocorrem num Estado autoritário, lança uma crítica ao poder através das palavras de Václav Havel:

> O poder necessita forjar, pois é prisioneiro de suas próprias mentiras. Ele forja o passado, presente e o futuro (...). Forja dados estatísticos. Forja que não dispõe de um aparato policial onipotente e capaz de tudo; forja que respeita os direitos humanos; forja que não persegue ninguém; forja que tem medo; forja que não forja nada (...).

[20] Häberle, Peter. Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional, Ed. Fabris, Trad. Urbano Carvelli, 2008, pp. 56-57.

Com o advento da Constituição de 1988, houve um avanço pontual, decorrente da incessante luta da doutrina de vanguarda (progressista), que resultou na constitucionalização de princípios da Administração Pública e na processualização dos conflitos administrativos. Isso propiciou um novo olhar sobre verdadeiros dogmas dessa seara do Direito, sendo possível constatar a incompatibilidade de alguns regimes disciplinares com o Texto Magno.

Não se pode negar, hoje, a processualização da Administração Pública, sobretudo na seara sancionatória *lato sensu.* Como anota Badaró: "A Constituição não assegura, expressamente, o direito a um juiz imparcial. Mesmo assim, é inegável que a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo, pois, uma garantia constitucional implícita".[21]

Mesmo com a processualização e outras conquistas, nos processos administrativos disciplinares, em certos contextos institucionais, o arguido é um verdadeiro Josef K.[22] para um servidor público, ou uma comissão que decide discricionariamente, extraindo (no sentido positivista) de conceitos jurídicos indeterminados vários sentidos, aplicados por subsunção, que destoam, não raramente, do mundo aí e da Constituição.

Cabe ao Poder Judicial, quando instado a tanto, decidir tais matérias com maior amplitude. Não decidir, *data venia,* é tornar-se cúmplice involuntário, muito amiúde, do arbítrio e da vindita. Daí a importância do controle da imparcialidade,[23] que decorre do princípio do juiz natural, pois não há como eliminar os humores, os sentimentos e as ambições que habitam a natureza do ser humano.

O processo administrativo disciplinar, no tocante aos princípios insculpidos no art. 5º da Constituição, não se diferencia do processo judicial, exceto por não resultar do julgamento a coisa julgada material, instituto próprio do exercício da função jurisdicional. Todavia, não se admite a revisão *pro societate.*

O fato de a Administração Pública ser autora e juiz da lide administrativa requesta maior vigilância em relação à regularidade do processo e ao controle de eventual sanção aplicada. A legalidade contemporânea, distanciada do legalismo burguês, deve ser entendida como princípio da juridicidade, pois se imbrica aos princípios e regras constitucionais.

Segundo Medauar: "Utilizar a expressão processo administrativo significa, portanto, afirmar o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo ocorre também no âmbito da Administração Pública".[24]

É importante ressaltar que os regimes disciplinares do Ministério Público e da

[21] Badaró, Gustavo Henrique. Processo Penal, 8ª ed., Ed. RT, 2020, p. 50.

[22] Castro Neves, José Roberto. O Processo. In: O que os Grandes Livros ensinam sobre Justiça, Ed. Nova Fronteira, 2019, Ebook, p. 422.

[23] Moraes Pitombo, Antônio Sérgio A. Imparcialidade da Jurisdição, Ed. Singular, 2018, Ebook, p. 98.

[24] Medauar, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 3ª ed., Ed. Fórum, Ebook, 2021, pp. 45-46.

Magistratura são especiais em relação aos dos servidores públicos em geral e das polícias civil e militar. Nestes últimos, a hierarquia e a disciplina são pilares da carreira, havendo maior restrição, não renúncia, em relação a certos direitos e garantias fundamentais, traçada desde a Constituição.

Os regimes disciplinares dos membros dos Ministérios Públicos estaduais não são uniformes, distintamente dos vários ramos do Ministério Público da União, cuja Lei Orgânica, Lei Complementar nº 75/93 (art. 247 e ss.), demonstrou excepcional preocupação com as garantias do juiz natural, a proibição do juízo de exceção, o devido processo legal e com a preservação da imagem do arguido.

No *Parquet* federal, em seus diversos ramos, os responsáveis pela apuração dos fatos em inquérito administrativo não podem julgar. Quem participou da comissão de apuração não pode fazer parte da comissão formada com a instauração do processo administrativo. Na sequência, a autoridade competente para aplicar a sanção, ato final, não pode participar da apuração ou determiná-la. Trata-se de garantias mínimas. Construiu-se um sistema que respeita a comunidade de princípios processuais previstos na Constituição; há, portanto, maior garantia de imparcialidade, compatível com o Estado Democrático de Direito.

Quanto aos Ministérios Públicos estaduais, a inconstitucionalidade de alguns regimes disciplinares, a exemplo de Alagoas, tem início a partir do art. 17, V, da Lei Federal nº 8.625/93, que permite ao corregedor-geral "instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membro da instituição, presidindo-o e aplicando as sanções administrativas cabíveis, na forma da Lei Orgânica".

A teratologia jurídica suso aludida se repete na Lei Orgânica do Ministério Público de Alagoas. Ora, quem instaura procedimento através de portaria dificilmente muda o seu entendimento quando do ato de julgar. Trata-se de ferimento contudente aos princípios do juiz natural, da imparcialidade e da proibição de juízo de exceção, prevista no art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição.

O entendimento esposado não é solitário, e se o fosse não afetaria o modo de pensar aqui defendido. A inconstitucionalidade do artigo da Lei Federal retrocitada é também encampada por Emerson Garcia, que após discorrer sobre a gravidade do processo disciplinar, arremata:

> Assim, comungando a conclusão de Hugo Nigro Mazzilli, nos parece ser de duvidosa constitucionalidade uma norma que atribua a um mesmo órgão o poder de iniciar e decidir o processo disciplinar. **Por compreender a comezinha exigência de imparcialidade do órgão julgador, é incompatível com esse princípio a regra do art. 17, V, da Lei nº 8.625/1993** (...). Ainda que não esteja ele obrigado a concluir pela aplicação de uma sanção e suas decisões possam ser revistas pelo Colégio de Procuradores (art. 12, VIII, b), é inegável que a prova será

> produzida em harmonia com as diretrizes e a impressão inicial declinadas na portaria de instauração do processo disciplinar, isto sem olvidar que, não raras vezes, a **VAIDADE PESSOAL** erige-se como verdadeiro óbice ao reconhecimento de um erro.[25] (Destaque nosso).

No mesmo sentido, ressalta Barcellar Filho:[26] "Extremamente delicada a situação do servidor acusado. Figura, no outro polo da relação processual, órgão que concentra a função de instruir e acusar, dotado de vários poderes para, além de determinar todo o curso das provas e das alegações, formular novo juízo de acusação quando entender finda a instrução probatória".

Já Medauar esclarece que se aplica ao processo administrativo o artigo art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que concerne à **garantia do juiz natural,** ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à assistência por advogado, sendo acompanhada por uma plêiade de doutrinadores.[27]

O termo jurisdição, que significa dizer o direito com definitividade, qualidade da coisa julgada formal e material, instituto próprio do exercício da função jurisdicional, consoante a teoria geral do processo, não afeta de nenhum modo a garantia do juiz natural aplicável ao processo administrativo disciplinar, além de todos os seus contornos jurídicos.

O juiz natural é garantia contra o juízo de exceção e, também, garantia da imparcialidade do órgão julgador. Os incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição devem ser compreendidos sistematicamente (elemento integrante do ato incindível de interpretação),[28] em respeito ao princípio da unidade da norma vértice. A expressão **juízo** tem o sentido **de julgar.** Ora, é evidente que no âmbito da Administração Pública ocorre julgamento.

Os dispositivos que integram o Título II, Capítulo I, da Constituição Federal foram escritos em sentido natural, ordinário e comum pelo legislador constituinte originário. A Constituição de seu "palanque" fala ao povo. Mas não significa que a interpretação literal esgota o compreender. Na perspectiva teórica da Crítica Hermenêutica do Direito, com aporte em Gadamer: "O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado".[29] O sentido é desvelado a partir da referência ao contexto.

A hermenêutica ontológica é um aporte teórico fundamental para a compreensão do sentido das normas que consagram direitos fundamentais e da legislação ordinária que

[25] Garcia, Emerson. Ministério Público, organização, atribuições e regime jurídico, 6ª ed., Ebook, 2017.
[26] Barcellar Filho, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar, Ed. Max Limonad, 1998, pp.244-245.
[27] Medauar, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 3ª ed., Ed. Fórum, Ebook, 2021, pp. 93-94.
[28] Streck, Lenio Luiz. Direfença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In Direito e Poder – Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos, 1ª Ed., Ed. Manole, Cord. Heleno Tavares Tôrres, 2005, p.43.
[29] Gadamer, Hans-Georg. Verdade e Método I, 15ª Ed., Ed. Vozes, Trad. Flávio Paulo Meurer, 2015, p. 428.

trata das infrações disciplinares. O intérprete deve estabelecer um diálogo com o texto jurídico no "com-texto", cujo sentido é antecipado pela pré-compreensão. Não assegurar ao arguido em processo disciplinar a garantia da proibição de juízo ou tribunal de exceção é agasalhar os pré-juízos inautênticos dos juristas do passado.

É preciso percorrer o chão linguístico da tradição para compreender, numa metáfora citada por Lenio Streck,[30] o porquê de numa determinada comunidade os indivíduos, carentes de alimentos proteicos, ao fritarem peixes, cada vez menores, mesmo assim cortavam a cabeça e o rabo, proceder que se tornou comum, inquestionável, cuja resposta só veio à luz através da fala do homem mais velho da tribo.

Mudando o que deve ser mudado, o intérprete, para compreender a razão do pré-conceito inautêntico de não estender a proibição do juízo de exceção aos arguidos em processos disciplinares, deve também percorrer o chão linguístico da história do Direito Administrativo no Brasil, quando em certo momento encontrará na obra de Brandão Cavalcanti: **"O conceito nemo judex in causa sua, na esfera administrativa, pode ser verdadeiro, portanto, apenas no que diz com a apreciação da legalidade do ato".**[31]

Ora, se a Administração Pública julga em causa própria, qual a razão de se assegurar a proibição do juízo de exceção? Esta concepção é reproduzida de forma acrítica por segmentos da doutrina administrativista; do peixe, que apesar de ter se tornado menor que a frigideira, ainda se corta a cabeça e o rabo, fontes de proteína. A interpretação do Direito Administrativo por alguns juízes e tribunais brasileiros segue o paradigma juspositivista da década de trinta do século passado, cujo Direito era produzido sob a égide de um Estado assumidamente autoritário.

O fato de a Constituição de 1988 trazer um enorme catálogo de direitos fundamentais em seu Título II, Capítulo I, expressando verdadeiro compromisso com os valores democráticos e com a dignidade da pessoa humana, não mudou o pensamento de certo segmento de julgadores formados sob a ditadura militar de 1967 e que ocupam os tribunais de vértice e as cortes estaduais, além do entendimento dos juízes de primeiro grau, com as exceções de estilo, que têm maior responsabilidade na interpretação do Direito, pois é a instância onde os fatos são mastigados em contraditório e há uma autêntica verticalização da prova.

François Rabelais[32] nos legou as estórias do bom Pantagruel, que traz o caso do magistrado Bridoye, que julgava as causas com base no lançamento de dados, até que chegou a sua vez de ser julgado, vale cada página.

Os Direitos Fundamentais têm nos princípios a maior irradiação da normatividade. As garantias processuais servem de contenção do poder estatal e, assim, não podem ser

[30] Streck, Lenio. Lições de Hermenêutica do Direito, Ed. Livraria do Advogado, 2014, p.9.
[31] Brandão Cavalcanti, Themistocles, Curso de Direito Administrativo, 6ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1961, p. 499.
[32] Rabelais, François. O Terceiro Livro e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel, Trad. Élide Valarini Oliver, Ed. Unicamp, 2006, p. 251.

interpretadas contra os cidadãos e em prol dos interesses dos poderes e órgãos constitucionais.

É verdade que o STF tem negado aos princípios a categorização de parâmetros de aferição de inconstitucionalidade, sob o argumento de que apenas a ofensa direta ao texto constitucional admite o controle difuso de constitucionalidade, afastando o ferimento reflexo, quando há necessidade de análise da legislação ordinária. Não se conhece, em tais hipóteses, o RE com base na alínea "a", inciso III do art. 102 da Constituição.

No entanto, há vários julgados que se valem dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hospedados no art. 5º, inciso LIV, para reconhecer a inconstitucionalidade de leis estadual e federal em desacordo com os princípios da ampla da defesa, do contraditório, do juiz natural, entre outros devidamente especificados, pois há o entendimento de que não se aplica ao STF o princípio *"iura novit curia".* Neste sentido o MS 24.286, RE 452.721, entre outros.[33]

Ressalte-se que a jurisprudência defensiva dos Tribunais de superposição tem sido um capítulo à parte na defesa da cidadania e da dignidade humana. Reconhece-se que tais instâncias só fazem justiça de modo indireto, sendo responsáveis pela inteireza da interpretação das leis federais e da Constituição.

De importância fundamental é o controle da convencionalidade, por qualquer juízo ou tribunal, de lei federal ou estadual desconforme com o art. 8º e ss. c/c o art. 13, 2. da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/92, que tem força de norma supralegal, confome entendimento consolidado no STF.

O operador do direito há de atravessar todo o caminho, sempre prequestionando a matéria federal, para fazer valer a Constituição, quando há déficit no julgamento das instâncias inferiores. Nenhuma razão existe para entregar o servidor supostamente "faltoso" a um juízo de exceção, porquanto não há distinção ontológica entre o julgamento administrativo e o judicial, exceto pelo viés ideológico, pela vontade de poder. Os Tribunais Superiores não podem lavar as mãos, remetendo a matéria à legislação subalterna, gerando situações esdrúxulas e irracionais.

Gusmão Carneiro,[34] em obra clássica, é bastante elucidativo:

> Se, em geral, é bastante precisa a distinção entre ato jurisdicional e o ato legislativo, apresenta-se tarefa complexa a de buscar teoricamente, em linhas nítidas, os elementos que permitam discernir entre o ato jurisdicional e o ato administrativo. Em muitos países, inclusive, a doutrina dominante, negando ao Judiciário a qualificação de "Poder", é no sentido de considerar a jurisdição apenas como modalidade, embora bastante diferenciada, da administração, **inexiste, assim, uma distinção essencial entre o ato administrativo e o ato jurisdicional.**

[33] Mendes, Gilmar. Jurisdição Constitucional, Ed. Saraiva, 2018, p. 36.

[34] Gusmão Carneiro, Athos. Jurisdição e Competência, 18ª Ed., Ed. Saraiva, 2012, p. 49.

Da mesma forma, a expressão **autoridade competente** insculpida no último inciso citado (LIII) não distingue entre autoridade administrativa e judicial. Devem-se respeitar os conteúdos de base do texto constitucional, atualizando-se o sentido, se necessário, sem redução ou alteração do texto, aos valores do Constitucionalismo contemporâneo, que concebe o Direito como instrumento de progresso e transformação da realidade social.

É preciso conhecer a história do autoritarismo brasileiro para compreender e interpretar os direitos fundamentais. Só então o jurista pode entrar em "concordância com a atualidade presente da vida".[35]

O texto é ente da realidade fenomenológica e não pode ser criação abstrata do gabinete de um tecnocrata. Demais disso, a expressão Tribunal é utilizada em relação a outro órgão não jurisdicional previsto na Constituição. Em matéria de direitos e garantias fundamentais, salvo distinção expressa, a interpretação deve ser a mais favorável à dignidade da pessoa humana. Não é outra a lição de Gomes de Mattos[36]:

> O princípio do juiz natural, materializado em dois incisos do art. 5º da Constituição Federal (XXXVII – "não haverá juízo ou tribunal de exceção;" e LIII – "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;") é plenamente aplicado ao processo disciplinar.
> Estabelece o *princípio sub oculis,* uma jurisdição administrativa diretamente localizada para o devido processo legal e para a isonomia, como forma de garantir objetivamente, um julgamento justo, imparcial e equânime, realizado em qualquer grau de jurisdição, por uma Autoridade administrativa legalmente competente.

No mesmo sentido manifesta-se Medina Osório:[37] "a comissão encarregada da sindicância ou do processo administrativo disciplinar deve atuar com independência e imparcialidade, características indispensáveis para a condução do julgamento em conformidade com o princípio do juiz natural (art.5º, incisos XXXVII E LIII, da Constituição Federal), **que veda a predisposição à condenação do acusado, seja na esfera judicial ou disciplinar".**

Portanto, não há como separar o princípio do juiz natural e a decorrente proibição de juízo ou tribunal de exceção, além da questão temporal. Seguindo a principiologia constitucional, hoje agregada ao processo administrativo, a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo averba:

[35] Gadamer, Hans-Georg. Verdade e Método I, 15ª Ed., Ed. Vozes, 2015, p. 428.
[36] Gomes de Mattos, Mauro Roberto. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar, Ed. América Jurídica, 2008, pp. 167-168.
[37] Medina Osório. Direito Administrativo Sancionador, 10ª Ed., Ed. RT, 2025, p.242.

LEI COMPLEMENTAR N° 734, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1993

(Última atualização: ADI - STF n° 6551, de 01/09/2020)

Institui a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo

Artigo 42 - São atribuições do Corregedor-Geral do Ministério Público:

VI - instaurar processo administrativo disciplinar, precedido ou não de sindicância, e encaminhar os autos à Comissão Processante Permanente para instrução, **da qual participará como órgão acusatório,** podendo postular a produção de provas, pleitear a condenação ou a absolvição e, se for o caso, recorrer da decisão do Procurador-Geral de Justiça; (NR)

Da interpretação do enunciado transcrito, logo se entende que o corregedor-geral do Ministério Público paulista é a autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar e, ao depois, enviá-lo à Comissão Processante Permanente, da qual participará como órgão acusador e responsável pela produção de prova contra o arguido, assegurada a ampla defesa.

Observam-se as figuras de três protagonistas do processo disciplinar: a) o corregedor-geral, que oferta a acusação e produz a prova contra o arguido; b) a Comissão Processante Permanente e; c) o procurador-geral de Justiça, que é responsável pelo julgamento da lide administrativa, aplicando ou não a sanção disciplinar.

Todo o arcabouço estrutural do processo disciplinar do Ministério Público paulista obedece e respeita o princípio do juiz natural, bem como a proibição de juízo ou tribunal de exceção, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e os demais princípios que formam uma verdadeira comunhão. O processo não é inquisitorial, como nos idos da Idade Média. Trata-se de processo disciplinar cujas vigas mestras são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, diferentemente do regime disciplinar do Ministério Público de Alagoas.

As leis orgânicas dos Ministérios Públicos dos estados são regimes especiais que não se confundem com os regimes jurídicos únicos dos servidores estatutários dos entes da federação. Os membros de tais instituições, pela dimensão da função que exercem, são dotados, constitucionalmente, de prerrogativas e garantias exorbitantes dos regimes comuns, a exemplo da vitaliciedade.[38]

Se há excesso no manejo da liberdade expressão, por exemplo, o contexto deve ser avaliado de forma minudente para ensejar sanção disciplinar, pois não há discricionariedade em sua aplicação, que deve ainda observar o princípio da individualização da pena, com

[38] Ferreira Mendes, Gilmar; Gonet Branco, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, 17ª Ed., Ed. Saraiva, 2022, p. 1.225.

base no art. 241 da Lei Complementar federal nº 75/93, aplicável subsidiariamente ao Ministério Público de Alagoas, que não possui dispositivo sobre a individualização da sanção.

A garantia da vitaliciedade, que implica a proibição da perda do cargo sem processo judicial, com reflexos no sistema remuneratório e na aposentadoria, encontra assento no art. 128, § 5º, inciso I, "a", da Constituição. A garantia institucional em foco é mais abrangente e visa à proteção contra investidas do poder econômico e político, possibilitando ao membro do Ministério Público atuar com liberdade na defesa do patrimônio público e social, do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Trata-se de uma genuína cláusula pétrea.

O papel do Ministério Público é tão relevante que Zanella Di Pietro defende que o exercício de cargo de confiança na função executiva por agente do Ministério Público fere a moral administrativa, "porque coloca em dúvida a credibilidade de uma instituição que existe para proteger a sociedade contra qualquer tipo de atos ilegais contra ela praticados. Quem atuará em nome da sociedade contra atos ilegais praticados pelo Poder Executivo, quando aquele que a devia proteger exerce função de confiança do último?"[39]

Tal garantia constitucional não pode ser enfraquecida ou tisnada por normas infraconstitucionais. Não se cuida de privilégio, senão de anteparo contra o arbítrio, perseguições e represálias. O ordenamento jurídico deve guardar integridade, sob pena de não haver coordenação, a partir da norma vértice, como um conjunto de regras e princípios que interagem na dinâmica da interpretação/aplicação, para evitar o exsurgimento de uma verdadeira balbúrdia.

Eros Grau afirma que não se pode interpretar o Direito em tiras, vale dizer: não se interpretam textos jurídicos isoladamente, e sim o Direito.[40] Se a Constituição dispõe sobre uma garantia institucional, as regras que forem editadas pelo legislador ordinário não podem restringir ou fragilizar seu sentido, sob pena de se inverter a pirâmide normativa e de o Texto Magno ser interpretado arbitrariamente, a partir de regras ordinárias.

O constituinte originário consagrou aos membros do Ministério Público um regime jurídico reforçado, garantindo-lhes a vitaliciedade e coibindo a perda do cargo sem processo judicial. Por conseguinte, indaga-se se é possível ao legislador ordinário restringir esta garantia institucional editando regra que lança o agente público (gênero) a um juízo de exceção, facilitando e contribuindo até para a aplicação de diversas sanções disciplinares que podem levar à perda do cargo e à suspensão dos direitos políticos, esvaziando o sentido da garantia.

A interpretação não pode levar ao absurdo, tampouco à antinomia. A resposta negativa se impõe. A garantia institucional da vitaliciedade transcende a perda do cargo

[39] Zanella Di Pietro, Maria Sylvia. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 3ª ed., Ed. Atlas, 2012, p. 187.
[40] Grau, Eros Roberto. Ensaio sobre Interpretação/Aplicação do Direito, 5ª ed. Malheiros, 2009, p. 131.

sem sentença transitada em julgado. O sentido tem sido amesquinhado por aportes doutrinários singelos, que destoam do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.[41]

Trata-se de garantia institucional de primeiro grau, que é condição de possibilidade para o velamento do regime democrático e dos direitos fundamentais individuais e sociais pelos membros do Ministério Público. Constitui cláusula pétrea e não pode ser suprimida por emenda constitucional editada pelo poder constituinte derivado. Como assevera Bonavides: "Garantias institucionais de primeiro grau são também aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema".[42]

Sem as garantias institucionais como o promotor de Justiça irá investigar e combater desvios orçamentários funestos ou a corrupção que resultou, apenas para argumentar, em apropriação de recursos públicos na ordem de R$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) em determinado órgão ou poder de estado, cujos investigados têm grande influência política e econômica, se por qualquer motivo ou motivo nenhum é submetido a processo disciplinar na instituição em que atua (estadual), além de ser entregue a um juízo de exceção, inquisitorial, que acusa, produz a prova e aplica a sanção? A situação é de inconstitucionalidade, porquanto afronta a garantia da vitaliciedade e os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição.

Cabe ao Ministério Público a defesa de suas garantias institucionais, sob pena de vê-las erodidas. Os limites do poder constituinte derivado não despertam maiores discussões, bem assim o poder de reforma quando previsto pelo constituinte originário. Contudo, o poder constituinte de reforma pode render ensejo a controvérsias entre correntes doutrinárias que albergam a **teoria da dupla revisão.** Primeiro, é revista a cláusula de intangibilidade, cláusula pétrea; segundo, "reveem-se as matérias antes intocáveis".[43] Tal postura não é acatada no presente estudo.

Com o advento da Lei Complementar nº 135/2010, o membro do Ministério Público pode ser enquadrado no art. 1º, I, "q", da Lei Complementar nº 64/1990. O regime disciplinar da Lei Complementar nº 15/96 (Lei Orgânica do Ministério Público de Alagoas), que nasceu sob o manto da invalidade, padece agora de "inconstitucionalidade chapada", expressão cunhada pelo saudoso jurista Sepúlveda Pertence, quando ministro do STF.

Demonstrada a contrariedade às regras, princípios e garantias constitucionais, as sanções disciplinares aplicadas pelo corregedor-geral do Ministério Público de Alagoas, com fulcro no art. 91, II, da Lei Complementar nº 15/96, são nulas de pleno direito, além dos processos instaurados, por sua iniciativa, sem competência para a aplicação da sanção

[41] Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Ed. Almedina, 2000, p. 1.224.
[42] Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 26ª ed., Ed. Malheiros, 2011, p. 549.
[43] Barroso, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo, 9ª ed. Saraiva, 2020, p. 172.

disciplinar, pois não lhe cabe a indicação dos membros da Comissão Disciplinar, sendo inconstitucional a Lei de regência.

O membro do Ministério Público é atingido pela insegurança, o que conduz ao retraimento no exercício de suas funções, tudo que o constituinte originário procurou coibir. A Lei Complementar nº 15/96 confere proteção deficiente à garantia da vitaliciedade e desborda dos princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar.

Segundo o escólio de Lenio Streck, "a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também da deficiência de proteção. Assim, por exemplo, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões)".[44]

Finalmente, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Na hipótese em debate, a Lei Complementar nº 15/96 abriga solução possível para fazer prevalecer os ditames da Constituição, consistindo na aplicação do art. 110, que dispõe: "Ao Ministério Público do Estado aplicam-se subsidiariamente as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público da União".

Por conseguinte, os membros do Ministério Público de Alagoas, na seara do processo disciplinar, seriam regidos pelos preceitos pertinentes da Lei Orgânica do Ministério Público da União, até ulterior alteração legislativa, como ocorreu no Estado de São Paulo.

Transcreve-se a doutrina de Nigro Mazzilli,[45] que vem ao encontro dos argumentos explicitados quanto às funções do corregedor-geral:

> Teratologia que ainda persistiu no sistema da LONMP e em algumas leis orgânicas locais é a de que o corregedor é o mesmo órgão que acusa, preside a instrução e, em certos casos, ainda até mesmo aplica a pena. Como falar em ampla defesa e devido processo legal se, na casa do Ministério Público, a autoridade que acusa é a mesma que preside a instrução e, em alguns casos, ainda julga o acusado? (...). O sistema da LONMP viola, pois, o devido processo legal, por concentrar as funções acusatórias, instrutórias e decisórias num único órgão (...). Em São Paulo, esse absurdo foi corrigido pela LC estadual nº 1.147/11, de iniciativa do procurador-geral Fernando Grella Vieira.

Diga-se de passagem, a filosofia e a ciência política ajudam a enxergar que no Brasil há um movimento político **direcionado a retirar as garantias institucionais, sob a bandeira do anarcocapitalismo, fragilizando os poderes e os órgãos constitucionais.** O pior é que as instituições, acredita-se que involuntariamente, estão contribuindo para tanto.

[44] Streck, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional, 7ª ed., Ed. Forense, 2023, p. 291.
[45] Mazzilli, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, 8ª ed., Ed. Saraiva, 2014, p. 465.

Quando o Estado e suas instituições procuram estabelecer a censura oficial -a mordaça - não permitindo críticas sobre questões de interesse público, a fim de manter tudo em silêncio, volta-se à doutrina das Razões de Estado, incompatível com a Democracia. Daí até a ditadura é só um passo.

Como alerta Dieter Grimm,[46] na Hungria, Viktor Orbán reduziu o limite da aposentadoria compulsória dos integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público (de setenta para 62 anos) e mudou o sistema de recrutamento. Na Turquia, 4 mil juízes e promotores foram demitidos, por razões políticas. Quem assistiu às cenas dantescas de centenas de pessoas rezando para um pneu "divino" e pedindo "intervenção federal" ao Exército brasileiro não pode ter a ingenuidade de acreditar que a Democracia está livre de perigo, apesar das decisões do STF.

Argumentar-se, ainda, com a teoria alemã do ilícito por acumulação,[47] com o regime especial de sujeição (aplicável restritivamente às carreiras policiais) ou com a mera voluntariedade para justificar as expressões demasiadamente abertas na formulação das infrações disciplinares, visando evitar o controle das decisões administrativas, além da desnecessidade de ofensa a qualquer bem jurídico, consiste em fazer uso de uma retórica que não encontra respaldo na Constituição.

O ilícito administrativo não prescinde da tipicidade formal e da tipicidade material, além da imputabilidade, baseada em dolo ou culpa, se prevista em lei. O princípio da segurança jurídica exige que as normas restritivas sejam claras e precisas. As garantias do direito penal albergam o direito administrativo disciplinar, máxime a garantia do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição. No mesmo sentido Reinaldo Couto.[48]

Felizmente, uma doutrina de vanguarda vem se fortalecendo ao questionar verdadeiros dogmas do Direito Administrativo que não fazem o menor sentido num Estado Democrático de Direito, apesar da emersão de segmentos extremistas que vêm fragilizando os direitos e as garantias fundamentais, empobrecendo o debate democrático. O Estado brasileiro é laico e assim deve permanecer.

Não é outro o entendimento de Fernandes de Oliveira: "No campo do Direito Administrativo prevalece o que se rotula de tipicidade, isto é, a infração administrativa deve estar devidamente delimitada pela regra normativa. As exigências são as mesmas que aquelas para a identificação dos crimes (...). O fato de a lei utilizar palavras imprecisas não significa que se outorgou à Administração discricionariedade. Esta não se confunde com interpretação".[49] Sobre o tema, o STF, nos autos do RO no MS 24.699-9-DF, decidiu que a "capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta ao ponto de inviabilizar o direito de defesa".

[46] Grimm, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia, IDP, Ebook, 2023.
[47] Silva Sánchez, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal, 3ª ed., Ed. RT, Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2013, p. 161.
[48] Couto, Reinaldo. Direito Disciplinar – Poder Público v. Servidor, 4ª Ed., Ed. Juspodivm, 2020, p.70.
[49] Fernandes de Oliveira, Regis. Servidores Públicos, 2ª Ed., Ed. Malheiros, 2008, p. 148.

3 – Da irracionalidade da legislação disciplinar

Segundo as justas ponderações de Díez Ripollés,[50] ao discorrer sobre a racionalidade das leis penais, embora compreenda que as reflexões são generalizantes, a ideia que ele expressa corresponde à capacidade de descrever as condições que atendam à relevância da realidade social com uma interação que é coerente com os dados constitutivos da realidade.

Na Brasil, sob a batuta de um parlamentar bastante reconhecido em Alagoas, construiu-se um sistema sancionatório de condutas graves, sob a ideia matriz do garantismo, de tipos fechados e de difícil operacionalização. As alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/21 na antiga Lei de Improbidade Administrativa tornaram dificultoso o enquadramento de condutas ímprobas por parte de infratores acusados de desvios de milhões dos cofres públicos, pois além da moldura legal, exige-se a comprovação do dolo específico.

O índice de condenação por improbidade administrativa no Brasil é baixíssimo; as ações correm em ritmo lento e o *standard* de prova é muito alto, embora tal categoria venha sendo utilizada há pouco tempo pela doutrina especializada. Vive-se um intenso protagonismo político noticiado pela imprensa nacional, sem falar da escandalosa utilização secreta de verbas orçamentárias da lei de meios da União. As investigações da briosa Polícia Federal, por maiores que sejam os esforços empreendidos, trazem quase sempre um vício formal que anula alguns procedimentos, e os eventuais acusados restam impunes.

Doutra banda, vale-se da criminalização da fala, do efeito resfriador (chilling effect), para inibir as denúncias públicas, inclusive quando veiculadas por membros do Ministério Público, que são submetidos e condenados pelos órgãos correcionais, sob a alegação de não manterem conduta ilibada na vida pública e privada. Os procedimentos administrativos disciplinares correm rapidamente, e o apenado, que não desviou nenhum tostão do erário e não faz parte de mílicias, após o advento da Lei Complementar nº 135/2010, pode ser enquadrado no art. 1º, I, "q", da Lei Complementar nº 64/1990.

O quadro da legislação brasileira de conteúdo sancionatório lato sensu é de uma irracionalidade gritante. Tal situação orça pelo absurdo. Aliado a este estado de coisas, ainda se encontram manuais que defendem serem as infrações disciplinares atípicas ou de tipicidade moderada, aceitando a discricionariedade da autoridade competente no enquadramento e na aplicação da sanção, geralmente um político.

As lições de Tito Prates da Fonseca,[51] em seus comentários ao regime disciplinar dos funcionários civis da União, ao aduzir que ao contrário do que acontece no crime, um

[50] Díez Ripollés, José Luis. A racionalidade das leis penais, 2ª Ed., Ed. RT, trad. Luiz Regis Prado, 2016, p. 86.
[51] Prates da Fonseca, Tito. Lições de Direito Administrativo, Ed. Freitas Bastos, 1943, p. 191 e ss.

elemento legal – a prévia definição das faltas – é impossível de explicitar, como impossível é deitar o rol dos deveres dos funcionários, continuam a ser repetidas acriticamente por alguns segmentos da doutrina administrativista – obra escrita na vigência da Constituição de 1937.

Hélio Tornaghi, com sabedoria peculiar e refinada ironia, parece contraditar as posturas acima registradas. "De feito: que elemento é essencial de uma cousa? É aquilo sem o que a cousa não chega a existir, é parte necessária da cousa. Ora, a pena, a tutela penal, o próprio direito penal não têm razão de ser se não há dano ou perigo para um bem, interêsse ou direito subjetivo. **A menos que se pretenda fazer do crime um pecado, o qual mesmo sem danificar ou por em perigo ofende".**[52]

O argumento da ordem interna e da ordem geral, garantidas respectivamente pelos direitos disciplinar e penal, não tem nenhum substrato filosófico, salvo a ideologia do Estado Novo. O regime disciplinar é necessário à estabilidade e ao funcionamento do serviço público, mas inexiste algum cabimento para que o manejo do direito de punir seja exercido com base nos humores da autoridade hierarquicamente superior. Fere-se a igualdade material, a segurança jurídica e a própria Democracia, criando-se situações esdrúxulas como a que foi apontada no presente tópico.

Responder a um processo administrativo disciplinar é mais gravoso que figurar no polo passivo de uma ação de improbidade que, com base num inquérito da Polícia Federal, procura punir agentes públicos acusados de desvios de mais de R$ 280.000.000,00 (duzentos e oitenta milhões de reais), cujos processos tramitam por tempo indeterminado, por vezes sendo anulados por algum vício formal.

Em seu favor, os julgadores mencionam a liberdade de consciência e a liberdade de valoração da prova.[53] Como ressalta Ingeborg Maus, "a introdução de aspectos morais e de valores na jurisdição dota esta última não apenas com uma legitimação superior e priva suas decisões de toda e qualquer crítica, mas leva também a uma liberação do Judiciário em relação a todas as vinculações legais que, outrora, deviam garantir o controle da conformidade com a vontade popular".[54]

É de entendimento translúcido que a relação do Direito e o Tempo é dialética. A interpretação do Direito não pode ser fossilizada, sob pena de descompasso com a realidade de vida. "Ninguém se banha duas vezes no mesmo rio". As leis mudam para atender às novas necessidades sociais, os costumes de uma época ou através da mutação hermenêutica, impulsionada por um novo contexto. A Constituição de 1988 rompeu com a estrutura e o pensamento autoritário das constituições que a antecederam.

Por derradeiro, acentua Binenbojm: "A superioridade formal e a ascendência

[52] Tornaghi, H. Bastos. A Questão do Crime Formal, Ed. Coelho Branco, 1944, p.29.
[53] Streck, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme a minha consciência?, Ed. Livraria do Advogado, 2010, p.20.
[54] Maus, Ingeborg, O Judiciário como superego da sociedade, ed. Lumen Juris, Trad. Geraldo Carvalho, 2010, pp. 22-23.

axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo; a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica. A reserva vertical de lei foi substituída por reserva legal de Constituição".[55]

Submeter o membro do Ministério Público a um juízo de exceção e agir discricionariamente na escolha do motivo de fato e na interpretação da infração disciplinar ferem os direitos e garantias fundamentais já aludidos, além de maltratar a garantia institucional da vitaliciedade, levando à irracionalidade da legislação disciplinar, espezinhado o princípio da igualdade material, ao se tratar igualmente situações desiguais. Entre a falta disciplinar e a improbidade administrativa há uma enorme distância.

É inconteste que vários institutos (poderes e prerrogativas) foram construídos para servir a uma ordem de poder. Na Administração Pública brasileira, não são poucos os casos de nepotismo, desvios de recursos orçamentários e emendas orçamentárias secretas onde devem reinar a transparência e a publicidade, a revelar uma corrupção endêmica. O STF decidiu recentemente sobre a questão, em decisão monocrática.

4 – A hermenêutica ontológica e a interpretação do sentido das infrações morais da Lei Complementar nº 15/96

É de ressaltar-se, conforme adverte Medina Osório, que se deve "compreender a exigência de "ilibada conduta" ou "decoro pessoal" como um componente normativo razoável e proporcional, cuja vinculação justifique, racionalmente, uma resposta do Direito Administrativo".[56] A propósito decidiu, recentemente, o STJ:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EXAME DA PROVA PRODUZIDA NO PAD. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **INFRAÇÃO A DEVER FUNCIONAL INERENTE AO CARGO.**
>
> **1. Processo Administrativo Disciplinar que aplicou à impetrante, à época dos fatos Advogada da União, a penalidade de cassação de aposentadoria, ao se concluir pela prática de apropriação indevida - por 12 anos - de benefícios previdenciários indevidamente depositados pelo Estado do Rio Grande do Sul em favorda genitora da impetrante, então já falecida.**

[55] Binenbojm, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas, Ed. Fórum, Org. Alexandre S. de Aragão, 2008, p. 149.
[56] Medina Osório, Fábio. Direito Administrativo Sancionador, 8ª Ed., Ed. RT, 2022, p. 299.

2. Compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento administrativo disciplinar sem, contudo, reexaminar as provas para adentrar o mérito da decisão administrativa. No caso, não houve erro invencível que justificasse a intervenção do Judiciário. Prova suficiente para o reconhecimento da infração disciplinar que se considerou praticada.

3. A alegação de que o ato pelo qual a impetrante foi punida teria sido, em tese, praticado na esfera privada, não socorre a impetrante. "Embora o pretenso ato ilícito não tenha sido praticado no efetivo exercício das atribuições do cargo, mostra-se perfeitamente legal a instauração do procedimento administrativo disciplinar, mormente porque a acusação impinge ao Impetrante conduta que contraria frontalmente princípios basilares da Administração Pública, tais como a moralidade e a impessoalidade, valores que tem, no cargo de advogado da União, o dever institucional de defender." (MS 11.035/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 116).

A avaliação da gravidade da infração efetuada em sede de Processo Administrativo Disciplinar, se não ultrapassa a esfera do proporcional e do razoável, não se sujeita à revisão judicial.

4. Segurança denegada.

(MS n. 22.645/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/6/2020, DJe de 5/8/2020.)

A situação descrita na jurisprudência citada estabelece os contornos de uma infração moral. Mesmo nas carreiras de Estado, o poder público não pode invadir a intimidade do cidadão e impor uma conduta ética considerada oficial pelo superior hierárquico da ocasião.

A intimidade do indivíduo é algo sagrado, e a eventual vinculação de conduta da sua vida privada ao serviço público deve guardar especial gravidade e nexo etiológico inquestionável, mediante prova robusta e acima de qualquer dúvida razoável, para que se evitem perseguições e vinditas, próprias dos falsos moralistas e tiranos. A vida do cidadão, agente público, não pode ser transformada num pesadelo de virtudes.[57]

Nesse contexto, usa-se como parâmetro o art. 72, I, da Lei Complementar nº 15/96, que dispõe o seguinte:

[57] Reis Novais, Jorge. Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria, Ed. Coimbra, 2006, p. 102.

> Art.72 – São deveres dos Membros do Ministério Público, além de outros previstos em Lei:
>
> **I- MANTER ILIBADA CONDUTA PÚBLICA E PARTICULAR;** (destaque nosso).

Da leitura do enunciado linguístico, que só pode ser perfeitamente compreendido e interpretado em cotejo com um dado da realidade fenomenológica, logo se percebe tratar-se de um dever moral, que comporta numa sociedade multicultural uma variedade de sentidos.

Porém, a pré-compreensão antecipa – **veja-se a decisão transcrita** - as várias situações nas quais é possível enquadrar o membro do Ministério Público que não mantém conduta ilibada. O verbo manter tem o sentido de conservar, que não se satisfaz com uma conduta isolada. Quem pensa o contrário, com a devida vênia, ultrapassa a moldura legal, agindo com discricionariedade, conduta incompatível com a interpretação de normas restritivas. Trata-se de questão doutrinária e hermenêutica.

De acordo com a tradição histórica em que se encontra inserido o intérprete, o indivíduo que não tem conduta ilibada é um dissoluto, desonesto, corrupto, assassino de jovens, estuprador de crianças, servidor proxeneta, frequentador de casa de prostituição, ou que incide em embriaguez contumaz[58] no serviço, entre outras significações do mundo da vida, do mundo aí, e não aquele que exerce de forma moderada a liberdade de expressão, que não é vedada ao membro do Ministério Público.

A impetrante do MS n. 22.645/DF percebeu por 12 anos benefício previdenciário de sua falecida genitora, sendo ela do quadro da advocacia da União. Tal caso deixa patente que o enquadramento do agente público em infração moral não se faz por subsunção, à pressão. A hermenêutica ontológica é importante instrumental de interpretação das faltas disciplinares, que não podem ser aplicadas por subsunção.

Não se pode fazer uso da discricionariedade, por exemplo, para dizer que um indivíduo que se expressa numa rede social fechada, instando a prestação de contas de um agente político, sem uso de termos pejorativos e de baixo calão, tem reputação maculada, quando não consta em vários anos de carreira nada que o desabone.

O administrador deve velar pela coisa pública, pois administra o que não lhe pertence. Trata-se de prática comum na Administração Pública. O caso seria diverso se o membro do Ministério Público houvesse proferido contra o agente palavras de baixo calão ou expressões outras incompatíveis com o padrão da comunidade política da qual faz parte.

A propósito, o CNMP aplicou uma singela pena de advertência a um ex-membro do Ministério Público de Alagoas que proferiu as seguintes palavras em sua rede social *Facebook* contra os membros do Congresso Nacional. Veja-se:

[58] Araújo, Edmir Netto de. O Ilícito Administrativo de seu Processo, Ed. RT, 1994, p.63.

> 1. Se gradear vira zoológico; 2. Se murar vira presídio; 3. Se cobrir de lona vira circo; 4. Se botar luz vermelha vira puteiro; 5. Se der descarga não sobra ninguém! (José Simão), tendo grafado, ao lado, a seguinte mensagem: Não chamo isso de cabaré porque as prostitutas merecem mais respeito que os ratos que frequentam esse esgoto.

A toda evidência, as expressões proferidas pelo ex-membro do Ministério Público de Alagoas não guardam compatibilidade com as funções do cargo que ocupava, não estando albergadas pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão. No caso, o agente público também era integrante do Gaeco.

Diga-se de passagem, que a jurisprudência administrativa do CNMP, hoje em posição de retraimento, tem julgados garantistas em relação ao direito à liberdade de expressão pelo membro do Ministério Público. Veja-se a REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR Nº 1.00475/2018-97, caso temático e mais agudo, um *hard case,* assim ementado:

> REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. MANIFESTAÇÃO PÚBLICA EM GRUPO FECHADO DA REDE SOCIAL FACEBOOK. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA PROFERIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA. EXERCÍCIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE CRÍTICA. MANIFESTAÇÃO ALBERGADA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA MODIFICAR A DECISÃO CONDENATÓRIA E ABSOLVER O PROMOTOR DE JUSTIÇA.

No caso enfocado, o promotor de Justiça, manifestando-se num grupo fechado de uma rede social na internet, proferiu as seguintes assertivas:

> **"A 'Cultura dos Afastamentos' para o Executivo prossegue...**
> O procurador-geral de Justiça, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 217, § 1º, da Lei Complementar 734, de 26 de novembro de 1993, autoriza o afastamento do 2º promotor de Justiça de Presidente Prudente (...), da Parte Permanente do Quadro do Ministério Público, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, artigo 1º, inciso IV, alínea 'b', sem prejuízo dos vencimentos e das demais vantagens de seu cargo, para concorrer ao cargo eletivo de Prefeito Municipal de Presidente Prudente, a partir de 2 de junho de

> 2016, até o término de sua participação no pleito eleitoral." (Protocolado nº 70.792/2016-MPESP).
> **"sem prejuízo dos vencimentos??? Nova modalidade de férias e vc ganha uma campanha custeada ainda que indiretamente pelo MP... uma vergonha!"** (grifo nosso).

Por tal manifestação, foi condenado na instância de origem. Ingressou com pedido de revisão. Em seu robusto voto, acolhido pelo Pleno do CNMP, o ilustre conselheiro Sílvio Roberto Oliveira de Amorim Júnior trouxe a seguinte posição:

> Note-se que a liberdade de expressão, em última análise, constitui elemento fundamental para a construção da Democracia, porquanto assegura que mesmo as ideias minoritárias possam ser manifestadas e debatidas publicamente no âmbito da sociedade.
> Pensar diversamente, a meu ver, seria conspurcar os vetores seminais do Estado Democrático de Direito, do Princípio Republicano e da liberdade de expressão e pensamento.

O intérprete deve seguir adiante e colher o entendimento de Dworkin: "o senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição".[59]

Em obra clássica, esclarece o autor luso Jónatas Machado: "Para além de ser uma manifestação por excelência da autonomia racional e moral prática dos indivíduos, este direito fundamental tem um relevo básico e uma posição preferencial na ordem constitucional, na medida em que constitui um pressuposto para a própria construção e manutenção discursiva dos seus princípios estruturantes e dos direitos fundamentais em geral".[60]

Em trecho lapidar de sua obra, pontifica o autor: "Verifica-se uma conexão interna entre o princípio democrático e o princípio do Estado de direito. Compreende-se que a função de fiscalização ou o valor de controlo de actividade governativa realizada pela liberdade de expressão possa e deva ser compreendida também por referência a este último princípio. As liberdades da comunicação constituem mecanismos fundamentais de **crítica** e controlo do exercício dos poderes públicos".[61]

[59] Dworkin, Ronald. Uma questão de princípio, 3ª ed., Ed. Martins Fontes, 2019: "e essa concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas e que maneira (o paralelo com a interpretação literária também é válido aqui)", p.241.
[60] Machado, E. M. Jónatas. Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social, Ed. Coimbra, 2002, p.9.
[61] Idem, p. 266.

Por seu turno, anota Prado Lopes: "Pode-se dividir o conceito de **censura** em um sentido estrito e em um sentido amplo. Censura em sentido estrito seria a restrição prévia à liberdade de expressão, realizada por autoridades administrativas, que resulta na vedação à veiculação de um determinado conteúdo".[62]

Disserta Medrado: "A posição de **preferência** da liberdade de expressão aduzida pelo Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130/DF foi também reivindicada dois anos depois na ADPF 187/DF. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux afirmou que "é certo que a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie,* maior".[63]

O Direito de crítica por questões de interesse coletivo não pode ser cerceado por uma regra estatutária subalterna, principalmente quando não existe má-fé, culpa ou dolo, sob pena de se inverter o ordenamento jurídico, revirando-se o vértice da pirâmide normativa. Instaurar processo administrativo disciplinar sem objeto idôneo constitui abuso de poder e/ou de finalidade. Quem age de acordo com o Texto Magno e dentro do âmbito de proteção do direito fundamental não pratica ilícito administrativo.

Segundo Prosper Weel, o critério de se encontrar ou não o funcionário no exercício de suas funções é determinante na avaliação do grau de sua liberdade de expressão.[64] Excepcionam-se as atividades policiais.

A expressão manter conduta ilibada na vida privada é um verdadeiro poço sem fundo hermenêutico, cabe tudo que o intérprete subjetivamente cogitar. A Moral abrange um universo mais extenso que o Direito. Corrre-se o risco, na feliz expressão de Tornaghi, de se transformar a infração disciplinar em um mero **PECADO.** A vinculação entre a falta privada e o serviço público deve ser ontologicamente justificada, não basta acoplar palavras ao texto da norma. Trata-se de um poder sem limites concedido à autoridade administrativa.

O agente do Ministério Público tem o dever de prestar contas à sociedade, conforme admitido pelo CNMP, sobre inquéritos e ações em curso, jungido ao dever da verdade. Não pode distorcer ou sonegar provas favoráveis ao arguido, e tampouco antecipar resultado. O Estado acusador tem o dever da verdade, num Estado Democrático de Direito. Contudo, reitere-se, não pode explicitar o resultado do feito antes da sentença, embora possa discorrer sobre as medidas adotadas, quando não resguardadas pelo sigilo legal.

[62] Prado Lopes, Eduardo Lasmar, Um Esboço das Biografias no Brasil: A Liberdade de Expressão, A personalidade e a Constituição de 1988, Ed. Almedina, 2015: "Esse é significado mais tradicional do termo e seu conteúdo envolve um controle preventivo das mensagens comunicativas que pretendem ser realizadas. A censura é o pior atentado contra a liberdade de expressão, incompatível com um regime democrático, tendo sido banida do ordenamento pela Constituição, de maneira absoluta", p.161.

[63] Medrado, Vitor Amaral. A Liberdade de Expressão e Justiça brasileira, 2ª ed., Ed. Dialética, 2019, p.79.

[64] Weil, Prosper. O Direito Administrativo, Ed. Almedina, 1977, p.72.

Todavia, seguindo o curso do tópico, aplicada uma sanção disciplinar sem fundamento idôneo, no sentido de que o imputado não é portador de **conduta ilibada,** uma acusação pejorativa que só pode ser atribuída ao agente público mediante provas e fatos robustos, extraídos da tradição, pois a gravidade da imputação degrada a reputação e o conceito do arguido perante a sociedade. O controle judicial da decisão e do processo disciplinar deve ser forte.

São raros os operadores do direito que distinguem privacidade, intimidade e o direito de estar só,[65] matéria cujo desenvolvimento ultrapassa os limites deste estudo.

A propósito, encontra-se na jurisprudência do STJ o MS nº 26.694/DF, de 2021, que garante a sindicância dos atos administrativos ilegais com base no art. 2º da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), fazendo emergir a questão federal. Mas não só isso: aplica-se ao regime disciplinar do Ministério Público de Alagoas o art. 241 da Lei Complementar federal nº 75/93, além dos artigos 3º e 8º, entre outros, do CPC/2015 (art. 15). Ainda uma vez a causa é aparelhada para a interposição de recurso excepcional. Faz-se o prequestionamento.

Por outro lado, ao se constatar a inocência do agente público, este deve ter os seus direitos restabelecidos, consoante robusta justificação do intérprete, que reconhece o direito à manifestação de pensamento. Tal justificação não se confunde com as teorias da argumentação, subjetivistas, doutros aportes doutrinários. Na metáfora de Dworkin, o intérprete, acompanhando a sequência da uma obra literária, constrói um novo capítulo e não age de modo solipsista.

É necessário indagar: qual o posicionamento da jurisprudência dos tribunais de superposição? Estes são refratários ao reexame das provas, mas podem ter outra compreensão sobre os fatos e as normas trazidas no bojo das sentenças e dos acórdãos dos tribunais de segundo grau, procedendo então a uma nova interpretação sobre o sentido do texto legal, com base nos fatos colacionados na justificação das decisões recorridas.

5 – Os conceitos jurídicos indeterminados no suporte fático da "norma" disciplinar e a súmula nº 665 do STJ[66]

A interpretação de conceitos jurídicos indeterminados pelo Poder Judicial não é algo novo, como foi sedimentado. É uma prática cotidiana, mormente quando se compreendem as expressões boa-fé, má-fé, justa indenização, ato atentatório à dignidade da justiça, bom pai de família, litigância predatória, entre outras.

[65] Costa Jr., Paulo José da. O direito de estar só – tutela penal da intimidade, 2ª ed., Ed. RT, 1995, p.14 e ss.

[66] "O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada." (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2023, DJe de 14/12/2023).

A Súmula nº 665 do STJ não pode ser interpretada de modo restritivo ou como um retraimento no controle dos processos disciplinares, desprezando-se o princípio da inocência e seu plexo de significações. É verdade que o Tribunal da Cidadania já teve entendimentos mais alinhados ao Estado de Democrático de Direito, assim como já realizou análises mais profundas dos processos disciplinares, exigindo a defesa técnica, por advogado, em tais feitos. O enunciado sumular admite a apreciação da sanção nas hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.

As decisões proferidas pelo ministro aposentado Napoleão Nunes Maia Filho são de significativo teor garantista e tratam os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, melhor refletindo a realidade sociopolítica do país, que se tornou mais brutal nos meandros da Administração Pública, reflexo dos movimentos autoritários que se manifestam em condutas às vezes ostensivas, às vezes sutis, no interior da estrutura de Estado brasileiro.

A propósito, disserta Warat:

> O comportamento dos homens é fortemente baseado na ideologia, que adquire a sua expressão máxima no sistema jurídico atual através de uma determinada estrutura linguística. Os setores que chegam ao poder consolidam a sua ideologia com o sistema jurídico, onde condicionam linguisticamente a ação social.[67]

Nesse passo, eis o substrato argumentativo do brilhante ministro Herman Benjamin ao julgar um caso envolvendo normas portadoras de conceitos jurídicos indeterminados:

> **Conceitos jurídicos indeterminados são imprescindíveis e inevitáveis na regulação de condutas humanas.** Encontram-se em todas as disciplinas do nosso ordenamento (inclusive no Direito Penal) e dos de outros países, com destaque para aqueles que modelaram e ainda influenciam nossa cultura jurídica. Realidade nacional e internacional, tão longeva quanto assentada, tais técnicas de redação legal asseguram que a norma exiba um mínimo de flexibilidade, de forma a acomodar, na sempre incompleta linguagem e nas fórmulas usadas pelo legislador, a diversidade de casos não positivados expressamente. **Por conseguinte, utópico imaginar ser possível legislar sem conceitos jurídicos indeterminados, mormente para a Administração Pública, contaminada por gestores ímprobos, em todos os setores e instâncias – felizmente como exceção –, assustadoramente criativos no vandalismo a padrões de ética e**

[67] Warat, Luis Alberto. Lenguaje y DefiniciónJuridica, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p.22.

> **lisura administrativas, na apropriação privada de recursos públicos e no assenhoreamento da máquina estatal para desígnios próprios escusos ou em favor de interesses de grupos privilegiados**. (EREsp nº 1.193.248/MG, relator Ministro Og Fernandes, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26/6/2019, DJe de 18/12/2020.).

Nas certeiras e judiciosas palavras do eminente Ministro e atual Presidente do STJ: "a Administração Pública, contaminada por gestores ímprobos, em todos os setores e instâncias – felizmente como exceção –, assustadoramente criativos no vandalismo a padrões de ética e lisura administrativas," ressaltou. O Direito contemporâneo não foge à faticidade, ao chão do átrio onde ecoa o bramido da multidão, como diria Nelson Hungria. Diante dessa ambiência da qual se fala, registrada com muita propriedade pelo Ministro do STJ, qual a razão para um exame superficial do processo administrativo disciplinar? Apesar de os tribunais de superposição não reexaminarem fatos e provas, impõe-se o dever da fundamentação, no bojo das sentenças e acórdãos dos tribunais de segundo grau, sendo hipótese de interposição de embargos declaratórios de prequestionamento, caso ocorram omissões, contradições ou obscuridades nas sentenças e acórdãos, quando da análise dos fatos e das leis fundamentais ao deslinde da causa.

Castanheira Neves, consagrado jurista coimbrão, após tecer consideração sobre a discricionariedade no sentido adotado neste estudo, arremata: "É certo que nem todos os conceitos legais se oferecem com o mesmo grau de determinação, em termos de permitirem uma inequívoca subsunção. Mas todos eles (sem excluir os 'conceitos de valor' e as 'cláusulas gerais') são interpretáveis, já com apoio nos elementos que a norma imediatamente ofereça (...), já recorrendo a fontes subsidiárias de integração de sentido: os critérios e regras da experiência, os valores e os juízos culturais dominantes na consciência jurídica geral".[68]

Em seguimento ao raciocínio, o autor categoriza os conceitos jurídicos indeterminados entre as questões de direito. O ministro aposentado do STF, o jurista Eros Grau, nega a existência de conceitos jurídicos indeterminados.[69]

Na seara disciplinar, há fatos mistos quando não se pode separar o fato do direito. A matéria, que é bastante sutil, foi muito bem analisada pelo autor lusitano Castanheira Neves. Sobre o tema, discorre Knijnik: "O denominador comum de todos esses casos radica num único ponto: a determinação do quadro fático e a determinação das normas jurídicas não (são) separáveis, pois saber, por exemplo, se houve ou não um 'ato de insubordinação', para daí avaliar-se a legalidade de um ato demissório (...). Assim, ou o

[68] Castanheira Neves, António. Questão de Facto-Questão de Direito ou Problema Metodológico da Juridicidade, Livraria Almedina, 1967,p. 406.
[69] Grau, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas, Ed. RT, 1988, p. 72 e ss.

Tribunal Superior, nesse caso, abdica de sua missão e permite uma jurisprudência desordenada, ou terá de enfrentar a matéria".[70]

Os termos jurídicos indeterminados podem ser controlados pelo Poder Judicial, por serem apreendidos mediante interpretação, sem tisnar o princípio da separação dos poderes.[71]

A Súmula nº 665 do STJ, na óptica adotada neste estudo, não pode representar um retrocesso no sentido da preservação dos direitos fundamentais. Hoje o servidor barnabé, amanhã o agente de regime vitalício.

Mesmo numa visão intermédia, encontram-se alguns acórdãos do STF e do STJ que controlam a aplicação de sanções disciplinares através da razoabilidade e da proporcionalidade, além de sindicar os demais elementos do ato administrativo exarado na ambiência do processo disciplinar. A propósito:

> **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.320.412 ALAGOAS**
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LICENCIAMENTO EX-OFFICIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. ILEGALIDADE. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. OFENSAAO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.
>
> **1. Nos termos da orientação firmada no STF, o controle jurisdicional do ato administrativo considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes, sendo permitido, inclusive, ao Judiciário sindicar os aspectos relacionados à proporcionalidade e à razoabilidade.**
>
> 2. Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem demandaria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF.

[70] Knijnik, Danilo. O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça, Ed. Forense, 2005, p.174.

[71] Marques, Mauro Campbell; Arruda Alvim, Eduardo. Recurso Especial, 3ª Ed., Ed. Direito Contemporâneo, 2025, p. 276.

> 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Mantida a decisão agravada quanto aos honorários advocatícios, eis que já majorados nos limites do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC. **30/8/2021.** (grifo nosso).

Portanto, sem ferimento ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judicial deve exercer um controle forte, principalmente nas hipóteses de aplicação de normas portadoras de conceitos jurídicos indeterminados, que são concretizados através da interpretação/aplicação. Não se trata de se substituir ao administrador, mas da aplicação do Direito com respeito à integridade e à coerência, conduta de reverência aos direitos e garantias fundamentais e, sobretudo, ao Estado Democrático de Direito.

Noutro giro, o STF e o STJ já reconheceram a incidência do princípio do juiz natural no âmbito dos processos disciplinares. Uma decorrência inevitável deste princípio é a proibição do juízo de exceção, pois não é possível se reconhecer uma garantia pela metade.[72] Conhecido o recurso especial e constatado na lei de regência o desrespeito à proibição do juízo de exceção, a inconstitucionalidade pode ser aferida pelo próprio Tribunal da Cidadania, em controle difuso.[73] Os membros do Ministério Público de Alagoas não podem ser julgados de modo distinto de os promotores e procuradores de Justiça paulistas, há manifesto ferimento ao princípio da igualdade.

Com restou afirmado noutro espaço, a garantia contra o juízo de exceção, decorrência do princípio do juiz natural, é matéria de ordem constitucional que não pode ser relegada à legislação subalterna, pois as peculiaridades da Administração Pública brasileira são conhecidas pelo Tribunal da Cidadania, como explicitou o nobre Ministro Herman Benjamin, em decisão acima referida, contribuindo para gerar diferentes decisões para situações idênticas ou assemelhadas, ferindo a coerência e integridade constitucional.

Ademais, em obra acima citada, o ilustre Ministro Mauro Campbell asseverou: "Não poderá o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do recurso especial, sob o fundamento de reavaliar a subsunção do fato à norma quando esta traga conceitos vagos, reexaminar fatos, **mas poderá avaliar se dos fatos, tais como tenham sido retratados pelo tribunal a *quo,* é possível extrair as consequências expressas na decisão recorrida".**

6 – Da conclusão

Este estudo cuidou da problemática do Poder Disciplinar do inimigo e suas várias nuances, valendo-se da Crítica Hermenêutica do Direito com o fito de desvelar e estabelecer um melhor controle da interpretação/aplicação das regras instituidoras das infrações e sanções disciplinares, no âmbito da Administração Pública, que tem causado ao

[72] Nery Junior, Nelson. Princípios do Processo na Constitutição Federal, 13ª Ed., Ed. RT, 2017, p. 169.
[73] Mancuso, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 14ª Ed., Ed. RT, 2018, p. 46.

agente público situação de vulnerabilidade e retraimento no exercício das funções, condições que favorecem os infratores da lei e a prática da corrupção.

Restou marcado, que o Direito no Brasil vem atravessando uma fase de grandes mudanças, nem sempre no sentido do progresso civilizatório e dos valores democráticos. Os eventos sociais e políticos contemporâneos têm influído decisivamente na interpretação das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais *lato sensu,* ora no sentido da indevida restrição, ora na ultrapassagem dos conteúdos de base do texto, apesar das peculiaridades do contexto histórico.

Neste esforço teórico, realizou-se um verdadeiro giro emancipatório, desligado do paradigma positivista que ainda prevalece no âmbito dos processos administrativos e judiciais, tendo por consequência um imensurável voluntarismo interpretativo, incompatível com o regime democrático, que tem entre seus pilares o princípio da igualdade.

Fez-se adesão aos aportes teóricos do jurista gaúcho Lenio Streck e, principalmente, ao manejo da hermenêutica ontológica no ato de interpretação/aplicação do Direito. O autor, com supedâneo nos aportes filosóficos de Heidegger e Gadamer, reconhece a distinção de texto e o sentido do texto, mas não admite a cisão do ato interpretativo, realizado no interior do círculo hermenêutico-ontológico, com e pela linguagem.

O intérprete, o ser aí, não pode ser separado da sua realidade existencial, da tradição, a partir da qual passa a compreender o mundo e os sentidos das coisas, formando sua pré-compreensão, que não se confunde com o senso comum teórico dos juristas, tampouco com preconceitos, visões do mundo e pré-juízos inautênticos.

No ato interpretativo, com base na pré-compreensão, o sujeito atribui sentido ao texto jurídico, antecipando a compreensão, no interior do círculo hermenêutico. O intérprete entabula verdadeiro diálogo com o texto, imerso na faticidade da vida, retirando desse acontecer a norma (regra ou princípio) aplicável ao caso concreto.

Lenio Streck, forte na doutrina do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, defende uma única resposta adequada para a hipótese em julgamento, mesmo nos casos difíceis, visando garantir a congruência e a integridade do Direito. Na metáfora do jusfilósofo norte-americano, o intérprete escreve um novo capítulo de um romance, tomando por esteio os escritos anteriores da obra, com os quais deve haver congruência, preservando a integridade da sua criação, afastando-se do voluntarismo, da postura solipsista.

Restou consignado que o Direito Administrativo é um ente fenomenológico, sendo de fundamental importância o entendimento dos aportes teóricos e da ideologia política que estiveram na base de sua formação, com reflexos significativos na doutrina contemporânea, principalmente em relação ao Poder Disciplinar da Administração Pública. O intérprete deve percorrer o chão linguístico da tradição.

Com base na comunidade de princípios constitucionais, que lançou luzes sobre a

processualização do Direito Administrativo, chegou-se ao entendimento acerca da inconstitucionalidade do regime disciplinar do Ministério Público de Alagoas, principalmente por ferir o princípio do juiz natural e seus contornos.

Avançou-se na interpretação dos textos normativos previstos nos estatutos disciplinares dos agentes públicos. A hermenêutica ontológica, ao se aproximar do mundo do ser aí, e não da essência do ser, num conceito metafísico, possibilita uma melhor compreensão do caso concreto e a interpretação do sentido do texto (norma), de modo compatível com a Constituição.

Fez-se uso das disposições da Lei Complementar nº 15/96, Lei Orgânica do Ministério Público de Alagoas, para interpretar as disposições disciplinares de conteúdo moral com o aporte na hermenêutica ontológica, demonstrando-se o equívoco da mera subsunção, conforme a jurisprudência do STJ e do CNMP, preservando-se a coerência e a integridade do Direito.

Foi demonstrada a irracionalidade da legislação pertinente ao direito administrativo disciplinar, tendo em conta o ordenamento jurídico nacional.

Procedeu-se à imersão na jurisprudência dos Tribunais Superiores, momento em que restou assente que o novo enunciado sumular do STJ não pode ser interpretado como um retraimento no controle do processo disciplinar. Admitiu-se a sindicância dos atos administrativos através dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o escrutínio da sanção administrativa, "(n)as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada", conforme a Súmula nº 665 do Tribunal da Cidadania.

Por fim, reconhece-se que o objetivo do estudo foi atendido, na certeza acadêmica de que a problemática continua aberta a novos aportes teóricos, que irão irradiar mais luzes sobre a questão, no eterno evoluir do Direito.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed., Ed. Malheiros, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2011.

ARANGO, Rodolfo. ?Hay respuestas correctas en el derecho? 2ª ed., Ed. Siglos del Hombre, 2016.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O Ilícito Administrativo de seu Processo, Ed. RT, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal, 8ª ed., Ed. RT, 2020.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar, Ed. Max Limonad, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo, 9ª ed. Saraiva, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas, Ed. Fórum, Org. Alexandre S. de Aragão, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 26ª ed., Ed. Malheiros, 2011.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, Curso de Direito Administrativo, 6ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1961.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Ed. Almedina, 2000.

CASTANHEIRA NEVES, António. Questão de Facto-Questão de Direito ou Problema Metodológico da Juridicidade, Livraria Almedina, 1967.

CASTRO NEVES, José Roberto. O Processo. In: O que os Grandes Livros ensinam sobre Justiça, Ed. Nova Fronteira, 2019, Ebook.

COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só – tutela penal da intimidade, 2ª ed., Ed. RT, 1995.

COUTO, Reinaldo. Direito Disciplinar – Poder Público v. Servidor, 4ª Ed., Ed. Juspodivm, 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais, 2ª Ed., Ed. RT, trad. Luiz Regis Prado, 2016.

DWORKIN, RONALD. Uma questão de princípio, 3ª ed., Ed. Martins Fontes, 2019.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. Servidores Públicos, 2ª Ed., Ed. Malheiros, 2008.

FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, 17ª Ed., Ed. Saraiva, 2022.

GADAMER, Hans-George, Verdade e Método I, 15ª ed., Ed. Vozes, Trad. Flávio Paulo Meurer, 2024.

GARCIA, Emerson. Ministério Público, organização, atribuições e regime jurídico, 6ª ed., Ebook, 2017.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar, Ed. América Jurídica, 2008.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Jurisdição e Competência, 18ª Ed., Ed. Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio sobre Interpretação/Aplicação do Direito, 5ª ed. Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas, Ed. RT, 1988.

GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia, Idp, Ebook, 2023.

HÃBERLE, Peter. Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional, Ed. Fabris, Trad. Urbano Carvelli, 2008.

HEIDEGEER, Martin. Ser e Tempo, 10ª ed., Ed. Vozes, Trad. Márcia Sá Cavalcante, 2024.

KNIJNIK, Danilo. O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça, Ed. Forense, 2005.

MACHADO, E. M. Jónatas. Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social, Ed. Coimbra, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 14ª Ed., Ed. RT, 2018.

MARQUES, Mauro Campbell; Arruda Alvim, Eduardo. Recurso Especial, 3ª Ed., Ed. Direito Contemporâneo, 2025.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar. Revista de Direito Administrativo, nº 16, ano 5, Ed. RT, 2021.

MAUS, Ingeborg, O Judiciário como superego da sociedade, ed. Lumen Juris, Trad. Geraldo Carvalho, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, 8ª ed., Ed. Saraiva, 2014.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. Direito Administrativo Sancionador, 10ª Ed., Ed. RT, 2025.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 3ª ed., Ed. Fórum, Ebook, 2021.

MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional, Ed. Saraiva, 2018.

MEDRADO, Vitor Amaral. A Liberdade de Expressão e Justiça brasileira, 2ª ed., Ed. Dialética, 2019.

MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. Imparcialidade da Jurisdição, Ed. Singular, 2018, Ebook.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constitutição Federal, 13ª Ed., Ed. RT, 2017.

NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador, 4. Ed. Tecnos, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. Limites dos Direitos Fundamentais, Ed. Almedina, 2021.

PRADO LOPES, Eduardo Lasmar, Um Esboço das Biografias no Brasil: A Liberdade de Expressão, A personalidade e a Constituição de 1988, Ed. Almedina, 2015.

PRATES DA FONSECA, Tito. Lições de Direito Administrativo, Ed. Freitas Bastos, 1943.

RABELAIS, François. O Terceiro Livro e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel, Trad. Élide Valarini Oliver, Ed. Unicamp, 2006.

REIS NOVAIS, Jorge. Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria, Ed. Coimbra, 2006.

RÜTHERS, Bernd. La revolución secreta, Marcial Pons, Trad. Francisco Zamora, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal, 3ª ed., Ed. RT, Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2013.

STRECK, Lenio. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 11ª Ed., Ed. Livraria do Advogado.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil – coerência e integridade, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes Judiciais e Hermenêutica – O sentido da vinculação no

CPC/2015, Ed. Juspodivm, 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica, 4ª Ed., Ed. RT, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Direfença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In Direito e Poder – Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos, 1ª Ed., Ed. Manole, Cord. Heleno Tavares Tôrres, 2005.

STRECK, Lenio. Lições de Hermenêutica do Direito, Ed. Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional, 7ª ed., Ed. Forense, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme a minha consciência?, Ed. Livraria do Advogado, 2010.

TORNAGHI, H. Bastos. A Questão do Crime Formal, Ed. Coelho Branco, 1944.

VIANA, Davi Tavares. A instrumentalização nazista do direito no Terceiro Reich. In: https://www.conjur.com.br/2025-mar-19/a-instrumentalizacao-nazista-do-direito-no-terceiro-reich/, acesso em 19 de março de 2025.

WARAT, Luis Alberto. Lenguaje y DefiniciónJuridica, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

WEIL, Prosper. O Direito Administrativo, Ed. Almedina, 1977.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 3ª ed., Ed. Atlas, 2012.

Autocomposição estrutural

Humberto Pimentel
Lean Araújo

1. Introdução

O acesso à Justiça é um pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, constituindo um item essencial para a efetivação da cidadania. Segundo Enio Moraes da Silva, dentre os valores e princípios que envolvem o Estado Democrático de Direito, estaria a existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos con-flitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado[1]. No Brasil, esse acesso tem passado por transformações significativas, impulsionadas por movimentos teóricos e práticos que buscam ampliar e aprimorar a forma como os indivíduos, coletividades (determinadas ou indeterminadas) e instituições (públicas e privadas)alcançam soluções para os seus conflitos. A evolução do acesso à Justiça pode ser ilustrada por meio das chamadas ondas renovatórias, conceito introduzido por Mauro Cappelletti[2], que descreve etapas distintas e complementares na busca por um sistema mais inclusivo e eficaz.

Este artigo usa o conceito de ondas renovatórias no contexto brasileiro, desta-cando a importância do Ministério Público na construção de um sistema que não somente amplia o acesso à Justiça, mas também busca soluções mais modernas e eficientes para os desafios contemporâneos. Desde a assistência jurídica gratuita até a promoção de métodos consensuais de resolução de conflitos, cada fase representa um esforço contínuo para aprimorar o acesso à Justiça, que não mais significa apenas acesso ao Poder Judiciário. A resolutividade é uma prática incentivada e orientada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dentre várias publicações nessa linha divulgou o Manual de Resolutividade[3].

[1] SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/794/R167-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 7 fev. 2025.
[2] CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Conferência do Prof. Mauro Cappelletti, proferida no Plenário da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Tradução de Tupinambá Pinto de Azevedo, não revista pelo conferencista. Disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275676491.pdf. Acesso em: 7 fev. 2025.
[3] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Manual de Resolutividade do Mi-nistério Público. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/manual_de_resolutividade.pdf. Acesso em 3 fev. 2025.

Além disso, é trazido para o debate o processo estrutural, que está em vias de ser legalmente instituído no ordenamento jurídico brasileiro, mas que já existe de modo artesanal, inclusive no âmbito do STF. Trata-se de ferramenta inovadora, que busca dar respostas às complexas demandas sociais que ultrapassam as capacidades dos mecanis-mos tradicionais de resolução de conflitos. O Ministério Público desempenha um papel crucial nesse contexto, como facilitador do diálogo e induzidor de soluções consensuais. Sua atuação é fundamental na mediação entre as diversas partes, especialmente em questões que envolvem situações complexas ou políticas públicas de amplo impacto social.

O Ministério Público, com sua legitimidade natural para atuar em demandas estruturais, deve funcionar como um mediador e conciliador capaz de fomentar o equi-líbrio entre os interessados, em busca de aperfeiçoamento de políticas públicas, podendo influir no sentido de que os acordos alcançados sejam balanceados e sustentáveis. Disso decorre a necessária coordenação de tratativas com a pluralidade de partes envolvidas, notadamente com vários órgãos e entidades públicas. Almeja-se que nos próximos anos, em sede extrajudicial, com a facultativa homologação pelo Poder Judiciário para assegurar segurança jurídica e exequibilidade incontroversa em alguns dos diversos acordos possíveis, a utilização do inquérito civil estrutural, recomendações estruturais e termos de ajustamento estrutural de condutas, não apenas simplifique e acelere o caminho para a solução de conflitos complexos, mas também assegure que os acordos sejam respeitados em longo prazo.

2. Ondas renovatórias de acesso à justiça

No Brasil, observa-se que o acesso à Justiça tem sido bastante ampliado nas últimas décadas, em especial após a segunda metade do século passado. A doutrina majoritária, na esteira de Mauro Cappelletti[4], fala da existência de três grandes fluxos históricos, ou ondas renovatórias, que trouxeram novos institutos jurídicos e expectativas de alargamento e aprimoramento do acesso à Justiça. Não obstante, há estudos que reconhecem a existência de diversas outras ondas renovatórias, como em Marcos Oliveira[5] e, em coautoria, Maria Fernanda Stocco Ottoboni e Juliana Raquel Nunes[6].

[4] CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Conferência do Prof. Mauro Cappelletti, proferida no Plenário da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Tradução de Tupinambá Pinto de Azevedo, não revista pelo conferencista. Disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275676491.pdf. Acesso em: 7 fev. 2025.

[5] OLIVEIRA, Marcos. Sete Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jan-08/marcos-oliveira-sete-ondas-renovatorias-acesso-justica/. Acesso em:2 fev. 2025.

[6] OTTOBONI, Maria Fernanda Stocco e NUNES, Juliana Raquel. O acesso à justiça sob a perspectiva da sexta onda renovatória e o uso da tecnologia. Disponível em: https://www.academia.edu/106045361/O_Acesso_%C3%80_Justi%C3%A7a_Sob_a_Perspectiva_Da_Sexta_Onda_Renovat%C3%B3ria_e_O_Uso_Da_Tecnologia?email_work_card=view-paper. Acesso em: 10 fev. 2025.

A primeira onda renovatória do acesso à Justiça é percebida a partir do momento em que o Estado passa a disponibilizar a assistência judiciária às pessoas desprovidas de recursos suficientes. A locução "pobre na forma da lei" tornou-se conhecida e utilizada, referindo-se àqueles que não teriam condições de suportar os gastos do processo sem comprometer o sustendo de sua família. Desse modo, custas e despesas processuais, como eventual sucumbência e honorários advocatícios, deixaram de ser obstáculos ao acesso à Justiça pelos hipossuficientes econômicos. A implementação das Defensorias Públicas contribuiu para a consolidação da primeira onda renovatória de acesso à Justiça.

Em um segundo momento, por volta da década de 1980, os operadores do direito começaram a se deparar com o surgimento do processo coletivo. A Lei da Ação Civil Pública[7] trouxe grandes inovações, que receberam contribuições do Estatuto da Criança e do Adolescente[8] e do Código de Defesa do Consumidor[9]. Nessa quadra, o Ministério Público foi instado a participar de modo mais efetivo em defesa dos direitos transindividuais. A Constituição Federal de 1988[10], nesse sentido, atribuiu ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais, no caput do art. 127, tendo sido mais específica no inciso III do art. 129, ao estabelecer como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Desse modo, por meio da tutela coletiva de direitos, um grande número de pes-soas teve mais acesso à Justiça, a partir de ações civis propostas pelo Ministério Públi-co. Como exemplo, pode-se imaginar uma quantidade imensa de consumidores, que muitas vezes nem sequer conheciam os seus direitos, e foram beneficiados por decisões em face de grandes empresas. O mesmo se diga em relação a outras áreas defendidas por ações coletivas como meio ambiente, infância e juventude, saúde, educação etc.

Atualmente, no que se pode denominar terceira onda, percebe-se clara inclinação ao uso de novas ferramentas, que tendem a diminuir a formalidade processual e o tempo de espera pela solução dos conflitos. Procura-se mais eficiência e economia processual, com menor desgaste emocional e resultados construídos pelas partes, por meio da autocomposição.

Assim, passaram a fazer parte da rotina forense técnicas como a conciliação e a mediação. Destaca-se a inexistência de custas e a dispensa de advogados, no âmbito dos Juizados Especiais, salvo na hipótese de recurso. Não há dúvidas de que excelentes

[7] BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm. Acesso em:2 fev. 2025.

[8] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em:2 fev. 2025.

[9] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em:2 fev. 2025.

[10] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em:2 fev. 2025.

resultados têm sido obtidos com a Lei nº 9.099/1995[11], abrindo-se ainda mais o acesso da Justiça à sociedade. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a sua Resolução nº 125/2010[12], dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário que, dentre outras coisas, culminou com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs).

Mais recentemente, o Código de Processo Civil[13], em 2015, de modo expresso, em seu art. 3º, § 3º, estabeleceu que a conciliação, a mediação e outros métodos de so-lução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio de sua Resolução nº 118/2014[14], instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público.

Novos avanços surgiram na terceira onda renovatória, de modo que o acesso à Justiça deixou de ser sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. O Ministério Público, em relação a esse fato, desempenha papel muito importante, pois atua: 1 – na prevenção de litígios, 2 – na resolução de conflitos antes da existência do processo (fase extraprocessual) e, 3 – no curso de relações processuais (notadamente em ações coletivas), sempre por meio da busca de acordos construídos pelos interessados.

As soluções consensuais fomentadas pelo Ministério Público, que abrangem as três grandes vertentes referidas no parágrafo anterior, têm o objetivo de contribuir para a construção de uma ordem jurídica mais justa. Desde os primeiros Termos de Ajusta-mento de Condutas (TACs), firmados com empresas e pessoas jurídicas de direito pú-blico, em defesa de interesses difusos e coletivos, passando por conciliações e media-ções entre partes identificáveis ou não, até os mais modernos ajustes formulados em processos estruturais, que buscam a restruturação de políticas públicas deficientes, o Ministério Público revela-se um grande protagonista do aprimoramento do acesso à Justiça.

3. Processos estruturais

Tradicionalmente, os tipos de processos têm surgido a partir de previsões normativas positivadas no ordenamento jurídico. Assim foi com a ação popular[15] e com

[11] 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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 8 fev. 2025.

[12] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf. Acesso em: 8 fev. 2025.

[13] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm. Acesso em: 8 fev. 2025.

[14] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 8 fev. 2025.

[15] BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 8 fev. 2025.

aação civil pública, por exemplo. Esse panorama consolidado foi amplamente aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tornando impensável durante muito tempo conceber uma alternativa a essa tradição.

Não obstante, novos problemas, frequentemente sem precedentes, necessitam de soluções inovadoras e ágeis. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", assegurando assim a plena jurisdição. Isso significa que compete ao Poder Judiciário apreciar qualquer demanda destinada à defesa de direitos violados ou ameaçados.

Nesse contexto, a jurisdição plena vai além da simples previsão de que a legislação não poderá excluir temas da análise judicial. Ela indica que o Poder Judiciário deve responder de forma eficaz às questões apresentadas, mesmo na ausência de instrumentos processuais específicos sobre o assunto. Desse modo, a falta de regulamentação não deve constituir um obstáculo ao desenvolvimento de soluções apropriadas para as demandas concretas.

Os processos estruturais nascem nesse cenário, revelando que os métodos tradi-cionais, processos individuais ou coletivos, têm se mostrado incapazes de solucionar plenamente as demandas da sociedade contemporânea. Essa nova modalidade processual procura atenuar estados de coisas marcados pela ilicitude permanente, em especial quando envolvem a ineficiência de políticas públicas, para almejar a instituição ou o restabelecimento do que está preconizado pela Constituição Federal. São enfrentadas situações amplas e contínuas, inaceitáveis sob múltiplos aspectos, com destaque para os da cidadania e da dignidade da pessoa humana[16]. Destacam-se, os processos estruturais, pela adoção de técnicas inovadoras, especialmente em relação aos pedidos formulados, às formas de decisão e à possibilidade de flexibilização dos procedimentos. Tudo isso, saliente-se, sem previsão legislativa.

A busca por soluções não previstas no ordenamento jurídico encontrou suporte no uso de arguições de descumprimento de preceito fundamental, no âmbito do Supre-mo Tribunal Federal. Exemplo significativo é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental(ADPF) nº 347[17], que trata do sistema carcerário brasileiro, sob a perspecti-va da violação massiva de direitos, com o reconhecimento de falhas estruturais a de-mandar a reformulação de políticas públicas penais e prisionais.O STF reconheceu a necessidade de intervenção judicial e de diálogo cooperativo para reformular políticas falidas e impossíveis de serem adequadamente tratadas por métodos jurídicos conven-cionais.

A Presidência do STF criou o Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NU-PEC)[18]. Em 2 de fevereiro de 2025, o referido núcleo contava com 14 Notas Técnicas produzidas, 22 decisões estruturais/complexas com o apoio do Núcleo, 57 audiências,

[16] Art. 1º, incisos II e III da Constituição Federal.
[17] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Disponível em:https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 25 jan. 2025.
[18] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NU-PEC.

reuniões e visitas técnicas. Dos 16 processos em monitoramento na ocasião, além da já referida ADPF 347, destacam-se também a ADPF 635[19] (omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial), a ADPF 709[20] (tutela do direito à vida e à saúde de povos indígenas face à pandemia da COVID-19), a ADPF 760[21] (falhas estruturais na atuação governamental sobre política de preservação do bioma amazônico, terras indígenas e unidades de conservação) e a ADPF 991[22] (omissão estrutural do poder público na proteção constitucional dos povos indígenas isolados e de recente contato).

Por ser o Brasil um país em desenvolvimento, há problemas estruturas relativos às mais diversas áreas de interesse social. Um elemento crucial nos processos e struturais é a autocomposição, que se refere à resolução de conflitos por meio do consenso entre as partes envolvidas. Dada a complexidade inerente aos processos estruturais, que geralmente abrangem políticas públicas e questões de amplo impacto social, a autocomposição torna-se uma ferramenta eficaz e desejável para a resolução de conflitos. Com a autocomposição, as partes são incentivadas a cooperar e negociar, promovendo soluções mais efetivas e sustentáveis, adaptadas às necessidades específicas de cada caso. Isso não apenas simplifica o processo, mas também aumenta a probabilidade de os acordos serem respeitados em longo prazo, uma vez que todas as partes envolvidas participaram ativamente da construção da solução.

O Ministério Público tende a ter uma posição central nos processos de cunho estrutural, pois sua atuação irá além da mera propositura de ações, devendo envolver-se ativamente na facilitação do diálogo entre as partes e promovendo soluções consensuais. Além disso, poderá identificar as melhores práticas e atuar como mediador especializado, influindo no sentido de que as providências administrativas, legislativas e judiciais buscadas sejam aplicadas de maneira eficiente.

Nesse sentido, foi elaborada a Proposta de Resolução nº 5/2023[23] do CNMP, ainda vigente em 8 de fevereiro de 2025, que objetiva regular o papel do Ministério Público nos processos de caráter estrutural.

De acordo com o *caput* do art. 1º da referida proposta, o membro do Ministério Público deve:

[19] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502. Acesso em: 2 fev. 2025.
[20] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709. Disponível: em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986. Acesso em: 2fev. 2025.
[21] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993. Acesso em: 2fev. 2025.
[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6437270. Acesso em: 2fev. 2025.
[23] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Proposta de Resolução nº 5/2023. Dispõe sobre a Atuação Estrutural no Ministério Público brasileiro. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROP_RES_ATUACAO_ESTRUTURAL_MP.pdf. Acesso em: 8 fev. 2025.

> atentar para a identificação de problemas estruturais, consubstanciados em conjuntura fática que indica a violação sistemática ou repetitiva de direitos fundamentais, ausência ou ineficiência de políticas públicas relacionadas a direitos e interesses cuja tutela seja de atribuição do Ministério Público, ou, ainda, a situações fáticas cujo alcance social, legal, geográfico ou territorial demonstre a necessidade de apuração sob enfoque amplo, de modo a abarcar situações análogas cujo tratamento pontual se mostre pouco resolutivo, ineficiente, improdutivo ou inconveniente para a efetiva resolução das respectivas causas subjacentes.

O § 1º do mesmo artigo complementa:

> O problema estrutural se origina a partir de uma realidade que exige reorganização ou, em alguns casos, reestruturação substancial e se caracteriza pela existência de um estado ou situação de desconformidade estruturada, representando uma condição grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão, ainda que não necessariamente ilícita, no sentido de desviar-se do estado de coisas considerado ideal, constitucional ou convencional pelo ordenamento jurídico vigente.

A Proposta de Resolução, além da atuação estrutural, trata da atuação conjunta e integrada entre membros do Ministério Público, dos procedimentos administrativos, preparatórios e inquérito civil estrutural, da coleta de dados e indicadores de resolutividade e do georreferenciamento. Isso reflete a antecipação do Ministério Público às novas exigências do mundo contemporâneo, consolidando seu papel como facilitador no diálogo entre as partes e como defensor de ações que promovam mudanças estruturais positivas.

Quanto ao inquérito civil estrutural, no sentido de ser este mais versátil do que o processo judicial estrutural, Beatriz Duarte Correa de Brito[24] destaca que:

> Duas das características mais importantes do processo estrutural são a consensualidade e a flexibilidade e que podem ser totalmente aplicadas ao inquérito civil estrutural. A imposição de uma decisão estruturante pode levar ao fracasso da reestruturação. Por isso, a participação de todos os atores envolvidos é de extrema importância, tanto na delimitação do problema estruturante, quanto na definição do tempo e modo de execução da reestruturação.

[24] BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Inquérito Civil Estrutural: uma atuação eficaz do Ministério Público na tutela dos interesses difusos e coletivos. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 25 (2024). Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/599, p. 228. Acesso em 05 fev. 2025.

O Senado, por meio do Ato do Presidente nº 3/2024[25], instituiu comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil. O ante-projeto, entregue ainda em 2024[26], considera como objeto do processo estrutural o con-flito coletivo de significativa abrangência social, cuja solução demanda providências prospectivas, graduais e duradouras, com a prevalência de resoluções consensuais. Os problemas estruturais, por sua vez, seriam aqueles que não permitem solução adequada pelas técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, tendo elementos como multipolaridade, impacto social, natureza duradoura das intervenções necessárias, complexidade, existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão e intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.

À medida que a regulação legislativa evolui para adaptar-se à realidade e en-quanto doutrinadores e tribunais moldam novos paradigmas, os processos estruturais tenderão a ganhar mais força. Eles oferecerão respostas mais eficazes aos problemas contemporâneos e a desafios futuros, ainda desconhecidos. Nesse sentido, o olhar de Arthur Antônio Tavares Moreira Barbosa[27] é bastante apropriado:

> Em questões estruturais, na grande maioria das vezes o problema decorreu de razões históricas, mantidas ao longo dos anos, por vezes sem atuação dolosa dos envolvidos. E constatado o problema, o foco do inquérito civil estrutural deve ser a possibilidade de melhoria da situação analisada, de forma prospectiva.

A autocomposição estrutural, de cunho dialógico e sob a condução extrajudicial do Ministério Público (inquérito civil estrutural), em alguns casos, pode ser uma alternativa mais compatível com o Princípio da Separação dos Poderes do que o controle jurisdicionalde políticas públicas.

[25] SENADO FEDERAL (Brasil). Ato do Presidente do Senado nº 3, de 2024. Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil. Disponível em: https://adm.senado.leg.br/normas/ui/pub/normaConsultada;jsessionid=7D0A396362A656ABB23F31486EDB8CBE.tomcat-?0&idNorma=14382571. Acesso em: 1 fev. 2025.

[26] SENADO FEDERAL (Brasil). Comissão de juristas aprova anteprojeto de lei sobre processo estrutural. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/10/31/comissao-de-juristas-aprova-anteprojeto-de-lei-sobre-processo-estrutural. Acesso em: 1 fev. de 2025.

[27] BARBOSA, Arthur Antônio Tavares Moreira. Inquérito civil estrutural: proposta de uma nova forma de atuação do Ministério Público a partir do direito à educação. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-17042024-102558/publico/5699698DIC.pdf. p.62. Acesso: em 8 fev. 2025.

4. Autocomposição e Administração Pública

A autocomposição tem se tornado cada vez mais presente na administração pública brasileira, o que pode se considerar uma evolução do direito administrativo em direção à consensualidade. O princípio constitucional da eficiência, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/1998[28], irradiou efeitos jurídicos em toda a administração pública, tendo gerado impactos interpretativos em regras e princípios de menor hierarquia normativa, em especial quando há potencial de contemplar o interesse social, por meio de uma gestão pública mais flexível, pragmática e eficaz. A autocomposição tem potencial para aperfeiçoar políticas públicas, desde que seja alcançado um equilíbrio que favoreça a todos os envolvidos.

O princípio da indisponibilidade do interesse público foi por muito tempo inter-pretado como uma vedação total a toda e qualquer forma de transigência governamen-tal, o que impossibilitava negociações e a construção de acordos, ainda que fossem mais benéficos para o Estado em longo prazo. Qualquer ato que implicasse disponibilidade de direito estaria vedado ou deveria ser precedido de autorização legislativa. Segundo Luiz Flávio Gomes[29],

> a indisponibilidade do interesse público apresenta-se como medida do princípio da supremacia do interesse público. Explica-se. Sendo a supremacia do interesse público a consagração de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública, o princípio da indisponibilidade do interesse público vem firmar a ideia de que o interesse público não se encontra à disposição do administrador ou de quem quer que seja.

Não obstante, como consequência do princípio constitucional da eficiência no serviço público, o legislador foi aos poucos introduzindo mecanismos que mitigaram as forças da antiga presunção absoluta de indisponibilidade. O Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, no § 3º do seu art. 3º[30], impulsionou a cultura da solução consensual de conflitos, que permeia também a administração pública, incentivando

[28] 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: ...

[29] GOMES, Luiz Flávio. O que se entende pela indisponibilidade do interesse público?. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-se-entende-pela-indisponibilidade-do-interesse-publico/121922808. Acesso em: 9 fev. 2025.

[30] Art. 3º...

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

práticas de mediação e conciliação. A Lei de Mediação[31] dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Em seu Capítulo II, trata da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Em decorrência disso, muitos estados e municípios adotaram, em sua legislação acerca do processo administrativo, previsões relacionadas à resolução consensual de conflitos no âmago da administração pública. A Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021[32], em seus arts. 151 a 154, trata dos meios alternativos de resolução de controvérsias, onde estabelece que poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Por outro lado, surgiram os acordos de não persecução penal (ANPP), cível (ANPC) e disciplinar (ANPD), todos consistentes na aceitação de certa transigência no tocante ao direito de punir do Estado, nas esferas criminal, cível (improbidade administrativa) e administrativo-sancionador.

Com efeito, ouso da autocomposição promove soluções mais rápidas para conflitos que poderiam ser muito mais dispendiosos e demorados. Além disso, soluções acordadas tendem a ser mais flexíveis e personalizadas às necessidades das partes envolvidas. A autocomposição na administração pública é um grande desafio, por conta da resistência cultural e do regime jurídico diferenciado, em que deve prevalecer a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Ocorre que as abordagens colaborativas muitas vezes são mais proveitosas para a administração pública do que os métodos adversariais.

Nem todos os conflitos são passíveis de negociação. Cabe à administração pú-blica analisar, caso a caso, quais situações podem ser objeto de autocomposição e, den-tre essas, negociar um resultado mais útil e vantajoso do que a perspectiva da inexistência do acordo. No RE 253.885[33], de relatoria da Min. Ellen Gracie, o STF foi bastante preciso nesse sentido: "Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação desse interesse".

O processo administrativo é o instrumento apropriado para conferir legitimidade aos acordos da administração pública. Deve ser formado um procedimento interno, com o

[31] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 8 fev. 2025.

[32] BRASIL, Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso: em 8 fev. 2025.

[33] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Recurso Especial nº 253.885. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1775410. Acesso em: 9 fev. 2025.

levantamento de todas as circunstâncias relevantes, avaliando também os custos totais de eventual litígio e o custo do tempo e dos recursos materiais e humanos a serem empregados em cada hipótese. A decisão pelo acordo deve ser informada por subsídios como pareceres, perícias, avaliações, cálculos complexos e atuariais, oitivas e demais elementos que tragam segurança ao gestor. Essa análise de risco, que deve considerar fatores como tempo, custos financeiros e sociais, deve ser apreciável racional e objetivamente por quem não está envolvido na negociação, para futuro controle por órgãos internos e externos, como auditoria, controladoria interna e Tribunal de Contas. Após o procedimento, podem ser expedidos atos administrativos ou firmados contratos administrativos.

Ilustrativo é o fato do Tribunal de Contas da União – TCU ter criado a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso)[34], em vista de dar efetividade às políticas públicas e garantir a segurança jurídica. Segundo o sítio eletrônico do TCU:

> Desde o início de 2023, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem se dedicado à promoção de soluções consensuais e à prevenção de conflitos, reforçando seu compromisso com a efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica. Esta iniciativa reflete o esforço do TCU em buscar soluções tempestivas, construídas de maneira colaborativa e célere, envolvendo tanto a sociedade quanto os entes públicos. A atuação do TCU nesta área evidencia sua busca contínua por inovação e aprimoramento na gestão de conflitos, alinhando-se às melhores práticas de governança e controle externo.

Quanto aos Tribunais de Contas dos Estados, deve-se destacar o afirmado por José Raimundo Bastos de Aguiar[35], em artigo datado de 13 de janeiro de 2025, no sentido de que o TCE/MT e TCE/BA já teriam consolidado os seus procedimentos de solução consensual de controvérsias, concluindo que o consensualismo não contrariaria o princípio da indisponibilidade do interesse público: "...já que este não está desassociado do interesse social. E assegurar a observância do princípio constitucional da eficiência, com soluções rápidas e eficazes para problemas que afetam a população, também garante a preservação do interesse público".

Desse modo, pode-se imaginar, em sede de autocomposição por meio de inquérito civil estrutural, a participação de pessoas jurídicas de direito público e do respectivo Tribunal de Contas.

[34] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). Solução Consensual. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/solucao-consensual. Acesso em: 9 fev. 2025.
[35] AGUIAR, José Raimundo Bastos de. Os Tribunais de Contas e o Consensualismo. Disponível em: https://atricon.org.br/os-tribunais-de-contas-e-o-consensualismo/. Acesso em: 9 fev. 2025.

5. Conclusão

O acesso à Justiça vem sendo ampliado e melhorado por ciclos de transforma-ção, num processo contínuo de inovação. Atualmente, no Brasil, ganha força a prática dos processos estruturais, que ainda não foram regulados por lei, mas já são aceitos do âmbito do STF e pela doutrina. Sua ampla utilização, com alcance também em munici-pios e estados, ou mesmo em regiões metropolitanas ou regiões geográficas estaduais que não aceitam fronteiras políticas, a partir de iniciativas dos Ministérios Públicos Estaduais, será um grande avanço em termos de renovação do acesso social à Justiça. A multipolaridade das iniciativas estruturais, nos âmbitos judicial e extrajudicial, tem amplo potencial para a correção de estados desestruturados de coisas, que trazem prejuízos para o exercício da cidadania plena, em menoscabo da dignidade da pessoa humana.

Em breve, a autocomposição estrutural, com destaque para a atuação extrajudi-cial do Ministério Público, trará excelentes resultados em termos de aprimoramento de políticas públicas. Na condição de agente catalisador de acordos entre múltiplas partes, como grupos de pessoas físicas, organizações não governamentais e pessoas jurídicas de direito público e privado, o Ministério Público resolutivo[36] e proativo tenderá a funcionar em busca do encontro de vontades dos envolvidos, prevenindo e resolvendo conflitos de forma dialógica.

Em sua atuação estrutural, em busca de resgatar políticas públicas falidas, poderá o Ministério Público se valer de todo o arcabouço autocompositivo que se encontra à disposição dos particulares e da administração pública. O panorama é favorável, com inovações legislativas, administrativas, judiciais e doutrinárias no sentido de que muitos dos antigos entraves podem ser afastados, em benefício de uma prestação de serviços públicos mais eficientes, com reduções de custos e ganhos em celeridade.

Pode-se imaginar o Ministério Público, por meio de inquéritos civis estruturais, convencionando com os envolvidos a adaptação e a criação de procedimentos específi-cos para cada aspecto da demanda estrutural. A realização de negócios jurídicos extra-judiciais deverá auxiliar na autocomposição do direito material. O planejamento da atuação extrajudicial estrutural contará com cronogramas, reavaliações periódicas dos rumos, negociações parciais, fracionamento dos ajustamentos de conduta, recomendações e demais acordos, que serão readaptados a partir dos resultados obtidos, por tentativa e erro, até afunilar o horizonte de possibilidades, de modo a trazer melhores resultados, com reduções de custos e de tempo.

Para tanto, muitos desafios serão enfrentados, no âmbito interno e fora do Ministério Público. A resistência cultural ao novo é previsível. Entretanto, a demonstração da relevância das soluções estruturais perseguidas e os resultados que paulatinamente serão apresentados, facilitarão o entendimento acerca do alcance dessa nova ferramenta.

[36] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf.Acesso em: 9 fev. 2025.

Referências bibliográficas

AGUIAR, José Raimundo Bastos de. Os Tribunais de Contas e o Consensualismo. Disponível em:https://atricon.org.br/os-tribunais-de-contas-e-o-consensualismo/.

BARBOSA, Arthur Antônio Tavares Moreira. Inquérito civil estrutural: proposta de uma nova forma de atuação do Ministério Público a partir do direito à educação. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em:https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-17042024-102558/publico/5699698DIC.pdf.

BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Inquérito Civil Estrutural: uma atuação eficaz do Ministério Público na tutela dos interesses difusos e coletivos. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 25 (2024). Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/599.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Conferência do Prof. Mauro Cappelletti, proferida no Plenário da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Tradução de Tupinambá Pinto de Azevedo, não revista pelo conferencista. Disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275676491.pdf.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplinaa ação civil pública de res-ponsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre par-ticulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de con-flitos no âmbito da administração pública. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

BRASIL, Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Admi-nistrativos. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em:https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Manual de Resolu-tividade do Ministério Público. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/manual_de_resolutividade.pdf.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Proposta de Resolu-ção nº 5/2023. Dispõe sobre a Atuação Estrutural no Ministério Público brasileiro. Dis-ponível em:https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROP_RES_ATUACAO_ESTRUTURAL_MP.pdf.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro. Disponível em:https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocom-posição no âmbito do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf.

GOMES, Luiz Flávio. O que se entende pela indisponibilidade do interesse público?. Disponível: em https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-se-entende-pela-indisponibilidade-do-interesse-publico/121922808.

OLIVEIRA, Marcos. Sete Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jan-08/marcos-oliveira-sete-ondas-renovatorias-acesso-justica/.

OTTOBONI, Maria Fernanda Stocco e NUNES, Juliana Raquel. O acesso à justiça sob a perspectiva da sexta onda renovatória e o uso da tecnologia. Disponível em: https://www.academia.edu/106045361/O_Acesso_%C3%80_Justi%C3%A7a_Sob_a_Perspecti-va_Da_Sexta_Onda_Renovat%C3%B3ria_e_O_Uso_Da_Tecnologia?email_work

_card=view-paper.

SENADO FEDERAL (Brasil). Ato do Presidente do Senado nº 3, de 2024. Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil. Disponível em:https://adm.senado.leg.br/normas/ui/pub/normaConsultada;jsessionid=7D0A396362A656ABB23F31486EDB8CBE.tomcat-?0&idNorma=14382571.

SENADO FEDERAL (Brasil). Comissão de juristas aprova anteprojeto de lei sobre processo estrutural. Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/10/31/comissao-de-juristas-aprova-anteprojeto-de-lei-sobre-processo-estrutural./

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/794/R167-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Pre-ceito Fundamental nº 347. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil).Arguição de Descumprimento de Pre-ceito Fundamental nº 635.Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Pre-ceito Fundamental nº 709. Disponível em:https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Pre-ceito Fundamental nº 991. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6437270.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Núcleo de Processos Estruturais Com-plexos – NUPEC. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Recurso Especial nº 253.885. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1775410.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). Solução Consensual. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/solucao-consensual.

Constitucionalismo e crise de efetividade dos direitos sociais: entre o populismo e a satisfação das necessidades básicas

George Sarmento

1. Introdução

Se tentarmos identificar a orientação ideológica adotada pelos governos que se sucederam no Brasil a partir da redemocratização, inexoravelmente esbarraremos em um sincretismo político, estagnante e descolado dos interesses nacionais, cujos efeitos são extremamente nocivos para a efetividade dos direitos sociais.

Tomemos como exemplo a eleição presidencial de 2022. A extrema-direita propagava largamente que o país mergulharia no mais abjeto comunismo com a vitória do Partido dos Trabalhadores. Por outro lado, setores progressistas não deixaram de expor sua aversão aos governistas e suas pautas conservadoras e neoliberais, taxando-os de machistas, homofóbicos, misóginos, terraplanistas, entre outros adjetivos[1]. Enquanto a polarização ganhava contornos dramáticos, com fraturas sociais e familiares profundas, os partidos do Centrão procuravam aumentar o número de parlamentares para exercer forte influência sobre a estrutura governamental independentemente de quem saísse vitorioso.

Há décadas o cenário político brasileiro tem sido marcado pelo que Sérgio Abrantes denominou *presidencialismo de coalisão.* A Constituição de 1988 ampliou a participação política, mas não criou mecanismos para limitar o multipartidarismo populista, clientelista e desprovido de densidade ideológica.

Desde a redemocratização os presidentes da república não conseguem escapar dessa teia de interesses patrimonialistas, tornando-se verdadeiros reféns de aliados circunstanciais. Como dificilmente o partido vitorioso consegue a maioria nas Casas parlamentares, o governante se vê obrigado a lotear ministérios, empresas públicas e de economia mista, fundações federais, cargos de alto escalão. E isso acontece em todos os níveis federativos. Contar com essas bases de apoio fluídas e efêmeras tem sido condição de governabilidade. Um verdadeiro dogma da política contemporânea nacional. Os resultados desse modelo têm sido catastróficos, sobretudo se pensarmos em crescimento da desigualdade social, na queda de qualidade dos serviços públicos e nos mega escândalos de corrupção.

[1] Camargo, Thaís Nicoleleti de Camargo. O uso pejorativo do termo bolsonarista – novos significados relacionados à violência, racismo e arrogância. In:Ciberdúvidas da Língua Portuguesa. Blog. Post publicado em 04 de outubro de 2022.

Os efeitos desse modelo são devastadores para a eficiência das políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais. Enquanto bloco suprapartidário e sem alinhamento ideológico, o Centrão desempenha um papel decisivo na formação das maiorias no Congresso Nacional, transformando-se no principal ator da governabilidade. Sem seu apoio é praticamente impossível aprovar reformas constitucionais, implementar programas governamentais ou avançar em agendas prometidas nas campanhas eleitorais.

Embora o pluralismo político seja um dos pilares dos regimes democráticos, a construção de um projeto político consistente passa pelo exercício racional do poder e da justiça. Os governos não estão apenas vinculados a compromissos político-partidários, mas também aos objetivos constitucionais inscritos em princípios e normas programáticas.

Uma sociedade democrática não se caracteriza apenas pela diversidade de concepções filosóficas, religiosas e políticas. John Rawls, por exemplo, sustenta que ela consiste na pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, ainda que incompatíveis entre si[2]. Pluralismo razoável significa aqui a convergência em torno da preservação dos princípios fundamentais que regem o regime democrático.Portanto, doutrinas que propagam a discriminação, o preconceito, o discurso de ódio, devem ser sistematicamente contidas para não corroer os alicerces da república.

Em todas as campanhas políticas, as promessas de implementação de direitos sociais - saúde, educação, moradia, segurança pública, trabalho, previdência e auxílios financeiros emergenciais - ocupam o palco eleitoral e se transformam em bandeiras populistas que influenciam os votos dos eleitores, sobretudo os de baixa renda.

O paradoxo é gritante. Passadas quase quatro décadas da promulgação da Constituição Federal, o Brasil ainda amarga vergonhosos índices de desenvolvimento humano e de concentração de renda. A desigualdade social cresce, mesmo diante de programas sociais de grande amplitude[3]. Políticas públicas (distributivas e redistributivas) têm se mostrado ineficazes para garantir as prestações civilizatórias básicas. Corrupção, deficiência na gestão e falhas de fiscalização são apenas alguns dos problemas que impedem que a integralidade dos recursos públicos investidos chegue ao destino.

Não há como negar a crise de efetividade dos direitos sociais no Brasil. Ela surge como uma barreira à igualdade de pontos de partida, à melhoria da qualidade de vida, ao aprimoramento da cidadania e das liberdades fundamentais. A solução passa não apenas por mudanças de paradigmas políticos, fiscais e orçamentários, mas também a exata aplicação das normas constitucionais.

Nesse aspecto, o constitucionalismo contemporâneo desempenha um papel crucial na superação do déficit social que assola o país.

[2] Rawls, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XVII.

[3] Entre eles: SUS (1988), Bolsa Família (2003), Minha Casa, Minha Vida (2009), PAC (2007), Pronatec (2011), Sistema de cotas (meados de 2000), PNE (2014), Estatuto da Igualdade Racial (2010).

2. Constitucionalismo social no Brasil

O constitucionalismo brasileiro nasceu sob o manto liberal. E mesmo diante dos governos que se sucederam, com Constituições promulgadas e outorgadas, democráticas e autoritárias, não houve distanciamento do liberalismo político em suas mais diversas vertentes.

Se o estudarmos sob prisma teórico, o constitucionalismo surge como uma doutrina que preconiza a limitação do poder estatal a partir de um conjunto de direitos individuais e coletivos, destinados a proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Afonso Arinos de Melo Franco o define como a doutrina jurídica do liberalismo político. Mais do que isso, é a expressão racional da ideologia liberal no direito público.Para ele, toda organização política que fugisse aos seus cânones, não deixava apenas de ser liberal, mas também se desvestia da qualidade de ordem constitucional[4].

O liberalismo clássico do século XVIII tinha como pilares as liberdades fundamentais, os direitos políticos, a igualdade perante a lei, a separação de poderes, a proteção da propriedade privada, o livre comércio, além do Estado mínimo, não intervencionista. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Constituição francesa de 1791 foram os grandes modelos normativos da expansão do constitucionalismo. No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 adotaram esses princípios.

Os Estados articulavam-se em torno das chamadas Constituições-garantia, que estruturavam os órgãos de governo, estabeleciam os direitos e garantias individuais, organizavam o sistema tributário e desenhavam os contornos da separação dos poderes. Elas não interferem na economia, pois acolhem o princípio segundo o qual o mercado deve funcionar de maneira autônoma, sem ingerência estatal.

No mundo do *laissez faire, laissez passer,* o Estado se abstém de interferir nas relações econômicas e sociais para garantir a autonomia individual. Seu papel consiste em assegurar a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e de cultos, a liberdade de expressão, a liberdade de locomoção, a proteção da intimidade e vida privada, entre outros direitos negativos.

Esse panorama começou a mudar com a expansão liberalismo social, vertente política que procura conciliar as liberdades fundamentais e a justiça social, que implica a concepção de Estado intervencionista que assegure a igualdade de pontos de partida, sobretudo o acesso universal a políticas públicas voltadas para o bem-estar coletivo. Na prática, o Estado desmercantiliza ou intervém em setores essenciais para a manutenção do mínimo existencial para todo ser humano[5]. Sob o prisma normativo, os direitos sociais

[4] FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Brasileiro– Formação Constitucional do Brasil, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 10.

[5] Abramovich, Vitor e Christian Courtis. Direitos Sociais são exigíveis. Porto Alegre: Dom Quixote Editora, p. 67.

caracterizam-se por impor ao Estado obrigações de fazer, isto é, o dever de assegurar prestações positivas mediante a alocação de recursos financeiros para cumprir as exigências constitucionais, sobretudo com a concepção e execução de políticas públicas, regulação e planejamento de ações sociais.

A possibilidade de judicialização de demandas que envolvam o descumprimento desses direitos é sua principal garantia. Victor Abramovich e Chistian Courtis sustentam que o que qualifica um direito social como direito pleno não é simplesmente a atividade concretizadora do Estado, mas a existência do poder judicial que atua em caso de descumprimento da obrigação devida[6]. Por essa razão os direitos sociais não podem ser reduzidos a normas programáticas, cuja realização depende exclusivamente do Executivo e Legislativo. A possibilidade de invocar a tutela judicial em caso de descumprimento é o que assegura sua completude constitucional.

Na França, o protagonismo judicial é chamado *"gouvernement des juges",* em virtude da natureza política de sua atuação, já que a interpretação é a forma de os juízes participarem do exercício do poder. A decisão jurídica é tipicamente política quando interpreta os textos constitucionais, buscando assegurar o exercício das liberdades públicas e dos direitos sociais. Todavia não se deve confundir *poder governamental* com *poder político,* pois este está restrito à prerrogativa de impedir a inconstitucionalidade, sem interferir na função legislativa ou executiva. Mas isso não retira sua missão transformadora da realidade social.

Existe vasta literatura sobre o liberalismo social em suas mais diversas orientações ideológicas[7]. Praticamente todos os grandes autores tomam como ponto de partida a proposta clássica do britânico Thomas Hill Green (1836-1882). Para ele, o Estado deveria manter – e até mesmo fortalecer – não apenas as liberdades negativas contidas na Declaração de 1789, mas também ampliar a proteção normativa para as liberdades positivas (hoje direitos sociais), essenciais à plenitude e ao autodesenvolvimento dos cidadãos, o que só era possível pela via da igualdade de oportunidades e de uma ampla ética comunitária. A partir dos estudos de Green, a doutrina social propagou-se entre economistas e juristas europeus, principalmente na França e Alemanha, desdobrando-se em várias abordagens teóricas[8].

A promulgação de Constituições sociais intensificou-se no período entre guerras, sobretudo nas sociais-democracias europeias. Entretanto aplicação de suas normas por parte dos juízes nem sempre foram incontroversas. A doutrina predominante naquele continente não os considera autênticos direitos, que impõem ao Estado o dever de

[6] Abramovich, Vitor e Christian Courtis. Direitos Sociais são exigíveis. Porto Alegre: DomQuixote Editora, p. 49.

[7] Sobre a evolução histórica do liberalismo, cf. José Guilherme Merquior. O Liberalismo Antigo e Moderno. São Paulo: É Realizações, 2014.

[8] Entre elas as de Hobhouse, Kelsen, Keynes, Dewey, Popper, Camus, Rawls e Bobbio.

cumpri-los sistematicamente. Ao contrário, são tidos como metas, programas, objetivos, diretrizes a serem executados na medida do possível, diante de condições fáticas e jurídicas específicas. Dessa forma, o juiz não poderia, em tese, exigir o cumprimento das prestações positivas estatais, pela ausência de força vinculante, executoriedade e judicialização.

As Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919) foram os grandes modelos do liberalismo social e exerceram forte influência tanto na Europa como na América Latina. Embalado pelas novas ideias, vinculadas à concepção de Estado de Bem-estar Social, o Brasil promulgou a Constituição de 1934 – três anos depois revogada pelo governo autoritário de Getúlio Vargas. A Constituição de 1946 não conseguiu alinhavar um sistema de proteção eficiente, sobretudo por omitir as formas de garantir o cumprimento das prestações estatais. Por fim, a Constituição de 1937, cuja inspiração autoritária e repressiva não permitia a expansão dos direitos sociais.

Os direitos sociais só foram positivados como sistema normativo homogêneo a partir da Constituição de 1988[9]. O hiato de, pelo menos, 70 anos teve como principal conseqüência enorme déficit de efetividade. Nos primeiros anos após a promulgação, os debates se concentravam na possibilidade de judicialização de tais direitos, em razão da natureza programática da maioria deles[10]. A questão se estendeu até a jurisprudência pacificar o entendimento, assegurando o julgamento de demandas individuais e coletivas envolvendo a interpretação e aplicação dos direitos sociais.

O constitucionalismo passou a ser um componente indissociável do Estado Democrático de Direito. Tornou-se um abrangente sistema de direitos fundamentais, tendo como inspiração axiológica a dignidade da pessoa humana[11]. A Constituição surge como instrumento de criação de estrutura normativa na qual a liberdade individual seja *protegida* e a igualdade de oportunidades *promovida.*

Os indivíduos são responsáveis por suas próprias escolhas, devendo o Estado criar as condições necessárias para garantir que todos tenham oportunidades reais e iguais para realizá-las. A intervenção estatal justifica-se sempre que buscar corrigir as desigualdades decorrentes de fatores arbitrários como condições socioeconômicas de nascimento, saúde e deficiências físicas ou mentais, talentos e habilidades naturais, para usar as expressões de Dworkin.

Ao delinear os principais pontos do que denomina acordo liberal, Ronald Dworkin defende que, em matéria de política econômica, os liberais postulam a redução das desigualdades mediante a implantação de programas de assistência social e outras formas

[9] Em outros textos constitucionais, como o de 1946, os direitos sociais estão dispostos de forma dispersa e superficial.A partir da Constituição de 1988 ocorreu a positivação de um sistema lógico-normativo do social, o que representou um grande avanço civilizatório para a República brasileira.

[10] Sobre os debates sobre a natureza jusfundamentale judicialização dos direitos sociais: Novais, Jorge Reis. Direitos sociais–Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

[11] CHEVALIER, Jacques. L'État de Droit. Paris: Montchrestien, 2010.

de redistribuição com a utilização de recursos provenientes de impostos progressivos. A intervenção na economia só se justifica se for para manter a estabilidade, controlar a inflação, combater o desemprego e oferecer serviços públicos de qualidade. Além disso, os liberais comprometem-se a combater o preconceito e a discriminação em seu sentido mais amplo e garantir a materialização dos direitos fundamentais – liberdades públicas, direitos políticos, direitos sociais, econômicos e culturais[12].

A constitucionalização do social no Brasil não está isenta de críticas. A principal delas refere-se aos custos para implementação de políticas públicas. A efetividade dos direitos sociais depende de elevados investimentos financeiros, nem sempre suportados pelo Estado. As necessidades humanas básicas são crescentes, enquanto os recursos orçamentários são limitados, obrigando os gestores a escolhas difíceis, muitas vezes trágicas.

Os governos populistas têm a tendência de adotar políticas expansionistas que elevam os gastos públicos sem levar em consideração as limitações orçamentárias e a capacidade econômica do país. Isso pode levar a um desequilíbrio fiscal, ameaçando a própria sustentabilidade das políticas públicas.

De fato, as promessas populistas de desmesurados investimentos dos direitos sociais sem indicar a fonte dos recursos, sobretudo quando se trata dos programas de transferência rendas para famílias em condições de vulnerabilidade, têm fortíssimo apelo popular. Mas provocam expectativas que se transformam em grandes frustrações quando não são cumpridas pelo governo.

Fragilidades como essas fazem com que os neoliberais postulem a redução da intervenção estatal para efetivar os direitos sociais, defendendo teses como a liberalização dos mercados, programas de privatização, austeridade fiscal e reformas estruturais. Além disso preconizam a eficiência do mercado como instrumento de bem-estar social. Propõem a redução de investimentos em áreas sociais para alcançar o equilíbrio orçamentário.

Em países marcados por fortes desigualdades sociais e regionais, a exemplo do Brasil, é impossível reduzir o papel do Estado como promotor da justiça social. Retirar seu protagonismo na efetivação de direitos prestacionais, como já foi tentado no passado, aprofunda as assimetrias e provoca a exclusão de grupos vulneráveis a bens indissociáveis de sua dignidade. Mais do que isso, amplia o fosso entre os ricos e pobres, aumenta a concentração de renda nas mãos de poucos e marginaliza vastas parcelas da população.

As ideias neoliberais como alternativas ao Estado Social estão marcadas por uma triste contradição: não apresentam soluções concretas para a superação das desigualdades sociais, cada vez mais visíveis com o avanço do grande capital em circulação no sistema financeiro internacional, sempre em busca de mercados mais lucrativos. De outro, apresentam-se como vetores de prosperidade, apresentando propostas esdrúxulas como a flexibilização e precarização das relações de trabalho, desmonte da intervenção estatal

[12] Dworkin, Ronald. Una cuestíon de princípios. Buenos Aires: SigloVeintiuno editores, 2012, p. 239.

concretizadora dos direitos sociais, privatização de serviços públicos essenciais. As soluções apresentadas são pífias, excludentes e discriminatórias. É o triunfo do capital sobre o social; do individualismo sobre a solidariedade; da exclusão sobre a integração nacional.

Paulo Bonavides desenvolve crítica mordaz ao neoliberalismo como modelo econômico ao denunciar que "seus postulados de reengenharia política e social, formulados de seu protótipo empresarial, colocam em risco o Estado social, ao mesmo passo que assinalam o triunfo da injustiça. Aí os fortes esmagam os fracos, os grandes anulam os pequenos e as minorias, senhoreando os privilégios e concentrando o capital, perpetuam a ditadura social dos poderosos"[13].

Enquanto o liberalismo social assegura e garante os direitos fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª gerações, fortalecendo princípios como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a democracia, o neoliberalismo demonstra grande desprezo por eles, por entender que são barreiras à eficiência do Estado e à satisfação dos interesses individuais egoísticos (incluindo aí barreiras sociais e manutenção de privilégios). A lógica neoliberal substitui a ideia de pertença pela concorrência selvagem entre indivíduos-empresa, em luta renhida pelo lucro em detrimento de relações humanas saudáveis e duradoras.

Na massa neoliberal, argumenta Rubens Casara, "as pessoas não compartilham o desejo por um bem coletivo e não há qualquer perspectiva de renúncia individual em nome do comum, pois cada pessoa só se preocupa com a realização dos próprios interesses e das próprias necessidades"[14]. Nesse contexto o ideal de nação, o *"rêve de l'avenir partagé",* dá lugar à insana luta por desejos totalmente desconectados da solidariedade social. Quem não se adequa à lógica da concorrência, do lucro, é simplesmente excluído, descartado. Seduzidas pelo egoísmo, as pessoas vinculamos desejos individuais a sucesso e felicidade, sem dar importância ao contexto social. Assim, coisificadas e entregues à própria sorte, sem contar com o Estado para suprir suas aspirações básicas, terminam por perceber que caíram em uma armadilha da qual dificilmente conseguirão escapar.

O fracasso nunca foi tão visível: A emergência sanitária e social provocada pela COVID-19 em 2020 expôs as consequências das políticas neoliberais implementadas nas décadas anteriores sobre a população. As escolhas políticas e ideológicas que favoreceram a privatização e o desmantelamento dos sistemas nacionais de saúde em vários países resultaram em mortes e agravaram o sofrimento coletivo, tornando clara a relação entre neoliberalismo e necropolítica[15]. Com a eclosão da pandemia, a iniciativa privada, o mundo empresarial, não apresentou soluções para o problema. As prestações positivas para a salvaguarda das populações, sobretudo o provimento de recursos para prevenção e

[13] Bonavides, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Org. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

[14] Casara, Rubens. Contra a miséria neoliberal. São Paulo: autonomia literária, 2021, p. 356.

[15] Casara, Rubens. Contra a miséria neoliberal. São Paulo: autonomia literária, 2021, p. 25.

combate ao vírus, foram assumidas integralmente pelo Estado.

Entendemos que a introdução de modelo econômico inspirado em Estado Mínimo, nos moldes neoliberais, seria catastrófica para o Brasil. A desaceleração das políticas públicas tenderia a aprofundar ainda mais as desigualdades e marginalizar grupos vulneráveis. Serviços essenciais como saúde, educação, habitação, transporte e segurança alimentar tornar-se-iam inacessíveis a parcelas significativas da população, implicando verdadeira negação dos direitos sociais.

O constitucionalismo social ainda é o modelo mais eficiente para países emergentes como o Brasil. É ele que oferece as melhores soluções para a efetividade dos direitos fundamentais em larga escala. É ele que assegura as condições mínimas a partir das quais cada pessoa pode realizar seus sonhos, aspirações e projetos de vida. Mas é preciso respeitar seus postulados, sem deturpá-los. Não se pode aceitar que propostas populistas e desconectadas com o equilíbrio fiscal possam ser implementadas sem levar em consideração o equilíbrio das finanças públicas e a probidade administrativa.

Desde a década de 1990, o Brasil tem enfrentado a pressão neoliberal para reduzir o papel do Estado na economia e nos serviços públicos. Medidas como reformas trabalhistas, previdenciárias e administrativas, cortes em políticas sociais e privatizações representam tentativas de enfraquecer o liberalismo social em suas bases. Esse movimento se intensificou nos anos 2010, com propostas para desmontar a estrutura de seguridade social e flexibilizar o mercado de trabalho, como a Reforma Trabalhista de 2017 e a Reforma da Previdência de 2019. Mesmo diante de tantas investidas, o constitucional social ainda resiste como doutrina hegemônica e dotada de legitimidade popular, baseada na concepção de que cabe ao Estado promover o bem-estar social e reduzir as desigualdades.

A conciliação entre a expansão de políticas públicas e a manutenção do equilíbrio fiscal é o principal desafio do liberalismo social no Brasil. A adoção de um arcabouço fiscal robusto, que assegure a sustentabilidade do Erário, é essencial para viabilizar programas sociais de longo prazo.

Por outro lado, a adoção de mecanismos de avaliação contínua das políticas públicas permite a otimização dos recursos, garantindo que os investimentos sociais sejam eficazes e alinhados às reais necessidades da população.

Somado a isso, o funcionamento de um sistema eficaz de fiscalização e controle (interno e externo) de gastos públicos, reunindo atores como o Ministério Público, Tribunal de Contas, Controladorias, Congresso Nacional etc., é essencial para impedir desvios de recursos financeiros, políticas clientelísticas, improbidade administrativa,e a gastança eleitoreira.

O liberalismo social é inclusivo e socialmente abrangente. Não é a doutrina das elites, das classes dominantes, dos detentores do capital e dos meios de produção. Abarca todas as camadas da população, como pequenos empresários, trabalhadores assalariados, camponeses, funcionários públicos civis e militares. Ninguém é excluído dos benefícios

decorrentes das políticas sociais. Elas são universais, salvo os casos em que a seletividade no direcionamento de verbas públicas justifica-se pela constatação de vulnerabilidade, extrema pobreza ou miserabilidade.

Portanto a crise de efetividade não está no constitucionalismo social, mas no mau uso que se faz dele. Promover o social não é sinônimo de irresponsabilidade fiscal, de utilização do Erário de forma irresponsável, sem planejamento ou racionalidade. A crise decorre, sobretudo, de práticas patrimonialistas e clientelistas, alimentadas pelo populismo demagógico. É consequência do presidencialismo de coalizão, que estimula a ocupação de cargos e instituições por partidos descomprometidos com os alicerces do Estado Social; também da manipulação das políticas públicas, que abre as portas para a corrupção, o desperdício e o desvio de recursos públicos.

3. Dirigismo constitucional e instrumentos de efetividade

A Constituição de 1988 foi promulgada em um contexto de transição democrática após mais de duas décadas de regime militar. Sua estrutura reflete um compromisso entre diferentes correntes ideológicas, conciliando direitos civis e políticos típicos do liberalismo clássico com direitos sociais e econômicos característicos do Estado Social Democrático de Direito. O ecletismo que a caracteriza decorre da busca de convergências possíveis, do consenso em torno de princípios comuns.

Representa um marco na história política e jurídica do Brasil, pois consagra o compromisso do Estado com a promoção do bem-estar social, a redução das desigualdades e a construção de uma sociedade justa e solidária. Assegura direitos sociais e cria mecanismos eficazes de implementação, com a adoção de princípios como o mínimo existencial, proibição do retrocesso e da proteção deficiente, vedação do excesso, máxima efetividade das normas constitucionais, reserva do possível, amplamente aplicados pelos tribunais brasileiros.

Além disso ela rompe com a visão restritiva de que as Constituições são textos meramente políticos, proclamações de liberdades abstratas, sem eficácia ou aplicabilidade. O constitucionalismo contemporâneo adota outra perspectiva e passa a considerá-las documentos dotados de força normativa e vinculante em relação ao Estados e particulares.

As Constituições contemporâneas mantiveram a tradição liberal-clássica de limitação do poder político a partir de um conjunto de direitos e garantias fundamentais, além de incorporarem um projeto político bem articulado que se impõe às decisões coletivas que envolvam modelos econômicos e a implementação de direitos sociais. Por outro lado, caracterizam-se por profunda desconfiança nos legisladores e governantes, preferindo a intervenção do Judiciário para assegurar a efetividade. Esse aspecto foi percebido por Luis Prieto Sanchís, para quem a Constituição pretende condicionar as decisões da maioria, atribuindo o protagonismo fundamental aos juízes, e não aos legisladores[16].

No Brasil, o constitucionalismo tem viés pós-positivista, marcado pela reaproximação entre direito e moral, tendo como paradigma axiológico a dignidade da pessoa humana. Entre suas características mais marcantes, está a atribuição de normatividade aos princípios (normas de textura aberta e alto grau de abstração), o protagonismo do Judiciário na interpretação e aplicação dos direitos sociais, a utilização de novos métodos hermenêuticos, a reabilitação da argumentação jurídica para a efetivação dos direitos fundamentais, a conciliação entre as técnicas da subsunção e da ponderação como instrumentos de verificação do sentido e alcance das normas[17].

A teoria da força normativa da Constituição, desenvolvida por Konrad Hesse, fundamenta-se na premissa de que a Constituição deve ser vista não apenas como um reflexo da realidade política, mas também como instrumento jurídico com capacidade de moldar e transformar a sociedade. Essa visão contrasta com o chamado decisionismo constitucional, que considera as Constituições meros pactos políticos sujeitos à vontade dos governantes e voltadas para assegurar a unidade do povo. Em tempos hipermodernos, as Constituições possuem um significado bem mais abrangente, na medida em que são, ao mesmo tempo, norma fundamental, programa de fins políticos e instrumento integrador da sociedade civil.

No Brasil, a Constituição de 1988 adota um modelo dirigente e social: estrutura institucionalmente o Estado, estabelece direitos fundamentais, além de impor diretrizes e objetivos programáticos que orientam a atuação governamental na promoção da justiça social, da igualdade e do desenvolvimento nacional. Esse modelo constitucional vincula os poderes públicos e a sociedade a um projeto normativo de transformação social, política e econômica, garantindo que o Estado atue ativamente na efetivação dos direitos e na concretização dos princípios fundamentais da República.

As normas programáticas deixaram de ser meras recomendações políticas, para se transformarem em diretrizes, objetivos, metas e programas vinculantes, cogentes, passíveis de judicialização. Os magistrados são obrigados a interpretar o texto constitucional buscando maximizar sua efetividade, aproximando-o cada vez mais dos legítimos anseios populares. Com o auxílio das teorias da argumentação e da nova hermenêutica, os juízes têm em mãos todas as ferramentas para produzir discursos racionais e concretizadores dos direitos fundamentais.

Sujeitas a severas críticas, a Constituições dirigentes são necessárias para países marcados por profundas desigualdades sociais. O dirigismo constitucional adotado no Brasil reforça a concepção de Estado intervencionista e comprometido com a efetividade dos direitos sociais. Com um vasto histórico de práticas clientelistas, a limitação do poder discricionário dos governantes e o consequente enquadramento de sua atuação nos moldes

[16] Sanchís, Luis Prieto. Derechosfundamentales, neoconstitucionalismo y ponderacíon judicial. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 115.

[17] Sobre o tema: Barroso, Luís Roberto. "Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática." Revista Synthesis, vol. 3, no. 1, 2010, pp. 15-29.

normativamente estabelecidos é um imperativo indissociável da gestão administrativa proba e transparente.

Isso não significa o engessamento da Administração Pública, tampouco conspira contra o princípio democrático. O que se discute é a margem de liberdade que os governantes possuem para agirem dentro da legalidade. A limitação do poder discricionário ocorre por meio de normas constitucionais que impõem obrigações positivas ao Estado, para que os direitos sociais não fiquem sujeitos à mera conveniência política ou administrativa.

Os gestores públicos não podem escolher se cumprem ou não as imposições constitucionais, apenas definir como executá-las da forma mais eficiente possível. Além disso, mecanismos de controle judicial, legislativo e social garantem que o poder discricionário seja exercido dentro dos limites impostos pela Constituição, protegendo a dignidade e os direitos fundamentais da população.

A liberdade de implementar programas de governo não pode se sobrepor ao dever de promover a justiça social. Em um país marcado por graves desigualdades, permitir que decisões políticas negligenciem ou relativizem os direitos sociais significa legitimar a exclusão e a negação da cidadania. Daí a importância de se impor limites à discricionaridade administrativa. É sempre bom recordar a lição de Montesquieu segundo a qual aquele que exerce ilimitadamente o poder é levado a abusar dele, e assim irá seguindo até que encontre algum limite.

Embora o dirigismo constitucional tenha dado grande destaque ao papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, o dever de criar e implementar políticas públicas institucionalmente cabe aos poderes Executivo e Legislativo. A atuação do Judiciário só se justifica quando o Estado deixar de cumprir espontaneamente as obrigações constitucionais, seja por omissão legislativa ou má gestão administrativa. Exemplos disso são a intensa judicialização de casos envolvendo o fornecimento de medicamentos pelo SUS, a insuficiência de vagas em creches mantidas pelos municípios, as violações contra direitos das minorias vulneráveis, a prática de improbidade administrativa no exercício de cargos públicos, entre outros.

A configuração do constitucionalismo brasileiro passa obrigatoriamente pela perspectiva pós-positivista, que promove a reaproximação entre direito e moral e eleva os princípios à condição de normas impositivas dotadas de forte textura axiológica. Isso permite que os tribunais direcionem a interpretação das normas constitucionais para a realização dos direitos sociais, impondo ao Estado obrigações de fazer ou não fazer,obrigações de dar coisa certa, sanções indenizatórias e repristinatórias. Para isso deve lançar mão de operações hermenêuticas e argumentativas que justifiquem as medidas adotadas, sobretudo em casos de interpretação evolutiva e mutação constitucional. A técnica da ponderação, quando bem utilizada, permite o sopesamento dos interesses em conflito, favorecendo a produção de sentenças judiciais racionalmente convincentes.

Por outro lado, o Ministério Público tem sido um grande ator na tarefa de

concretizar os direitos difusos e coletivos. É notável seu trabalho de mediação entre a sociedade civil e o Estado para a solução de conflitos, inclusive os que envolvem disfunções das políticas públicas: ora atuando de forma preventiva, fazendo uso de instrumentos como recomendações, audiências públicas, termos de ajustamento de conduta e acordos de não persecução penal; ora encabeçando medidas repressivas, como as ações civis públicas para a responsabilização de gestores por atos de corrupção, abuso de poder ou danos coletivos; ou, ainda,exercendo o controle e fiscalização da Administração Pública, a fim de assegurar que as políticas sociais sejam corretamente implementadas.

Sem a atuação firme do Ministério Público, muitos direitos fundamentais seriam ignorados ou implementados de forma precária, prejudicando milhões de brasileiros que dependem de serviços públicos essenciais. A Instituição se consolida na ordem constitucional como um dos principais guardiões da dignidade humana, e dos direitos sociais, legitimando-se como um dos principais protagonistas do Estado Democrático de Direito.

Evidencia-se, portanto, que o modelo constitucional brasileiro oferece instrumentos normativos e institucionais suficientes para assegurar a aplicação racional dos direitos sociais. O problema está no déficit de efetividade, resultante de disfunções administrativas como a má utilização dos recursos públicos e a corrupção sistêmica incrustradas em várias esferas de poder.

4. Judicialização da política e dos direitos sociais

A implementação de políticas públicas envolve vultosos recursos financeiros e medidas administrativas que provocam grandes impactos na população. Quando há frustração de expectativas em razão de desapontamentos em relação às prestações positivas esperadas, com a consequente privação de acesso a bens da vida considerados essenciais à existência digna, os cidadãos batem às portas do Judiciário em busca de satisfazer seus legítimos interesses.

A judicialização ocorre, sobretudo, quando grupos de interesse, partidos políticos, organizações da sociedade civil e indivíduos recorrem aos tribunais para garantir a implementação de políticas públicas ou contestar decisões governamentais que afetam direitos sociais. Esse fenômeno tem sido particularmente relevante na proteção de grupos vulneráveis, como populações de baixa renda, minorias raciais e étnicas.

Os direitos sociais dependem de políticas públicas e decisões do Executivo e do Legislativo, que muitas vezes não agem adequadamente devido a restrições orçamentárias, disputas políticas, falta de planejamento ou inércia administrativa. O Poder Judiciário tem sido frequentemente acionado para garantir a concretização de direitos, em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) ou de inconstitucionalidade por omissão, ações de descumprimento de preceitos fundamentais, ações civis públicas, mandados de segurança

coletivos, entre outros instrumentos processuais.

Assim, a judicialização da política surge como estratégia de combate às omissões ou ineficácia do Executivo e do Legislativo que impedem a plena fruição dos direitos sociais por parte de seus legítimos destinatários. Assim procedendo, transferem o poder decisório para o Judiciário na esperança de satisfação das promessas contidas na Constituição. A introdução do dirigismo constitucional no sistema brasileiro, com normas que estabelecem objetivos e fins políticos a serem alcançados pelos governantes, favorece a busca de efetividade nas instâncias judiciais.

Além disso, a efetividade dos direitos sociais está intrinsicamente ligada ao ativismo judicial que se exterioriza como a postura proativa do Judiciário, em que a atuação dos magistrados ultrapassa as estreitas fronteiras das leis para desempenhar atitude interpretativa mais ampla, abrangente, expansiva em relação aos outros poderes, sobretudo para satisfazer pretensões coletivas amparadas constitucionalmente.

Esse fenômeno tem sido objeto de estudos no âmbito das ciências sociais, sobretudo da sociologia. Em 1995, C. Neal Tate e Torbjörn Valinder pesquisaram a judicialização da política em diversos países, e apresentaram os resultados no artigo *Expansão global do poder judicial*[18]. A expressão refere-se à crescente provocação de órgãos jurisdicionais para a solução de deficiências nas políticas públicas, a anulação de atos administrativos ilegais ou condutas desviantes de servidores públicos. Isso é possível a partir da competência constitucionalmente atribuída aos tribunais para apreciar questões morais e políticas de interesse coletivo. Na prática, o Judiciário atua como instância corretora da ação política, com amplas atribuições para anular atos, aplicar sanções, adotar medidas cautelares e impor obrigações.

O protagonismo do Poder Judiciário começou a ser percebido ainda no Século XIX por Alexy de Tocqueville em sua clássica obra *Democracia na América,* resultado de pesquisas de campo desenvolvidas nos Estados Unidos. Nas primeiras décadas no século seguinte, Hans Kelsen propôs um engenhoso sistema de controle de Constitucionalidade, elevando o Judiciário a guardião da Constituição, abrindo-lhe as portas para a judicialização. Nessa mesma época o jurista alemão Carl Schimitt se contrapunha ao crescente poder dos tribunais, defendendo a ideia de que as questões políticas deveriam ficar restritas aos detentores de mandato eletivo, e não aos juízes. Isto porque, em sua opinião, a Constituição é uma decisão política fundamental, não um mero documento normativo, por isso não pode ser materialmente desfigurada por interpretações de magistrados[19]. Essa concepção é incompatível com o Estado Social de Direito, que guarda grande proximidade com o ativismo judicial.

As pesquisas de Tate e Vallinder identificaram que, a partir da segunda metade do

[18] Tate, C. Neal; Vallinder, Torbjörn (Eds.). The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

[19] Schimitt, Carl. Teoría de la Constitución. Madri: Alianza Editorial, 2011.

século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, houve uma transformação estrutural no papel dos tribunais. Em muitos países, as Constituições passaram a incluir extensos catálogos de direitos fundamentais e estabeleceram mecanismos de controle judicial sobre as decisões políticas. Esse contexto favoreceu a expansão do poder do Judiciário, que passou a apreciar conflitos que envolvem não apenas o controle de constitucionalidade, mas também a formulação e implementação de políticas públicas. Posteriormente, os estudos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Härbele, entre outros, forneceram as bases teóricas para a formulação de discursos jurídicos concretizadores dos direitos fundamentais. Na América Latina essa tendência ganhou força a partir da década de 1980 na esteira dos processos de redemocratização de países como o Brasil, Argentina, Uruguai e Chile.

A judicialização da política é um dos principais componentes do constitucionalismo brasileiro. Entre os fatores que justificam o crescimento das ações judiciais estão a crise de representatividade e a desconfiança nas instituições políticas. Além disso, a constitucionalização dos fins públicos, das prestações estatais e diretrizes programáticas retirou a exclusividade de a política resolver essas questões. Por isso as decisões tomadas pelos governantes são passíveis de correção pelo Judiciário, sobretudo por aspectos ligados à legalidade e moralidade administrativa.

As extensas pesquisas desenvolvidas por Luiz Werneck Viana demonstram que a judicialização no Brasil pode ser considerada um instrumento de inclusão social, permitindo que grupos marginalizados e vulneráveis tenham acesso a direitos que, de outra forma, seriam negligenciados pelos detentores do poder. Ela emerge da crise vivida pelo modelo tradicional de mediação política e da incapacidade de os partidos políticos responderam a reivindicações sociais mais sensíveis, transferindo-as para o Judiciário. Os tribunais tornam-se espaço privilegiado de luta democrática, com ampla atuação de entidades representativas da sociedade civil. O Ministério Público é igualmente apontado como um dos principais responsáveis pela judicialização da política. O modelo institucional adotado no Brasil o coloca como o legítimo defensor dos interesses difusos e coletivos, incluindo aí a probidade administrativa. Desde a Constituição de 1988, a instituição ganhou autonomia e adquiriu posição de independência em relação aos três poderes, ampliando sua influência na formulação e controle de políticas públicas[20].

O Judiciário, por sua vez, não pode se tornar o principal formulador de políticas públicas, sob pena de comprometer a separação dos poderes e desorganizar a gestão estatal. Sua função deve ser a de garantidor da ordem constitucional, atuando de forma corretiva e excepcional, sem ultrapassar os limites institucionais que lhe são impostos pelo sistema democrático. A judicialização deve ser compreendida não como um modelo de governança substitutivo, mas como ferramenta de controle da inércia estatal, acionada nos casos em

[20] Sobre o tema: VIANNA, Luiz Werneck et al. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Revan, 1999. VIANNA, Luiz Werneck. Democracia e os Três Poderes no Brasil. Editora UFMG, 2002.

que a falha dos demais poderes comprometa a integridade da Constituição.

A judicialização, portanto, deve ser um mecanismo de correção, não um modelo de governança. O Judiciário intervém sempre que houver violação da Constituição, sem se tornar o principal agente de formulação e execução de políticas públicas. Atua como garantidor da ordem constitucional, assegurando que os direitos sociais não sejam esvaziados pelo descaso estatal, mas sem ultrapassar os limites da separação dos poderes.

A crise de efetividade exige compromisso político, planejamento e administração pública comprometida com a justiça social. O constitucionalismo pode ser uma resposta para a redução do déficit de efetividade, mas apenas se for tratado como um projeto coletivo, em que todos os poderes e a sociedade assumam sua responsabilidade na construção de um país mais igualitário.

5. Conclusão: o constitucionalismo é capaz de apresentar soluções?

A crise de efetividade dos direitos sociais no Brasil não é apenas desdobramento da inércia governamental, mas um sintoma profundo da degradação política e da subversão do interesse público em prol de agendas oportunistas. A Constituição de 1988, ao estabelecer o projeto de Estado Social, ofereceu ao país uma base normativa sólida para a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. No entanto, sua concretização tem sido reiteradamente sabotada por forças políticas que veem os direitos sociais como meros instrumentos de manipulação eleitoral.

O populismo, em suas diversas formas, é a principal ameaça à efetividade desses direitos. Governantes se apropriam do discurso da inclusão social para justificar políticas expansionistas irresponsáveis, sem qualquer planejamento estratégico ou preocupação com a sustentabilidade fiscal. O resultado é um ciclo perverso de promessas irrealizáveis, déficits crônicos e desilusão popular. Quando os recursos escasseiam, os direitos sociais são os primeiros a serem sacrificados, desnudando a hipocrisia de líderes que, em tempos de campanha, se autoproclamam defensores dos mais vulneráveis.

O presidencialismo de coalizão se consolidou como um modelo de governabilidade que troca compromissos republicanos por conveniências imediatistas, voltadas para a perpetuação do poder. A necessidade de assegurar maioria parlamentar transformou o orçamento público em uma moeda de troca, fomentando o loteamento de cargos e a apropriação privada da máquina estatal. Essa dinâmica compromete a execução das políticas públicas e bloqueia qualquer tentativa de reforma que desafie o patrimonialismo que ainda rege o Estado brasileiro.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário tem sido forçado a assumir um protagonismo cada vez maior, sendo acionado para garantir direitos básicos que deveriam ser assegurados pelo Executivo e pelo Legislativo. No entanto, a judicialização das políticas públicas não é a solução definitiva para a crise de efetividade dos direitos sociais. A atuação do Judiciário deve ser corretiva e excepcional, sob pena de comprometer a

separação dos poderes e transformar os tribunais em gestores de políticas públicas, o que desvirtua sua função constitucional.

O Brasil dispõe de recursos suficientes para garantir saúde, educação, previdência e assistência social de qualidade. O que falta é o compromisso genuíno com a boa gestão e a responsabilidade fiscal. A corrupção, a ineficiência administrativa e a ausência de planejamento comprometem a alocação adequada dos recursos e perpetuam um modelo de desigualdade estrutural que favorece poucos e marginaliza muitos.

Claro que o dirigismo constitucional contribui para corrigir essas distorções. Ao impor diretrizes vinculantes para a realização dos direitos sociais, a Constituição de 1988 estabeleceu obrigações inescapáveis para os governantes, que não podem simplesmente alegar conveniências políticas ou restrições orçamentárias como justificativa para omissões deliberadas. No entanto, para que esse modelo seja eficaz, é necessário fortalecer os mecanismos de fiscalização, garantindo que a corrupção e o desperdício de recursos sejam combatidos com rigor.

A reconstrução da efetividade dos direitos sociais exige reforma profunda da administração pública no âmbito da transparência, probidade e eficiência. A profissionalização da burocracia estatal, a adoção de critérios técnicos para nomeação de cargos estratégicos e a implementação de mecanismos rigorosos de controle interno e externo são medidas urgentes para resgatar a credibilidade das políticas públicas. Sem essas mudanças, o país continuará refém de governos que instrumentalizam os direitos sociais sem qualquer compromisso com sua execução.

O constitucionalismo social não é um entrave ao desenvolvimento, mas alternativa viável para a construção de uma sociedade justa e democrática. No entanto, sua eficácia depende de pacto republicano que supere as práticas patrimonialistas e clientelistas que corroem as instituições brasileiras. A conciliação entre responsabilidade fiscal e promoção dos direitos sociais é um imperativo, pois não há justiça social sem sustentabilidade econômica.

É preciso entender que os direitos sociais não podem continuar reféns de discursos populistas, medidas paliativas e gestões irresponsáveis. O Brasil precisa romper com o ciclo de promessas vazias e implementar um modelo de governança que respeite a Constituição e seus princípios fundamentais. Não são favores concedidos pelo Estado, mas compromissos inegociáveis, que devem ser garantidos pelo Estado.

A solução não está na transferência das decisões políticas para os tribunais, mas no fortalecimento das instituições democráticas e na criação de um ambiente político comprometido com a justiça social. Estamos diante um paradoxo estrutural: embora a Constituição de 1988 tenha optado pelo liberalismo social, sua implementação tem sido minada pelo populismo irresponsável, corrupção sistêmica e ausência de uma governança eficiente. Esse cenário reflete não apenas a fragilidade das instituições políticas, mas também o esvaziamento dos direitos sociais como instrumento de transformação concreta da realidade brasileira.

O populismo, seja de matiz progressista ou conservador, tem se apropriado do discurso dos direitos sociais sem qualquer compromisso com sua materialização. Planos mirabolantes, promessas vazias e medidas assistencialistas de curto prazo substituem políticas públicas estruturantes, perpetuando a desigualdade e a dependência do Estado como estratégia de manipulação eleitoral. A ausência de planejamento e de compromisso genuíno com a justiça social compromete o desenvolvimento nacional e condena milhões à exclusão.

Por outro lado, o presidencialismo de coalizão agrava esse quadro ao transformar o orçamento público em moeda de troca entre o Executivo e o Legislativo. A necessidade de garantir apoio no Congresso tem levado à apropriação de cargos estratégicos por agentes sem compromisso com o bem comum, resultando em políticas ineficazes e em práticas patrimonialistas. Esse modelo de governabilidade, baseado na troca de favores, no compadrio, afasta o Estado de sua missão constitucional de reduzir desigualdades e garantir direitos fundamentais.

Além disso a crise não decorre da escassez de recursos, mas sim da má gestão dos existentes. A irresponsabilidade fiscal e o desperdício comprometem as políticas sociais, são responsáveis pela má qualidade dos serviços públicos e se erguem como obstáculos à concretização dos direitos fundamentais.

Desta forma o dirigismo constitucional surge como instrumento valioso para a superação da crise. Mas não o único. A concretização depende de agentes políticos comprometidos com a integridade institucional e com o cumprimento rigoroso das normas constitucionais. O fortalecimento do Ministério Público e dos órgãos de fiscalização, bem como a participação ativa da sociedade civil e meios de comunicação são fundamentais para coibir desvios e garantir a correta destinação dos investimentos sociais.

A efetivação dos direitos sociais não pode ser sequestrada por discursos eleitoreiros ou por interesses escusos. Mas conduzida com racionalidade. Depende da superação do patrimonialismo e da adoção de um modelo de governança que respeite a Constituição, garantindo que os direitos sociais se tornem realidades concretas para todos os cidadãos.

Portanto, a crise não será resolvida com medidas paliativas, soluções populistas ou neoliberais. É preciso pôr o interesse público coletivo acima das conveniências políticas, além de assegurar aos magistrados a correta aplicação das normas constitucionais, assegurando o respeito à justiça social e à dignidade da pessoa humana.

A decisão sem precedente: a passagem válida para apenas uma viagem

Ravi Peixoto

1. Introdução

No Brasil, houve a opção de estabelecer um sistema de precedentes por meio da legislação. Por mais que já houvesse alguma cultura de precedentes, eram raras as previsões de vinculação da *ratio decidendi,* o que foi alterado pelo CPC de 2015.[1] Há, contudo, muitos debates, desde a inconstitucionalidade do art. 927 do CPC até os limites da obrigatoriedade do rol do mesmo texto normativo. Parte-se de um pressuposto bastante simples: as decisões do rol do art. 927 do CPC são obrigatórias.

No entanto, não basta, na teoria dos precedentes, bem como por indicativos da própria legislação, que a decisão esteja no rol do art. 927 do CPC para que seja vinculante. Há algumas condicionantes para que a qualidade de obrigatória lhe seja adicionada.

Não basta que haja decisão. O mínimo exigido para que haja precedente é uma *ratio decidendi* utilizada pela maioria dos membros julgadores.[2]-[3] Também é possível exigir que tenha sido respeitado o contraditório efetivo, o qual tem por conteúdo tanto a imposição de que a decisão seja adequadamente justificada, respeitando as exigências do art. 489, §1º, do CPC, quanto a vedação às decisões surpresa (art. 10, CPC). Indiretamente essa conclusão é acolhida pela recomendação CNJ n. 134, que exclui efeito vinculante se "o tribunal que julgar a questão, no precedente firmado, não houver enfrentado e se

[1] Nesse sentido é a manifestação do Ministro Teori Zavascki, ainda antes do CPC/2015, quando afirmou que "o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva. Demonstrou que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da "civil law", que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do "stare decisis", própria do sistema da "common law". Sublinhou a existência de diversas previsões normativas que, ao longo do tempo, confeririam eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento". (STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo n. 739). Para uma evolução história dos precedentes na história do direito brasileiro, cf.: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246; SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018, p. 113-125.

[2] Também nesse sentido o E. 317 do FPPC: O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

[3] Sobre os desafios para extração da ratio decidendi em decisões plurais: MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

pronunciado sobre fundamento existente no caso concreto futuro" (art. 41). Por fim, exige-se, ao menos, a publicação do inteiro teor da decisão tida como precedente, preferencialmente na internet (art. 927, §5º, CPC), no endereço eletrônico do tribunal.

Preenchidos todos esses pressupostos, a decisão terá (deveria ter) eficácia obrigatória.

Nos EUA, que também serão utilizados como parâmetro, tem-se tradicionalmente a adoção do *stare decisis*. As decisões proferidas pela Suprema Corte possuem eficácia obrigatória. Pode-se até discutir o grau de vinculatividade ou os requisitos, mas é inegável que havendo uma *ratio decidendi* compartilhada pela maioria dos ministros, ela será obrigatória.

Ao menos em tese.

Isso porque tem surgido na própria jurisprudência (Brasil e EUA) e na doutrina a discussão sobre o poder das Cortes superiores de, ao decidirem, em situação que supostamente teria eficácia obrigatória, possam simplesmente dizer: *hoje não.* Em outros termos, que o precedente deveria ser vinculante, mas não o será.

Trata-se de uma técnica que foge à lógica natural das coisas. O próprio tribunal teria o poder de decidir se a sua decisão tem ou não eficácia obrigatória.

O fundamento primordial para a prolação de uma decisão desse tipo seria a consciência, por parte da Corte, de que as circunstâncias do caso impedem que seja obtida uma decisão definitiva, vista como aquela capaz de orientar a sociedade e regular os casos futuro.[4] Trata-se de técnica que, embora já tenha sido utilizada por Cortes superiores, ainda não foi devidamente analisada pela doutrina, de forma a identificar *se* e *quando* seria legítima sua utilização.

O objetivo desse texto é o de investigar essa nova técnica decisória, partindo de exemplos concretos para perquirir sobre a sua admissibilidade e eventuais requisitos.

2. A prática jurisprudencial

A discussão do tema surgiu da prática jurisprudencial. Os problemas apareceram e foram solucionados pelos tribunais, cabendo à doutrina refletir sobre o surgimento dessa nova técnica decisória. Esse texto partirá dos exemplos para, posteriormente, problematizar a questão, verificando se há fundamentos para a técnica e em que casos ela poderia ser utilizada.

Um conhecido caso no Brasil ocorreu no RE 240.785.[5] Naquela ocasião, o STF iniciou o julgamento da inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS em 1999 e apenas o concluiu em 2014. Além disso, durante esse período, mais especificamente

[4] SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided. Harvard Law Review, v. 110, n. 4, 1996, p. 8; MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia. São Paulo: RT, 2021, p. 328.
[5] STF, Tribunal Pleno, RE 240.785, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/10/2014, DJe 16/12/2014.

próximo ao fim do julgamento, já havia sido admitido, com repercussão geral, o RE 574.706 com o mesmo objeto. Dadas essas peculiaridades, o Ministro Gilmar Mendes propôs o seguinte:

> Anteciparia a minha posição no sentido de que nós nos limitemos a julgar este Recurso Extraordinário sem lhe atribuir caráter de repercussão geral – ao contrário do manifestado pelo Ministro Celso -, porque, de fato, a composição mudou; três Ministros que participaram do julgamento não mais estão, e hoje nós temos um RE com quatro Ministros. E nós temos agora um Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida além da ação declaratória de constitucionalidade proposta.

Chegou a existir certa discussão sobre a continuidade ou não do julgamento, prevalecendo a noção de que a parte recorreu tempestivamente, tendo buscado proteção do seu direito. Assim, o julgamento teria de ser encerrado, inexistindo motivos para a negativa de jurisdição. No entanto, a ele não foi concedida a eficácia de precedente obrigatório.

Essa tomada de posição do STF foi muito relevante. Isso porque, quando da análise do RE 574.706,[6] em relação à modulação de efeitos, um dos fundamentos para que ela fosse realizada foi o fato de que não haveria, na Corte, precedente obrigatório sobre o tema. O STF, há muito tempo, se recusava a reconhecer a natureza constitucional do tema, tanto, que o STJ chegou a afetar recurso repetitivo sobre o tema (Resp. 1.144.469). Portanto, quando o STF firmou posicionamento de que o ICMS não poderia fazer parte da base de cálculo do PIS e do COFINS, seria a primeira decisão obrigatória sobre o tema, que significava uma superação surpreendente do entendimento do STJ.[7]

Postura semelhante também pode ser observada na Suprema Corte dos EUA. O caso mais conhecido ocorreu na decisão Bush v. Gore,[8] na qual estava em disputa a possibilidade de recontagem dos votos, prevalecendo a posição majoritária pela sua impossibilidade, assim, reformando decisão da Suprema Corte da Flórida.

Não é relevante entender os meandros fáticos do caso, mas trata-se de uma decisão que definiu o resultado das eleições presidenciais norte-americanas. Bush inicialmente havia vencido na Florida por menos de 600 votos; após uma recontagem essa vantagem caiu para 327 e haveria, por decisão da Suprema Corte da Flórida, uma recontagem manual. E então ela foi cancelada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

[6] STF, Tribunal Pleno, RE 574706 ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/05/2021, DJe 12/08/2021.

[7] Sobre essa decisão, cf.: PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Revista dos Tribunais, v. 1034, 2021.

[8] BUSH et al. v. GORE et al. 531 U.S. 98 (2000).

E, ao decidir, afirmou-se que:

> O processo de recontagem, em suas características aqui descritas, é inconsistente com os procedimentos mínimos necessários para a proteção do direito fundamental de cada eleitor na instância especial de uma recontagem estadual sob a autoridade de um único oficial estatal. *Nossas considerações são limitas às presentes circunstâncias, pois o problema da igualdade de proteção nos processos eleitorais geralmente apresenta muitas complexidades.*[9]

Em outros termos, a Suprema Corte afirmou que a decisão não era precedente. E o fundamento seria o de que haveria um excesso de particularidades no caso. Embora seja uma das decisões mais importantes da história da Suprema Corte, o próprio tribunal deixou claro que o *precedente não era para ser tido como precedente.*

E esse comando efetivamente foi seguido. Consoante anota a doutrina, as cortes inferiores realmente não têm citado Bush v. Gore em decisões posteriores.10 A situação é vista como tão incomum que aponta-se que "não há precedente para uma decisão da Suprema Corte que vem com um aviso em destaque: NÃO DEVE SER USADA COMO PRECEDENTE".11 Outra linguagem utilizada foi a de que ela seria uma passagem válida para apenas um dia, impondo o resultado apenas para uma situação e não para outros casos semelhantes.12

3. Vantagens e desvantagens da técnica

A técnica, embora já utilizada pelas Cortes, ainda não passou por uma depuração doutrinária. Afinal, nem toda técnica utilizada pelo Poder Judiciário é legítima, cabendo à doutrina realizar essa reflexão.

Um risco inicial é o de deixar que temas importantes acabem sem uma resposta

[9] Tradução livre de: The recount process, in its features here described, is inconsistent with the minimum procedures necessary to protect the fundamental right of each voter in the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer. Our consideration is limited to the present circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities. (Bush v. Gore, 531 U.S. 110).

[10] BRODIN, Mark S. Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever. Nevada Law Journal, v. 12, 2012, p. 567, nota 34.

[11] "there is no precedent for a decision of the Supreme Court that comes with the warning label "NOT TO BE USED AS A PRECEDENT" (BRODIN, Mark S. Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever… cit., p. 567).

[12] "It is, as some have described it, a ticket valid on one day only. And, as such, it imposes a result for that day and for no other". CALABRESI, Guido. In Partial (but not Partisan) Praise of Principle. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). Bush v. Gore: the question of legitimacy. New Hale & London: Yale University Press, 2002, p.72.

definitiva, apesar da existência de uma decisão da Corte Suprema. Se um dos objetivos da existência de Cortes de vértice é o de unificar o direito, seria até contraditório que as suas decisões – mesmo que detentoras de todos os pressupostos para formação do precedente – não sejam obrigatórias para o restante do Poder Judiciário.

Outro problema que pode ocorrer a partir da admissão da prolação de decisões em casos relevantes sem que haja a formação de precedentes é o de retirar as possíveis consequências adversas desse tipo de decisão. É que uma decisão judicial só pode ser criticada pelos efeitos que terá em casos futuros e com base na sua fundamentação. A decisão da Corte suprema que é supostamente irrelevante foge justamente dessas críticas.[13]

Decisões proferidas em casos que deveriam se tornar precedentes, mas que não os geram, acabam permitindo aos juízes decidirem de acordo com suas preferências pessoais. Afinal, não haverá – em princípio – nenhuma consequência futura de suas decisões. A crítica, para essas decisões, só pode ser dirigida à ausência de eficácia obrigatória, afinal, a própria Corte afirma que suas razões devem ser desconsideradas. E, dessa forma, uma vez que os juízes também são humanos, a tendência é a de utilização desse poder cada vez mais.[14]

Concorda-se em parte com esse argumento. De fato, em tese, ela não teria efeitos de precedentes, mas poderia ser criticada pelos seus fundamentos de mérito, gerando fortalecimento ou eventual abandono da posição adotada no caso específico.

Em termos gerais, os principais problemas da técnica envolvem o seu uso excessivo. E, assim o fazendo, pode ocorrer uma desvalorização das decisões da Corte. Quando determinado tema relevante chega ao tribunal, é natural que a sociedade se prepare para a prolação de uma decisão obrigatória. A partir do momento em que a produção de um precedente obrigatório passe a ser apenas eventual, a sociedade pode deixar de dar tanta importância às decisões da Corte. É inegável, tal como se verifica no Brasil, que não basta a previsão da obrigatoriedade dos precedentes para que eles se tornem efetivamente vinculantes.

Há também um problema em relação a algo sobre o qual a Corte não tem controle. Uma vez proferida decisão em caso relevante, a própria Corte e outros tribunais acabarão sendo confrontados com a eventual *ratio decidendi* formada na decisão anterior.[15] Será possível simplesmente ignorá-la? Os tribunais e juízes que poderiam estar vinculados provavelmente serão influenciados pela decisão da Corte. É difícil de prever quão persuasiva pode ser uma decisão que supostamente não deveria valer como precedente.

Dentro desse contexto, pode até ser uma vantagem. Na medida em que a Corte decide sem ter eficácia vinculante, ela poderia participar da interpretação do tema polêmico

[13] CALABRESI, Guido. In Partial (but not Partisan) Praise of Principle… cit., p. 77.
[14] CALABRESI, Guido. In Partial (but not Partisan) Praise of Principle… cit., p. 78.
[15] Com essa reflexão: FISS, Owen. The fallibility of reason. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). Bush v. Gore: the question of legitimacy. New Hale & London: Yale University Press, 2002, p. 89.

sem fechar as portas para outras percepções. Quando há prolação da decisão vinculante, por mais que não haja fechamento total do diálogo[16], ele se torna mais truncado. Com a decisão não vinculante, o raciocínio da Corte torna-se mais um dentre aqueles que participam do processo interpretativo.

Por outro lado, ela também pode ser importante em situações críticas, o que talvez seja seu grande desafio. Como se verá nos próximos itens, podem existir momentos excepcionais em que a Corte precise enfrentar uma situação intolerável e a decisão com validade apenas para o caso seja a melhor opção.[17] O precedente gera um óbvio compromisso para a Corte de, salvo a existência de fortes justificativas, manter aquele entendimento.[18] Uma primeira decisão sobre um tema muito delicado pode ser necessária em um momento no qual a sociedade não esteja pronta para uma resposta definitiva.

No Brasil, STJ e STF, diferentemente de outras Cortes estrangeiras, não possuem um total domínio das matérias que pretendem analisar. Muitas são as ações de competência originária, em especial o controle de constitucionalidade no STF, recursos ordinários, habeas corpus e outros procedimentos que podem levar a essas Cortes temas os mais diversos possíveis. E com tempos decisórios também diversos, por vezes, exíguoso bastante para impedir a devida reflexão sobre o tema.

4. A decisão não vinculante no quadro das não decisões

A decisão sem efeito obrigatório não é uma técnica isolada, mas que faz parte de um conjunto maior de instrumentos que são utilizados pelas Cortes para não decidir ou para decidir o mínimo possível. Luiz Guilherme Marinoni trabalha com diversas dessas técnicas, tais como suspensão do julgamento com anúncio de retomada, decisão de constitucionalidade com reserva, com deferência, que pode ser cumulada com recomendação, entre outras.[19]

A premissa básica é a de que, em certos momentos, é importante não decidir ou decidir o mínimo possível. Como será aprofundado no item seguinte, por vezes o tema não está maduro o suficiente para que seja dada uma resposta definitiva. No contexto da decisão não obrigatória, há duas outras técnicas que seriam detentoras de maior conexão: a recusa de análise do tema e o minimalismo judicial.

[16] É possível ao legislativo alterar a decisão do Poder Judiciário, com alguns condicionantes no direito brasileiro: cf:BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017; PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais? Em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Civil Procedure Review, v. 9, 2018, disponível em https://www.civilprocedurereview.com/revista, acesso no dia 29/09/2022.

[17] CALABRESI, Guido. In Partial (but not Partisan) Praise of Principle… cit., p. 79.

[18] Para uma análise do tema da superação do precedente, cf.: PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e modulação de efeitos. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

[19] MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia. São Paulo: RT, 2021, p. 309-330.

A recusa de análise do tema, ao menos de forma expressa, só ocorre se a Corte tem o poder de simplesmente recusar a análise do recurso/processo. Isso acontece quando o remédio jurídico processual depende de uma análise discricionária da Corte sobre sua relevância, como ocorre no recurso extraordinário, com a repercussão geral e, mais recentemente, no recurso especial, com a relevância da questão federal.

Para Marinoni, por exemplo, não haveria transcendência da questão se ela ainda precisa de debate fora do ambiente do Poder Judiciário, pela ausência de discussão popular amadurecida ou deliberação parlamentar prévia. Nesse contexto, ainda seria possível à Corte, percebendo a complexidade do tema após o conhecimento do recurso, suspender o processo, em especial nas situações em que esteja na iminência da ocorrência de uma solução parlamentar.[20]

A outra técnica seria a do minimalismo judicial.[21] A ideia do minimalismo judicial é a deque as decisões abordem apenas o mínimo necessário para que a pretensão seja enfrentada. Tem-se o foco apenas nos fatos e nas questões específicas trazidas pelo caso concreto.[22] Como vários temas são extremamente polêmicos, quanto menos abrangente for a decisão, melhor, para permitir que a sociedade possa avançar com maior liberdade nas discussões das questões.[23]

E o que sobra para a decisão sem efeito vinculante?

Inicialmente, nem todas as Cortes possuem o poder de escolher os casos. Mesmo STF e STJ, para além do recurso extraordinário e o recurso especial, possuem inúmeras competências originárias e recursal ordinária. Não adianta o STF recusar a admissão de um recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral para permitir evolução do debate, mas ser confrontado com uma ação do controle concentrado ou um recurso ordinário com o mesmo tema. De fato, ele pode, em tese, não decidir, jamais pautando o tema, mas esse não é um poder ilimitado.

Pode também já ter ocorrido a admissão do recurso extraordinário ou especial, mas, só então, ser perceptível que as circunstâncias do caso concreto não permitem a tomada de uma decisão capaz de formar um precedente.[24]

Em sendo necessária a decisão do tema, o minimalismo pode não ser capaz de garantir uma decisão nos termos desejado pela Corte. Se há, por exemplo, um recurso que versa sobre o tema do aborto, por mais que se possa ser o mais minimalista possível, a decisão precisa concluir sobre a sua possibilidade ou não. Em uma situação crítica como essa, pode ser mais interessante para a Corte prolatar uma decisão que resolva o caso, mas

[20] MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia... cit., p. 212.
[21] SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided. Harvard Law Review, v. 110, n. 4, 1996.
[22] SUNSTEIN, Cass R. Constitutional personae. New York: Oxford University Press, 2015, p. 16; SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided… cit., p. 14.
[23] Um resumo dessa construção teórica, que parte de diversos textos de Cass Sunstein: MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia... cit., p. 223-231.
[24] MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia... cit., p. 328

que não deve ser tida como obrigatória em termos de precedentes.

5. Hipóteses de cabimento

Partindo da premissa que essa técnica é admissível, surge outro desafio: identificar quando ela pode ser utilizada. Isso porque, como ficou claro no item anterior, a sua adoção pelas Cortes apenas deve ser admitida em hipóteses excepcionais, devendo ser restrita a situações não corriqueiras.

5.1. Desacordos interpretativos profundos ou desacordos morais razoáveis

A linguagem do direito, por mais que se pretenda a utilização de termos objetivos, sempre possuirá alguma possibilidade de divergência interpretativa.[25] Os problemas de divergências interpretativas são agravados com as mudanças nas técnicas legislativas que ocorreram no último século, com a inserção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. Ainda mais com a utilização dessas espécies de termos nas constituições, que atuam como parâmetro de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Também é possível adicionar no caldeirão que aquece as divergências o aumento da pluralidade da sociedade, em especial das vozes que conseguem se pronunciar no debate público. Se, em dado momento da história, havia maior homogeneidade no debate público, atualmente, ele é tudo menos homogêneo. Essa diversidade de concepções políticas e de funcionamento da sociedade refletirá na elaboração das legislações e das decisões.[26]

Entre a pluralidade de vozes e a indeterminação do direito, surge uma nova espécie de discussão, que envolve desacordos interpretativos profundos[27] ou desacordos morais razoáveis.[28]

Os desacordos interpretativos profundos são divergências radicais que ocorrem na atividade interpretativa relacionadas a textos normativos explícitos ou normas implícitas. Ela geralmente ocorre em nível constitucional e é detentora de termos valorativos com caráter ético e político, a exemplo de pessoa, dignidade, vida, autonomia pessoal etc.[29] A interpretação desses termos exige a atuação de elementos externos ao ordenamento jurídico, tornada ainda mais complexa em um regime de pluralismo ético que apresenta soluções alternativas e conflitantes ao problema.[30]

[25] Sobre os vários níveis de indeterminação da linguagem no direito: ÁVILA, Humberto. Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 25-74.
[26] Refletindo sobre os efeitos da diversidade na legislação e na jurisprudência: WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 73-75; RICOEUR, Paul. Le juste. Paris: Esprit, 1995, p. 220.
[27] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi. Modena: Mucchi, 2016.
[28] MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia. São Paulo: RT, 2021, p. 99.
[29] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 11.
[30] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 17-20.

É difícil, para um observador externo e imparcial, identificar a existência de uma única resposta correta (embora os participantes sempre insistam que seu ponto de vista é o único correto).[31] A partir de um diálogo de boa-fé e com argumentos racionais, a divergência permanece e mais de uma resposta razoável pode ser admitida.[32]

Essas discussões trazem novamente para o centro da preocupação a relação entre direito e moral, bem como à forma de atuação do Poder Judiciário em casos mais complexos. Eles podem ser tidos como genuínos, sem culpa e irresolvíveis.[33]

A menção à inexistência de culpa talvez pudesse ser transformada na exigência de bom senso da divergência, porque ela envolve a ausência de interpretações absurdas. Seria, por exemplo, absurdo conceber que a confissão obtida por meio de tortura estaria de acordo com a dignidade da pessoa humana.[34] Também é exigida a honestidade no debate, não havendo o objetivo de prejudicar intencionalmente os interesses alheios.[35]

A irresolvibilidade tem relação com o fato de que uma simples decisão não terá aptidão de sanar o conflito interpretativo. Isso porque essa mudança apenas ocorreria por um processo cultural e não por uma decisão tida por vinculante.[36] Basta aqui lembrar de *Roe v. Wade,* decidido em 1973, mas que nem de perto conseguiu pacificar a questão do aborto. Tanto é que acabou sendo revogado por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* em 2022. E que, com certeza, não pacificou e nem pacificará o problema. Por outro lado, há tema complexos que podem ser pacificados com uma decisão. Um exemplo é a interpretação dada pelo STF excluindo o ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Trata-se de tema jurídico específico e que pode ser resolvido com apenas uma decisão, por mais que seja complexo.

Aponta-se alguns pressupostos para a existência de um desacordo dessa natureza: as partes devem estar de acordo com os fatos relevantes para o caso concreto. Aqui significa, por exemplo, que em debate sobre o aborto, todos concordam com o fato do aborto, bem como o momento em que ocorreu. A discussão jurídica deve envolver participantes que tenham por objetivo a universalização do raciocínio a ser aplicado no caso concreto, ou seja, que ela possa ser aplicada a outras situações similares. Por fim, os participantes devem estar em condições psicológicas normais.[37]

Nesses casos, a resolução da divergência só pode ser resolvida pela adoção de uma concepção ético-política, que não tem como ser traduzida para uma linguagem politicamente neutra.[38] A decisão do Poder Judiciário terá necessariamente por base a

[31] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 53-55.
[32] BESSON, Samantha. The morality of conflict. Reasonable disagreements and the law. Oxford: Hart, 2005, p. 1.
[33] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 12-13.
[34] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 48.
[35] MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia... cit., p. 100.
[36] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 53-54.
[37] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 32.
[38] VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi... cit., p. 29.

convicção moral dos julgadores.[39] Legitimar a solução do problema pelo judiciário pode levar a um problema do ponto de vista da democracia por deixar de levar em conta a voz dos cidadãos, que também devem ter suas convicções morais consideradas.[40] Esse problema ficaria ainda mais claro nas situações em que a questão sequer chegou a ser debatida previamente pelo Poder Legislativo.

É justamente nesse contexto que a Corte pode se encontrar frente a um desacordo interpretativo profundo em que o debate não tenha sido amadurecido o suficiente. Proferir uma decisão com eficácia vinculante trava o diálogo dos outros atores. Não o impede, mas, de certa forma, para que o Legislativo participe, haverá um novo peso e outro ônus argumentativo, pois uma decisão legislativa em sentido contrário pode vir a nascer com uma presunção de inconstitucionalidade.

Assim, nos casos de desacordos interpretativos profundos, é recomendável que em certas situações a Corte decida sem gerar um precedente obrigatório. Dessa forma, o debate sobre o tema mantém-se em aberto, permitindo que ele evolua em outras instâncias e volte posteriormente quando já estiver mais amadurecido.

5.2. Mudanças na composição da Corte

Como visto, o STF demorou quinze anos para decidir sobre a incidência do ICMS na base de cálculos do PIS e da COFINS. Esse é um problema que é incomum para outras Cortes que possuem maior controle sobre sua agenda: por exemplo, a Suprema Corte dos EUA tem uma pauta anual. Não há um excedente de casos que podem ficar décadas na Corte.

Trata-se de uma contingência particular brasileira em que as Cortes de precedentes enfrentam um problema monstruoso de quantidade de processos, que faz com que casos se perpetuem por diversos anos. Naturalmente, para surgir a situação semelhante à do PIS e da COFINS é absolutamente excepcional. Não basta que o processo demore: há uma sucessão de prolação de votos que, misturados com pedidos de vista, tornem a decisão final um Frankenstein jurídico, formado por pedaços da história da Corte.

Essa situação continua possível, pois o STF tem o entendimento de que é inalterável o voto proferido por Ministro posteriormente aposentado, ou cujo exercício do cargo tenha cessado por outro motivo, mesmo em caso de destaque em julgamento virtual.[41] Assim, proferido voto por um ministro, se houve pedido de vista e este vier a se "perder" no tempo, quaisquer votos proferidos não poderão ser alterados e a decisão final pode conter votos de julgadores que já se aposentaram.

[39] MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia... cit., p. 100.
[40] MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia... cit., p. 102.
[41] STF, Tribunal Pleno, QO na ADI 5.399, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/06/2022, Ata de julgamento DJE 21/06/2022.

Por mais que se fale que os precedentes não devam ser alterados pela mera alteração da Corte, trata-se de um dado da realidade. A mudança significativa da composição de um tribunal pode ser um dado crucial para a redefinição de um tema e isso não pode ser ignorado.

Ocorrendo situação semelhante à ocorrida no caso do ICMS na base de cálculos do PIS e da COFINS, outras técnicas como o minimalismo ou recusa de repercussão geral não funcionam. Afinal, votos já proferidos de ministros aposentados não podem ser alterados e seria uma denegação de tutela jurisdicional depois de anos de espera, a Corte desistir de julgar o caso. Assim, por mais que seja raro esse acontecimento, ele é um dos que mais se beneficiaria pela utilização da técnica da decisão sem precedente.

Do contrário, poderia haver a formação de precedente obrigatório que não reflete o entendimento atual da Corte, mas apenas um recorte de vários momentos do tempo. Nessa situação é melhor que haja uma decisão sem precedente, concedendo maior liberdade para que outra decisão venha a ser proferida com o entendimento atual da Corte.

5.3. Precedentes em tempos de crise[42]

Por vezes, momentos de crises exigem decisões a serem proferidas sem o tempo adequado para reflexão. Ou decisões que só fazem sentido em um contexto maior: um momento de crise.

O Brasil, por exemplo, passou por um momento de grave crise derivado da pandemia do Covid-19. Nesse contexto, o Poder Judiciário é chamado a resolver conflitos que são cruciais na determinação das políticas públicas de isolamento, na divisão de tarefas entre os órgãos estatais, a revisar contratos, suspensão de penhoras, tudo em tempo mínimo, sem que haja pausa para reflexão e sofrendo um forte escrutínio da população, dos veículos de comunicação social e dos demais Poderes, seja sob a argumentação do risco a saúde, das consequências da crise econômica etc.

Nos EUA, preocupação semelhante já foi objeto de reflexão doutrinária, em especial no que se refere aos precedentes em tempos de guerra.[43] Isso porque, durante a segunda guerra mundial, ocorreram diversos julgamentos por meio de cortes militares, muitas vezes sem a devida transparência, com um prazo exíguo, que impediriam um mínimo de devido processo legal, com informações sobre os fatos distorcidas. Essas decisões foram alvo de impugnação perante o Poder Judiciário norte-americano, chegando

[42] Parte dessas reflexões já foram objeto de outro texto: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19. Revista Brasileira de Direito Processual, n. 118, ab./jun.-2022; DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi; ZANETI JR., Hermes. Brazilian Precedents in Covid-19 - Supreme Court Matters? In: NYLUND, Anna; KRANS, Bart. (Org.). Civil Courts Coping with Covid-19. The Hage: Eleven, 2021.

[43] COHEN, Harlan G. "Undead" wartime cases: stare decisis and the lessons of history. Tulane Law Review, v. 84, 2010.

até a Suprema Corte. Nesses casos, a Corte, em momento de forte pressão do Poder Executivo e diante das consequências do conflito armado, além de também sujeita à sensação geral de pânico, acabou chancelando as exceções ao devido processo legal, que seriam garantidas em tempo de paz.[44]

De períodos de crise, podem surgir reflexões – precedentes – duradouros.[45] Mas a preocupação objeto desse item é diferente: e nos casos dos precedentes sem reflexão e emergenciais? Uma primeira possibilidade é a de que podem ser decisões erradas quando analisadas no futuro. Esses casos devem ser bem compreendidos em seu contexto e podem ser simplesmente decisões equivocadas, tomadas pela urgência do caso sem a reflexão devida.

Também seria possível conceber que a própria Corte tivesse consciência de que a decisão não está sendo tomada em um contexto de condições normais de temperatura e pressão. Como uma forma de se proteger de críticas, a própria Corte poderia se adiantar e informar aos jurisdicionados que a decisão a ser tomada não deve ser encarada como um precedente. Principalmente quando se trata de uma decisão que não terá mera natureza de cognição sumária, mas exauriente, embora em condições totalmente adversas para a devida reflexão. A utilização dessa técnica é uma forma de resolver o conflito posto para ser resolvido em condições extremas, sem que haja uma pressão normativa para sua manutenção em situações semelhantes no futuro.

6. Conclusões

Existem várias técnicas aptas a permitir um incentivo à maior deliberação da sociedade como um todo a serem adotadas pelas Cortes em suas decisões. No presente texto, optou-se pela análise da possibilidade de a Corte, de forma expressa, indicar na decisão com potencial para se tornar precedente obrigatório, que essa decisão é uma passagem válida para apenas uma viagem. Ou seja, de que não haverá formação de precedente.

Trata-se de técnica já utilizada tanto nos EUA, como no Brasil e que tem por objetivo não fechar o diálogo sobre um determinado tema, permitindo que haja o seu desenvolvimento em outras instâncias (sociedade civil e Poder Legislativo). Trata-se, em princípio, de uma forma de decidir que incentiva o exercício da democracia deliberativa, sem fechar a interpretação da questão. Esse ponto de vista é especialmente importante nos casos dos desacordos interpretativos profundos, em que o assunto é bastante complexo e

[44] A título exemplificativo: Ex parte Quirin, 317 EUA 1 (1942); In re Yamashita: 327 U.S. 1 (1946); Hirota v. MacArthur: 338 US 197 (1948), dentre outros

[45] Remeto o leitor novamente aos seguintes textos para essas outras reflexões: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19... cit.; PEIXOTO, Ravi; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Brazilian Precedents in Covid-19 - Supreme Court Matters?.. cit.

diretamente influenciado por questões ideológicas.

É possível ir além: essa técnica também pode ser utilizada em outras situações excepcionais. No texto, cogitamos de duas situações: julgamento que se prolonguem tanto no tempo que se torne uma amálgama de diversas composições da Corte, não sendo capaz de refletir seu atual entendimento e como forma de auxiliar a Corte quando submetida a decisões em tempo de crise. Nesta última hipótese, por vezes, o tribunal se vê obrigado a decidir temas complexos sem o devido tempo de reflexão, podendo deixar de forma precedente para permitir melhor reflexão sobre a questão em um momento futuro.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiros, 2022.

BESSON, Samantha. The morality of conflict. Reasonable disagreements and the law. Oxford: Hart, 2005.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

BRODIN, Mark S. Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever. Nevada Law Journal, v. 12, 2012.

CALABRESI, Guido. In Partial (but not Partisan) Praise of Principle. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). Bush v. Gore: the question of legitimacy. New Hale & London: Yale University Press, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246.

COHEN, Harlan G. "Undead" wartime cases: stare decisis and the lessons of history. Tulane Law Review, v. 84, 2010.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi; ZANETI JR., Hermes. Brazilian Precedents in Covid-19 - Supreme Court Matters? In: NYLUND, Anna; KRANS, Bart. (Org.). Civil Courts Coping with Covid-19. The Hage: Eleven, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19. Revista Brasileira de Direito Processual, n. 118, ab./jun.-2022.

FISS, Owen. The fallibility of reason. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). Bush v. Gore: the question of legitimacy. New Hale & London: Yale University Press, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: RT, 2015.
MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia. São Paulo: RT, 2021.

PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais? Em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Civil Procedure Review, v. 9, 2018, disponível em https://www.civilprocedurereview.com/revista, acesso no dia 29/09/2022.

PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Revista dos Tribunais, v. 1034, 2021.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e modulação de efeitos. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

RICOEUR, Paul. Le juste. Paris: Esprit, 1995.

SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional personae. New York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided. Harvard Law Review, v. 110, n. 4, 1996.

VILLA, Vittorio. Disaccordi interpretativi profondi. Modena: Mucchi, 2016.

WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Clarendon Press, 1999.

Sentido e alcance do critério funcional de definição da competência criminal segundo o objeto do juízo

Rosmar Rodrigues Alencar

1. Introdução

A competência do juiz criminal é predeterminada no ordenamento jurídico consoante critérios que colimam dar previsibilidade e direcionamento aos atos processuais. O eixo funcional de competência tem proximidade com o devido processo legal e com o seu liame referido a matérias estipuladas pelo legislador segundo pauta axiomática estruturante do princípio do juiz natural.

Nesse quadrante, a competência funcional conforme o objeto do juízo relaciona processo, cognição e matéria, em determinadas condições de tempo (processual) e espaço (fase da persecução penal). Constitui demarcação da cognição entre órgãos judiciais distintos, pelo que permite derivar consequências jurídicas da sua (in) observância.Divergências em torno do sentido e do alcance das hipóteses de competência segundo o objeto do juízo, impulsionaram a incursão sobre os seus elementos dogmáticos.

Por se tratar de tema sensível ao direito processual penal, foi ele escolhido para prestar homenagem ao Procurador de Justiça do Ministério Público de Alagoas e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, Doutor Dilmar Lopes Camerino, no ano em que completa oitenta anos de idade. Da brilhante trajetória do Professor Dilmar Camerino, seus alunos rememoram a sua dedicação à docência que o fez Mestre de tantos, e os seus colegas, a liderança que perpetuou seu nome no Parquet Alagoano, instituição que exerceu o cargo de Procurador-Geral de Justiça.

Neste estudo, permeado pela contribuição que prestou o homenageado à Universidade Federal de Alagoas, serão esboçados os fundamentos da competência funcional segundo o objeto do juízo, com o propósito de dar colorido a sua função de controle de nulidades, de direcionamento do devido processo legal – integrado ao princípio do juiz natural – e de demarcação da estrutura, sentido e função relativamente às hipóteses enquadradas no critério em tela, a partir de sua definição conceitual.

2. Estrutura normativa da competência e vetor de constatação de nulidades

Em compasso com o escólio de José Frederico Marques, "na competência funcional, o que se torna capital é discriminar, num determinado processo, quais os atos que os juízes, material e territorialmente competentes, podem praticar". A competência do

julgador se desmembra em funções que enfexam seus contornos, vale frisar, "nela, os limites do poder de julgar dizem respeito às próprias funções em que este se desdobra, e daí a sua denominação de competência funcional".[1]

Nessa toada, a competência do órgão autêntico é estrutural a sua função de introdutor de normas individuais e concretas no sistema de direito processual penal. Órgão autêntico é o juiz investido regularmente, com jurisdição que, por seu turno, é função indivisível, constituída por sucessivas camadas, notadamente pela imparcialidade e pela repartição de competência. Enquanto exercício de poder, a jurisdição é demarcada pelas formas legais que constrangem dogmaticamente o juiz à observância dos trilhos avivados pelo direito positivo.

Vale comparar a estrutura dos dois subsistemas que compõem o sistema jurídico. A noção de sistema, aliás, é fundamental para possibilitar o controle – ao menos a posteriori – de ilicitudes e condutas arbitrárias capazes de fragilizar a liberdade jurídica. A propósito, Enrique Aftalión e José Vilanova referem o sistema de direito positivo:

> [...] como un sistema de prescripciones (lato sensu) que tiene o contieneconsecuencias de tipo coactivo. En esta consideración "sistema" se entiendeenel sentido de la lógica, vale decir que lasconsecuencias coactivas previstas enélseríanlógicamenteinferibles dentro del sistema. Para hacer más comprensibleestanoción y dado que es el método utilizado con más frecuencia, digamos que se trata de inferir todas lasconsecuencias lógicas de un conjunto de enunciados primitivos.[2]

Com essa menção, releva retornar ao cotejo entre os dois subsistemas suprarreferidos, que integram o sistema jurídico total.O primeiro é composto por normas gerais e abstratas (deduzido do direito positivo). O segundo, por normas individuais e concretas (depreendido das decisões judiciais)[3]. No subsistema de normas gerais e abstratas, estão a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e a legislação processual penal extravagante. No subsistema de normas individuais e abstratas, situam-se sentenças e decisões.

[1] MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. Campinas: Millennium, 2000. p.258.

[2] Em tradução livre: "[...] como um sistema de prescrições (lato sensu) que tem ou contém consequências coercitivas. Nesta consideração, "sistema" é entendido no sentido da lógica, significando que as consequências coercitivas nele previstas seriam logicamente inferíveis dentro do sistema. Para tornar esta noção mais compreensível e dado que é o método mais utilizado, digamos, envolve inferir todas as consequências lógicas de um conjunto de afirmações primitivas" (AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. Introducción al derecho: conocimiento y conocimiento cientifico; historia de lasideas jurídicas; teoria general delderecho; teoria general aplicada. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988. p.607).

[3] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal: em conformidade com a teoria do direito. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2024. p.22 et seq.

Enquanto a legislação de regência do processo penal se submete a controle de constitucionalidade, a produção de atos processuais penais, no interior do subsistema de processo penal individual e concreto, é passível de controle de nulidade. Ambas as atividades se assemelham pelo escopo de cuidadocom a forma e com o conteúdo da documentação normativa, desde sua produção à sua cristalização em ato.

A estrutura dos eixos de competência é sedimentada doutrinariamente. A fixação da competência se subdivide em duas vertentes. A primeira, material, põe ênfase no conceito de delito. A segunda, funcional, enfatiza questões de ordem processual. A competência material se triparte em competência em razão da matéria, em razão do lugar e em razão da pessoa. A competência funcional também se reparte em três, para sublinhar, como seu parâmetro divisor, aspectos processuais, a saber, competência em razão do grau do recurso, segundo a fase do processo e conforme o objeto do juízo.

Há algo em comum entre as três formas de competência funcional, porquanto cada uma guarda um entorno dentro do qual o juiz competente poderá exercer cognição, enquanto os demais magistradosserão incapazesde enunciar normas individuais e concretas, confinando-se a validade no primeiro órgão autêntico. Tem relevo transcrever as palavras de Franco Cordero, em contexto similar do direito italiano:

> A proposito dell'ordine dei giudizi e dei rispettiviorgani, la formula "competenzafunzionale" designa l'eventualitàcheil processo sia svolto in piùprocedimentidi fronte a giudicidiversi. Perchè sia pronunciata una sentenzadiassoluzione o dicondanna sono necessari, diregola, treprocedimenticonsecutivi ("statidelprocedimento" nella nomenclatura delcodice) ossial'instruzione, ilpredibatimento e ildebattimento. Mal'assoluzione o lacondannapotrebbero non esserel'atto conclusivo: solo che una parte invochiunsecondogiudizio o deducaunviziodelladecisione, il processo si sviluppa in fasiulteriori; e secondocheguardiamoalla serie conclusa dalla prima decisione o a quellechehanno origine dalleimpugnazionisuccessive, il procedimento vienedettodi primo, disecondo, diterzo grado.[4]

[4] Em tradução livre: "Quanto à ordem dos julgamentos e dos respetivos órgãos, a fórmula 'competência funcional' designa a possibilidade de o julgamento se realizar em vários processos perante juízes diferentes. Para que uma sentença de absolvição ou condenação seja pronunciada, em regra, são necessários três processos consecutivos ('estados do processo' na nomenclatura do código), ou seja, a investigação, a audiência preliminar e a audiência. Mas a absolvição ou a condenação podem não ser o ato final: só se uma das partes invocar uma segunda sentença ou inferir uma falha na decisão é que o processo se desenvolve em fases posteriores; e dependendo se olharmos para as séries concluídas pela primeira decisão ou aquelas que decorrem de recursos posteriores, o procedimento é denominado primeiro, segundo, terceiro grau." (CORDEIRO, Franco. Procedura penale. Milano: Giuffrè, 1983. p.255).

A demarcação desses critérios de fixação da competência criminal indicam quando haverá nulidade por ter sido o ato praticado irregularmente ao ter escapado do âmbito definidor de competência. A regra de competência informa quando o ato emitido atende aos seus ditames e quando exorbita o seu âmbito ideal. No primeiro caso, o ato jurídico estará imunizado contra supressão de seus efeitos. No segundo, por ter havido atuação em descompasso com a regra de competência, o ato processual estará eivado de nulidade, tornando-se passível a sua invalidação.

Toma-se como alicerce dessa conclusão, a premissa que Tácio Lacerda Gama avivou sobre os elementos da enunciação derivados da regra de competência. No seu magistério, a hipótese da norma de competência deve prescrever, direta ou indiretamente, critérios que possibilitem a verificação da "programação formal da norma de competência". Consiste em função nomogenética – decorrente do processo em que um sujeito cria, modifica ou extingue normas jurídicas, em um sistema de direito positivo – capaz de veicular várias mensagens, cuja validade dos atos jurídicos decorre da constatação de que há competência daquele que "atende aos requisitosprevistos pelo direito positivo para ser qualificado como tal"[5].

A respeito da função da regra de competência de aferir nulidades, a primeira premissa é a de que o órgão judicial deve agir dentro do quadro de regularidade, ou seja, não lhe é autorizado exarar atos processuais que não estejam em compasso com o ordenamento jurídico (devido processo legal) e que não lhe tenham sido afetados previamente por lei (juiz natural). Trata-se do contorno dos deveres-poderes do órgão julgador, que derivam do princípio do juiz natural, haja vista que a sua competência envolve atos típicos consititutivos da garantia do jurisdicionado de ser processado e sentenciado em um justo processo (*dueprocessoflaw*).

O princípio do juiz natural, nos ensinamentos de André Nicolitt, é associado "à própria identidade física do juiz. Este aspecto substantivo traduz-se na exigência de que o juiz conheça os aspectos históricos, culturais e sociais do local onde se deu o delito, bem como tenha participado da produção da prova em todos os sentidos"[6]. Essas cautelas – contidas na semântica do juiz natural – vão ao encontro da finalidade primordial do processo penal, que é a de tutelar a liberdade do indivíduo.

Não sem razão, Afranio Silva Jardim, em seu clássico estudo "Bases constitucionais para um processo penal democrático", encartado em sua obra, pontua nevralgicamente:

[5] GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020. p.96-97.
[6] NICOLITT, André. Manual de processo penal. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p.135.

> Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal. Pelo princípio nullapoenasine judicio, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa.[7]

A atuação do magistrado à margem da regularidade que lhe é devido a prover no ambiente processual (art. 251, CPP) resvala na violação da regra de competência, seja próxima (desacatamento das disposições de estruturação da competência segundo o eixo material e o funcional), seja remotamente (quando incorre em atipicidade, direta ou indireta).

Sem embargo, no nível da jurisdição, a qualidade do seu elemento afetado pode implicar diferenças em torno dos efeitos jurídicos aplicáveis em compasso com a gravidade do vício. Franco Cordero é enfático ao atribuir consequências mais severas às hipóteses de incapacidade do juiz que acarretariaa inexistência jurídica do ato jurisdicional:

> Neldiscorso sul limite delpoteregiurisdizionalepenale, convieneevitareogni equivoco precisando cheparliamo dei casineiqualila pronuncia, per difettodipoteredelgiudice, sarebbe una parvenzadiattogiurisdizionaleinidonea a produrrequalsiasieffetto. Altroèilfenomenodellasentenzasemplicementeviziata, in quanto ilgiudiceabbiadecisosuuntema sucui non avrevvedovuto. Una prima limitazioneèrilevabile, da lato delgiudicando, neicasidiimmunità, in quanto implichimo una vera e propriaincapacitàpenale. Dal puntodi vista delgiudice, poi, si constata come la misura delpotere non sia eguarle per tutti. I poteridelgiudiceistruttore e dellasexioneistruttoria sono confinattinell'alternativarinvio a giudizio-proscioglimento; la Corte dicassazione, se in alcunicasiassolveattraversol'annulalamentosenzarinvio, non hailpoteredicondanare; e dalleregolesull'ordine dei giudizirisultainfine come nessungiudice possa riformare o annullareledecisionidiquellidi grado superiore.[8]

[7] JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.307.

[8] Em tradução livre: "Na discussão sobre o limite do poder jurisdicional penal, é importante evitar qualquer mal-entendido, especificando que se trata de casos em que a decisão, por falta de poder do juiz, seria a aparência de um ato jurisdicional inadequado para produzir qualquer efeito. Outro é o fenômeno de uma sentença simplesmente errada, na medida em que o juiz decidiu sobre uma questão que não deveria ter decidido. Uma primeira limitação é detectável, por parte do juiz, nos casos de imunidade, pois implicam uma verdadeira incapacidade penal. Do ponto de vista do juiz, vemos então que a medida do poder não é a mesma para todos. As competências do juiz de instrução e da sessão de instrução limitam-se a deferimento alternativo à absolvição; o Tribunal de Cassação, se em alguns casos absolver por anulação sem adiamento, não tem competência para condenar; e, finalmente, das regras sobre a ordem dos julgamentos, verifica-se que nenhum juiz pode reformar ou anular as decisões daqueles de nível superior." (CORDEIRO, Franco. Procedura penale. Milano: Giuffrè, 1983. p.256).

Nas hipóteses em que o juiz age dentro dos limites de competência, porém sem acatar a principiologia e as regras inferidas da cláusula do devido processo legal, haverá nulidade do ato processual também com esteio em outro fundamento, que é o descarrilamento do percurso da norma que, ao cabo, evidenciará mais de um motivo para inquinaro ato viciado de nulidade. Na lição de Alfredo Augusto Becker, "a natureza essencial do Direito – não está nos comandos e proibições – mas está no instrumento que atua mediante regras de conduta (regras jurídicas), segundo as quais o fazer ou o não fazer do homem deve sujeitar-se"[9]. Em outras palavras, o juiz, enquanto vértice da estrutura normativa, deve se sujeitar as disposições de direito positivo que lhe constrangem – tal como um estimulante – ao comportamento devido nos termos da ordem jurídica.

Vale dizer, haverá nulidade pelo desacatamento da regra de competência, bem como ocorrerá exorbitância da competência do juiz enquanto cumprimento de um dever-poder, quando ele, magistrado, não segue o procedimento legal. Neste caso, será correto dizer que o julgador não tinha competência para expedir atos fora do quadro do devido processo legal.

Eis, em breves linhas, a função – estrutural e semântica – da nulidade. O controle de nulidade está para o processo individual e concreto, assim como o controle de constitucionalidade está para as normativas gerais e abstratas.

3. A integração do critério do objeto do juízo ao princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural constitui alicerce de sustentação dos dois eixos de critérios para a definição da competência do juiz criminal. Nos termos do inciso LIII, do art. 5º, da Constituição, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Juiz natural, derivado desse teor, é o princípio que justifica a atuação do órgão previamente designado pelo direito positivo para exercer jurisdição, distribuída conforme demarcação da competência criminal consignada no ordenamento jurídico.

A relação entre o princípio do juiz natural e o conceito de jurisdição foi objeto da argúcia de Amilton Bueno de Carvalho, evidenciando que se trata de fonte de derivações das regras constitutivas do devido processo legal, com notável necessidade de aderência ao direito posto. Na sua expressão exarada sob perspectiva garantista então aplicada no exercício judicante no egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> O exercício da função jurisdicional, no sistema jurídico penal democrático (fatalmente acusatório), é regido por princípios primários: imparcialidade, juiz natural, inércia da jurisdição. Além de outros, de cunho processual, intimamente ligados aos primeiros, como do contraditório e do livre convencimento, que têm como pressuposto ainda outros como: publicidade, oralidade, equidistância etc.

[9] BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 5. ed. São Paulo: Noeses,2010. p.67.

> Tais vínculos definem o grau de legitimidade do poder jurisdicional. Fiel a estes princípios, o juiz deve laborar – em auto-policiamento – evitando confusão entre arbitrariedade e livre convencimento para "reduzir as margens de discricionariedade", diria Ferrajoli.[10]

A lição de Julio Maier contempla a importância do juiz natural para o fim de se coibir que se escolha arbitramente o juiz da causa, ex post facto:

> Una buenamanera de asegurarlaindependencia e imparcialidaddel tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por algunaautoridad, una vez que el caso sucede enrealidad (despuésdel caso), esto es, que se coloque frente al imputatotribunalesad hoc, creados para el caso o para la persona a juzgar.[11]

Objeto do juízo é expressão técnica que remete, de um lado, à matéria constitutiva da *causa petendi* atrelada ao pedido condenatório e, de outro, à dinâmica da cognição do julgador. José Carlos Barbosa Moreira, referindo-se ao **objeto do litígio**, na perspectiva processual civilísitica, pontifica que o pedido "é considerado juridicamente relevante" quando, notadamente, constitua "elemento de identificação ou individualização da ação proposta", daí decorrendo importantes consequências[12].

Esse aspecto é comum ao processo penal, de tal forma que pode ser tópico da teoria do processo. Rogério Lauria Tucci, a propósito, põe luz na relevância normativa do campo criminal, ao arrematar que, "sendo esses interesses (punitivo e de liberdade) de alta relevância social", jamais se deve sacrificá-los sem a devida garantia de um julgamento reconhecido pelo Estado. Na dicção de Luigi Ferrajoli, cuida-se de exigência que se traduz no axioma da jurisdicionalidade, do qual decorre um leque de proteções que se inicia no postulado da inocência do indivíduo e na garantia da legalidade[13].

Com efeito, a delimitação do pedido, congruente com os fatos narrados na denúncia ou queixa, é o primeiro degrau de uma sucessão de atos processuais. A asserção nele contida permite definir a competência criminal e, por exemplo, concluir se a ação penal atende o princípio da suficiência, quando pleno é o feixe de poderes do juiz penal. Ou, diversamente, quando sua competência estiver limitada por lei (*verbi gratia,* se o tipo penal envolver matéria sobre o estado civil das pessoas), indicar a necessidade de ser

[10] CARVALHO, Amilton Bueno. Garantismo penal aplicado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.98.
[11] Em tradução livre: "Uma boa forma de garantir a independência e imparcialidade do tribunal é evitar que este seja criado ou eleito, por alguma autoridade, uma vez que o caso aconteça na realidade (após o caso), isto é, que seja levado perante o acusado em tribunais ad hoc, criados para o caso ou para a pessoa a ser julgada." (MAIER, Julio B. J. Derechoprocesal penal argentino: 1a fundamentos. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p.487).
[12] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.10.
[13] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p.444.

instalado incidente processual face a questão prejudicial heterogênea (art. 92, CPP) e a insuficiência da ação penal, subsumindo-se à hipótese de devolutiva obrigatória (absoluta ou própria).

> Nesta hipótese [de questão prejudicial obrigatória, com devolutividade cogente – absoluta ou própria] a análise será obrigatoriamente devolvida pelo juízo criminal ao juízo não penal. Mais do que isso, podemos dizer que o juízo penal está proibido de analisar a questão prejudicial. No art. 92 do CPP tem-se hipótese de questão prejudicial devolutiva obrigatória.[14]

Na expressão de Alexandre Morais da Rosa, o pedido formulado na petição acusatória deve ter a qualidade de "originalidade cognitiva" relativamente à "temática submetida a julgamento". Em outros termos, seguindo a esteira do jurista, na órbita do juiz natural – que objetiva assegurar "juiz pré-constituído", "impossibilidade de derrogação e indisponibilidade de competência" e "proibição de juízes extraordinários e especiais" –, situam-se disposições normativas que colimam a prestação escorreita da função jurisdicional[15]. Como pondera José Frederico Marques, na trilha dos que consideram o juiz natural inseparável do sistema da legalidade, "juiz natural, ou juiz legal, ou juiz competente se contrapõe, assim, não a juízo especial mas a juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares, 'per giudicarepersone o fattiparticolari', com o disse a cassação de Roma"[16].

Enquanto **objeto** tem semântica de conteúdo enlaçado ao fato típico, **juízo** é o nexo esquemático que relaciona àquele ao tipo penal. A expressão composta **objeto do juízo** integra critério processual pragmático-funcional, que tem o condão de delimitar o exercício da jurisdição alusivo a fato que, embora seja um todo unitário, comporta repartição analítica, ideal, tendo por base a demarcação da competência entre juízes fixada no direito positivo segundo a morfologia do processo. A finalidade, reveladora da preponderância do aspecto pragmático-comunicativo do respeito aos ditames da competência funcional, será a de assegurar o devido processo legal e os contornos da liberdade humana.

Essa prioridade pragmática (função) na relação entre os demais eixos do discurso – o semântico (sentido) e a sintática (estrutura) – é descrita por Robson Maia Lins com ênfase no fito comunicativo do direito. Embora os planos não estejam isolados, o jurista pondera que se deve ter em conta que a interferência entre eles, condicionadas pelo patamar

[14] DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo: RT, 2015. p.331.
[15] ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020. p.551-553.
[16] MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal: volume I. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p.216.

sintático (estrutural), não afasta a incidência do princípio da preponderância da prioridade pragmática, que atribui à dogmática a tarefa de construir e sistematizar o direito[17].

Decerto, a função e a finalidade comunicativa que estabelecem o *jus libertatis* como vetor axiológico da interpretação das disposições de processo penal (*jurisdictio:* jurisdição; *jus dicere:* dizer o direito), permitem conferir-lhe interpretação uniforme, atrelada à produção de normas a partir de fontes jurígenas reconhecidas com supedâneona Lei Maior. Esse olhar não passou despercebido a Geraldo Prado quando aludiu à concepção de jurisdição como "atividade juridicamente vinculada", enquanto elemento constitutivo de natureza formal da *persecutio criminis* e do seu controle:

> A **persecução penal** é um dispositivo jurídico formal de caráter institucional. Essa sua condição constitutiva formal submete a **persecução penal** ao dominío do valor **dignidade da pessoa** cujo respeito escrupuloso, em cada uma as etapas de apuração da responsabilidade penal determina não apenas a legitimidade política da persecução penal, mas também sua validade jurídica.[18]

Sob ponto de vista filosófico, o valor da liberdade – diretriz da intepretação dos enunciados processuais penais que, *exempli gratia,* disciplinam os enunciados em torno do juiz natural – deriva do **valor fonte pessoa,** que Miguel Reale explica como necessário ao entendimento do conceito de valor que se parta "daquilo que significa o próprio homem", enquanto "único ser capaz de valores", com esteio na proposição de que "o ser do homem é o seu dever ser". O valor, centralizado nesse plexo que é o ser humano – e que se pode acrescentar o valor da liberdade como o centro de interesse deste estudo –, é dotado de características como a incomensurabilidade e a historicidade, sendo esta indicativa de estar o valor sempre por fazer, em contínua elucidação[19].

O princípio do juiz natural careceria de lastro se a distribuição da competência de jurisdição não se arrimasse na proporcionalidade. Esse princípio é piso e teto para o quadro de completude pressuposto ao ordenamento jurídico. É piso porque é fonte da atividade ejetora de disposições jurídicas. O legislador deve adotar seus parâmetros para emitir diplomas normativos: (1) adequação (conformidade da técnica sufragada com os propósitos do instituto regulado); (2) necessidade (exigibilidade de regulação expressa para outorgar previsibilidade); e (3) ponderação (justa medida na escolha dos efeitos jurídicos da previsão ou proporcionalidade em sentido estrito).

[17] LINS, Robson Maia. La mora em elderecho tributário. Tradução: Juan Carlos PanezSolórzano. Lima: Grijley; São Paulo: Noeses, 2018. p.79-80.
[18] PRADO, Geraldo. Curso de processo penal: tomo I: fundamentos e sistema. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p.100.
[19] REALE, Miguel. Filosofia do direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p.211.

De outra vertente, o princípio da proporcionalidade é teto porque é útil ao uso de técnicas supletivas ou de fontes secundárias do direito processual penal, toda vez que o direito positivo não for expresso na regulação de condutas. Aqueles subprincípios – conformidade, exigibilidade e justa medida – serão úteis ao manejo da analogia e dos métodos de interpretação. Essa perspectiva é tendente a justificar a inserção de hipóteses de competência funcional segundo o critério do objeto do juízo, que escapam ao rol dos exemplos tradicionais das questões prejudiciais obrigatórias (art. 92, CPP) e facultativas (art. 93, CPP).

Todas se acomodam ao juiz natural, cuja dimensão, mais larga, denota natureza de postulado. Cabe afirmar, sua extensão (denotação) é de princípio maior e mais abrangente, que reúne os demais princípios e regras delimitadoras da órbita de jurisdição e de competência dos juízes criminais. Por outra vertente, o juiz natural conota relação, ou seja, sua aplicação intenciona (conotação) enlaçar o órgão autêntico à emissão de normas individuais e concretas e, estas, à validade no interior do sistema jurídico (relação de pertença das normas produzidas com o sistema de referência).

O critério funcional conforme o objeto do juízo é um dos trilhos para a demarcação da competência integrada à jurisdição consoante o postulado do juiz natural. Compõe o devido processo legal e coíbe a escolha arbitrária do juiz pela parte ou do processo (*rectius:* matéria) pelo juiz. Ao cabo, tutela-se a imparcialidade do magistrado, pressuposto ao exercício da jurisdição.

O ponto de convergência essencial para não desvirtuar a função da regra de competência do juiz criminal é a ordem jurídica que relata prescrições ao órgão judicial, criando relações. Na esteira de Ruy Cirne Lima:

> A ontologia da relação é essencialmente a ontologia da ordem. Entre os dois aspectos da relação real, o da inerência (esse in) e o do relacionamento, ou ordenamento (esse ad), o aspecto fundamental é o pertinente à ordem.
> [...]
> Relação e ordem são, ontologicamente, termos conversíveis, um ao outro. Mas a ordem pode ser entendida normològicamente – não ontologicamente – como sistema de normas, e não como sistema de relações.
> Na verdade, chama-se, geralmente, ordem jurídica ao conjunto das normas, em que se enuncia o princípio de ordem, segundo o qual as relações jurídicas vêm a constituir-se, e os corolários, desenvolvimentos e aplicações desse princípio sumo.[20]

José Frederico Marques pondera que, embora os fenômenos que remetem ao

[20] Texto transcrito conforme as normas gramaticais do original (LIMA, Ruy Cirne. Preparação à dogmática jurídica. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958. p.99-109).

critério da definição da competência por objeto do juízo já tenham sido observados cientificamente, o seu conceito seletor é relativamente novo, notadamente no sentido de que "ainda não foram enquadrados em uma teoria orgânica da competência. Essa competência se resolve em uma distribuição entre juízes diversos, das várias questões que se apresentam para conhecimento e decisão das infrações penais"[21].

Deveras, consultando a obra clássica de João Mendes de Almeida Junior, confirma-se que, no período inicial do direito brasileiro, a competência que hoje se designa funcional era considerada, principalmente, como "determinação de atribuições dos tribunaes e juizes":

> Ora, como vemos, as atribuições desses juizes e tribunaes referem-se ás funções, ou de formar a culpa e pronunciar, ou de preparar o processo, ou de preparar o processo e julgar de facto e de direito; ou de julgar somente de facto; além disso, referem-se á marcha ordinária ou summaria do processo. Já desde a legislação colonial, o processo era ordinário ou summario, conforme tivemos occasião de explicar".[22]

No nível da função incindível de definir o direito em disputa (função, âmbito comunicativo-pragmático), a unidade da jurisdição requer pilares a sua prestação: (1) a competência do juiz regularmente investido é o primeiro deles, enquanto estratégia para definir a quantidade de jurisdição de acordo com a justiça, o foro, o juiz e o juízo, estreitamente atrelada ao princípio da legalidade; (2) o segundo pilar é o da imparcialidade do juiz, igualmente reforçado peloteor do art. 564, inciso I, do CPP, que comina nulidade para os casos de incompetência, suspeição e suborno[23]; (3) o instituto da qualidade de coisa julgada das sentenças é o terceiro pilar da jurisdição, relacionado à vedação de *bis in idem* pelo mesmo fato, à condição de originalidade das ações penais condenatórias, no bojo da qual está a proibição de litispendência; e, em arremate, (4) o cânone da irresponsabilidade pessoal do juiz por atos jurisdicionais, ressalvadas hipóteses de grave culpa ou dolo, prescritas no direito positivo.

Vale frisar que o acatamento dos critérios de delimitação da competência, definidora da porção de jurisdição de cada juiz, é fundamental ao funcionamento estrutural

[21] MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. Campinas: Millennium, 2000. p.317.

[22] Texto transcrito conforme as normas gramaticais do original (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro: volume II. 2. ed. Rio de Janeiro/Belo Horizonte/Lisboa: Francisco Alves & Cia; Paris/São Paulo: Aillaud, Alves & Cia, 1911. p.140-143).

[23] Impedimento e incompatibilidade não estão arrolados nos casos de nulidade expressa (nulidade absoluta do art. 564, I, II, III e V, CPP), omissão que indica que o legislador os considerou motivo de inexistência jurídica, sobre a qual o direito positivo não necessita regular. (ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2024. p.215 et seq.).

do sistema jurídico. A proteção da pessoa do julgador face ao escudo contra a responsabilidade pelos atos jurisdicionais depende da obediência àqueles pilares mencionados, integrantesda jurisdição, que, ao fim, asseguram a eficácia do postulado do juiz natural. Correlatamente, se o magistrado se afasta das fontes jurígenas sufragadas pelo ordenamento jurídico, haverá mitigação da eficácia da coisa julgada. Se as disposições constitutivas das camadas de competência forem olvidadas, ocorrerá situação de desequilíbrio do sistema e poderá ser deflagrado controle de nulidade com escopo restaurador de sua autorregulação. Se as regras adscritas à imparcialidade do julgador não se impuserem, a cognição do juiz restará dissonante, afetando a consistência do juízo cognitivo sobre o objeto.

Em linguagem figurativa, a situação entrelaçada é equivalente ao supradito quebra-cabeça, ou à regulagem de um motor, ou à correção da escolha dos vocábulos de palavras-cruzadas. Há interdependência. Se o contorno da competência for o critério processual (funcional-pragmático) da competência do juiz consoante o objeto do juízo, a sua observância será cogente (obrigatória), permitida (autorizada) ou proibida (vedada), em compasso com o modal normativo-deôntico. Integra o juiz natural e desse postulado, que subjaz ao conceito de jurisdição, não deve descurar.

4. Hipóteses de definição da competência segundo o objeto do juízo

Competência funcional é expressão que denota processo, seus elementos e sua morfologia. Deixando de lado as divergências sobre o conceito de processo, pode-se optar, para os fins deste estudo, por uma definição mais abrangente da atividade judicial. Essa premissa é útil para explicar a incidência da espécie de competência funcional, segundo o objeto do juízo, em momento anterior ao que seria processo penal *stricto sensu,* deflagrado com o oferecimento da denúncia ou queixa-crime perante órgão judicial.

Decerto, se a definição de processo penal excluir a atuação judicial em procedimentos de natureza distinta do condenatório, os exemplos de competência funcional segundo o objeto do juízo restariam restritos aos casos tradicionais, já amplamente estudado pela doutrina, dentre os quais poderiam ser indicadas as hipóteses de resolução de questões prejudiciais heterogênas, de cariz suspensivo obrigatório (art. 92, CPP) ou facultativo (art. 93, CPP), e do julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 447, CPP), que divide a função dos jurados que compõem o Conselho de Sentença (art. 482, CPP), daquela desempenhada pelo seu juiz-presidente, restritaa proferir a sentença (art. 492, CPP).

Por tal razão, o conceito de processo estará satisfeito com a incidência da competência de um juiz relativamente a uma matéria demarcada previamente no ordenamento jurídico. Em termos de representação simbólica, o conceito de processo, em maior abstração, seria composto pelas seguintes variáveis em regra base constante:

$$p : \leftrightarrow c.\ m$$

Em tal contexto, [p] é variável que significa "processo"; [c], "competência judicial prevista *ex ante* na ordem jurídica"; [m], "matéria alusiva ao tipo penal, a etapa da decisão ou a direito individual com franquia reservada ao Poder Judiciário". O símbolo [:↔] é constante que significa "se e somente se, ou consiste"; e o [.] é conjunção aditiva "e".Para a conformação dessa estrutura lógica, auxiliar da correção de raciocínio, segue-se Lourival Vilanova e sua assertiva de ser "irrecusável a necessidade da lógica jurídica como metodologia do conhecimento jurídico-dogmático"[24].

É possível, sob essa ótica processual, apresentar o conceito de competência funcional (processo), segundo o objeto da cognição do magistrado (objeto do juízo).

Decerto, competência funcional segundo o objeto do juízo é critério que consiste na divisão da cognição judicial apta a incidir sobre a conduta delituosa apresentada ao Poder Judiciário, distribuída entre órgãos distintos, heterogêneos ou homogêneos, e que tem por parâmetro porção do tipo penal descrito no processo, etapas da decisão da causa ou função de salvaguarda dos direitos individuais sob cláusula de reserva de jurisdição.

Aliás, sobre a franquia resguardada ao Judiciário nos termos do art. 3º-A, do CPP, é de relevo lembrar a obra clássica de João Mendes de Almeida Junior:

> O poder judiciario é o mais antigo e o mais elevado dos poderes politicos: é o orgam impassível da lei. O poder judiciário assegura, por suas decisões, a soberania da justiça, isto é, a realização dos direitos individuaes nas relações sociaes". [...]
> Em summa, segundo a formula dos nossos estadistas das gerações de 1832, de 1841, de 1871, – formula da qual não se afastou á geração de 1890, – o poder judiciario é constituido para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuaes.[25]

Nesse espaço, o inquérito policial que, no âmbito de instauração na delegacia de polícia, não é, evidentemente, processo judicial, ao ser encaminhado ao Poder Judiciário, recebe do direito positivo a sua transfiguração, do mundo dos fatos ao mundo do jurídico. Note-se que as investigações criminais são dotadas de juridicidade, considerando a aplicação dos artigos de regência pelos órgãos encarregados de sua condução. Sem embargo, na relação entre normas e submissão a controle judicial, o que naquele instante temporal fora jurídico, torna-se fato para o seu reexame judicial.

O inquérito policial (inquérito-fato) remetido ao Judiciário torna-se processo (inquérito-consequência). O direito positivo o transfigura, transmudando-o em processo a

[24] VILANOVA, Lourival. Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p.63.
[25] Texto transcrito conforme as normas gramaticais do original (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro: volume I. 2. ed. Rio de Janeiro/Belo Horizonte/Lisboa: Francisco Alves & Cia; Paris/São Paulo: Aillaud, Alves & Cia, 1911. p.6-7).

partir do momento em que submetidos, à fiscalização judicial, os direitos individuais do imputado. Igualmente, os procedimentos investigatórios criminais de atribuição do Ministério Público, desde o instante em que remetidos ao órgão judicial competente, dever que, aliás, restou expressamente consignado em sede de controle de constitucionalidade sobre o teor do art. 28, *caput,* do CPP[26].

Importante deixar bem vincado: em estado bruto, no âmbito da delegacia ou no espaço do Ministério Público, o inquérito policial ou os procedimentos investigativos em geral, não assumem a qualificação jurídica de processo judicial. Definitivamente, não se acomodam ao seu conceito, nem sua definição é apta a alcançá-los. Em um instante consecutivo, sucessivamente, o recebimento do inquérito policial e das investigações criminais pelo órgão do Judiciário tem o efeito jurídico transfigurador de processualizá-los. Estarão presentes os elementos que o definem como processo judicial, na senda da representação simbólica acima [p : ↔ c. m], quais sejam, a competência do órgão do Judiciário e a matéria descrita e narrada nos autos que estarão submetidas à sua cognição.

Superada a objeção que poderia ser oposta – de que não haveria de se falar em competência funcional segundo o objeto do juízo para casos em que não existisse processo penal condenatório formalmente instaurado pelo oferecimento de denúncia ou queixa-crime perante órgão judicial –, podem ser identificadas as hipóteses em que tem lugar este critério de fixação da função jurisdicional, desde que preenchidas as condicionantes da regra matriz de configuração de processo criminal, com incidência da competência do juiz prescrita no direito positivo relativamente à matéria nele demarcada.

Calha enumerá-las, com a descrição de seus elementos essenciais.

4.1 Questão prejudicial heterogênea obrigatória

Refere-se a ponto controvertido descrito na imputação em processo penal condenatório, constitutivo de questão a respeito do estado civil das pessoas, a partir de norma cogente, de modal devido (obrigatório), a teor do art. 92, *caput,* do CPP. Exige-se que a indigitada questão civil seja reputada séria e fundada pelo julgador criminal. A heterogeneidade é alusiva a não se tratar de prejudicial entre temas criminais, impondo-se que a prejudicialidade afete ramos distintos do direito.

A competência criminal não alcança o estado civil das pessoas, absolutamente reservada ao juiz cível. Eis a competência funcional (processual) alusiva a elemento do tipo penal concernente a tema que somente deve ser deliberado perante órgão judicial civil. A propositura da ação civil para este tipo de questão é dever indeclinável do Ministério Público, notadamente se ainda não tiver sido ajuizada à época da deliberação de suspensão do processo penal.

[26] STF – Pleno – ADI 6298, 6300 e 6305 – Rel. Min. Luiz Fux – 24 ago. 2023.

Nos termos do art. 92, *caput,* do CPP, "se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente." A parte inicial deste artigo elenca os pressupostos condicionantes de sua incidência (antecedente normativo).

O dispositivo, na parte derradeira, descreve a estrutura da norma que preconiza, em seu consequente jurídico,o dever jurídico do juiz concluir pela suspensão obrigatória do processo penal, *sine die,* até que se resolva, com trânsito em julgado, a questão sobre o estado civil das pessoas em ação específica, perante juiz competente. Trata-se de ponto que deve integrar a tipicidade fundamental do delito imputado (concepção estrita) ou, sob outro olhar, também elementos que repercutam na tipicidade derivada ou em aspectos fáticos ou normativos que repercutam no *jus puniendi.*

Note-se que, no caso em epígrafe, falece ao juiz criminal, absolutamente, a competência para decidir sobre matérias como casamento, união estável, nascimento, óbito, cidadania (direitos políticos e relações de trabalho), porquanto integram o conceito de estado civil das pessoas – assunto defeso, pela lei civil, ao magistrado penal. Não lhe podem ser objeto do seu juízo (cognição). Aquelas questões podem repercutir, por exemplo, na configuração do tipo penal (a invalidade de um dos dois casamentos torna atípica a figura típica de bigamia, do art. 235, do Código Penal), ou, na punibilidade de alguém (a dúvida sobre a data de nascimento do agente no limiar dos seus 18 anos pode, a depender da data de sua fixação, implicar no reconhecimento da sua inimputabilidade à época dos fatos).

4.2 Questão prejudicial heterogênea facultativa

Com características similares à questão acima (relativa ao estado civil das pessoas ou a direito cuja prova a lei civil venha, eventualmente, a limitar, vedando sua produção ao juiz criminal), o art. 93, *caput,* do CPP, sufraga norma permissiva, cuja questão deve ser de difícil solução.

Presente a heterogeneidade em razão de tema cível que constitua óbice ao integral exame do caso penal, com repercussão em sua tipicidade (concepção estrita) ou, sob ótica mais alargada, também sobre sua punibilidade (concepção ampliativa), o juiz terá a faculdade de exarar decisão suspensiva do processo penal, fixando-lhe prazo para que a questão cível seja resolvida por decisão transitada em julgado.

Em compasso com o teor do mencionado enunciado, "se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente." Neste caso de suspensão facultativa, a lei exige que, antes da ação penal, já se encontre em trâmite ação civil.

Se o juiz decidir por suspender o processo penal por lapso determinado, em razão da existência prévia de demanda cível prejudicial à tipicidade da conduta, estará instaurada sua incompetência funcional sobre o objeto cível aludido pelo art. 93, *caput,* do CPP, a exemplo de questões que envolvam a disputa da posse de um bem que tenha sido objeto de esbulho possessório (art. 161, II, CP), porquanto saber quem detinha legitimamente a posse pode ser conditio *sinequa non* à configuração do delito. A *quaestio juris* se distingue da suspensão obrigatória do art. 92, *caput,* do CPP, pois enquanto nesta o óbice da lei civil é intransponível, exigindo-se a resolução civil da controvérsia sobre o estado civil das pessoas, aquela da suspensão facultativa é submetido a termo certo, incidindo, temporariamente, a (in) competência funcional sobre o objeto do juízo.

Vale dizer, se o juiz criminal fixar o prazo de um ano para aguardar a decisão definitiva sobre a questão civil de difícil solução (art. 93, *caput,* CPP), o decurso do prazo sem que encerrada a questão civilpor sentença transistada em julgado, devolverá a ele a competência plena sobre o fato, com sua cognição apta a recair sobre o objeto consistente no ponto controvertido civil que integra a tipicidade penal ou que repercuta no *jus puniendi.*

Tem relevo sublinhar que não cabe relação de prejudicialidade fundada nos arts. 92 e 93, do CPP, enquanto não deflagrado o processo penal condenatório pela ação penal, como se depreende do teor da lei, apesar de serem encontrados julgados em sentido contrário, suspendendo, indevidamente – *data maxima venia* – o curso de inquérito policial com esteio naqueles dispositivos.

Esses aspectos – de estrita legalidade por dizerem respeito à competência judicial – nem sempre são observados na jurisprudência, a exemplo de questões de intersecção tributária e processual penal, enfrentadas no STJ, como se depreende do seguinte excerto:

> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, "havendo lançamento definitivo, a propositura de ação cível discutindo a exigibilidade do crédito tributário não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das esferas cível e penal". (AgRg no REsp 1390734/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/3/2018)

> 2. Nada obstante a independência das esferas, a hipótese dos autos apresenta particularidade que deve ser analisada de forma diferenciada. Com efeito, consta dos autos que o paciente ajuizou ação anulatória, efetuando o depósito integral do valor do crédito tributário como garantia, o que ensejou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN. Nesse contexto, revela-se prudente a **suspensão da investigação,** nos termos do **art. 93 do CPP,** até o julgamento definitivo na esfera cível. Embora não se possa falar em trancamento do inquérito ou da ação penal, uma vez que o crédito tributário não foi desconstituído nem houve o efetivo pagamento do tributo, com a consequente extinção da punibilidade, tem-se que o depósito integral do valor como garantia enseja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, autorizando, portanto, a suspensão do inquérito policial ou da ação penal.
>
> 3. Recurso em habeas corpus a que se dá provimento para determinar a suspensão do inquérito policial, até o julgamento da ação anulatória.[27] (Original sem grifo)

O destaque é para a ausência de previsão legal de suspensão de inquérito policial ou de qualquer outra investigação fundada em questão constitutiva de prejudicialidade obrigatória ou facultativa. A suspensividade da hipótese é restrita a processo penal (não a investigação preliminar). O teor do verbete nº 24, da Súmula Vinculante, do STF, aliás, indica a insuficiência absoluta da ação penal movida na pendência de dúvida sobre a constituição definitiva do crédito tributário relacionado aos delitos materiais, ao prescrever que "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo".

Nos termos do próprio art. 93, *caput,* do CPP, para que a suspensão seja facultativa, a lei civil não deve limitar a forma de produção da prova relacionada com a tipicidade do fato. Decerto, a lei não limita, porém a Súmula Vinculante sim. A relação de prejudicialidade seria obrigatória desde que presente o atendimento ao princípio da legalidade (mas não há previsão legal além das matérias sobre o "estado civil das pessoas" prescrito no art. 92, CPP). Por outro lado, o caso não logra ser de suspensão facultativa, haja vista que a pendência de definitividade da constituição do crédito tributário torna, necessariamente, o fato atípico (opção jurisprudencial criticável porque subordina o comportamento típico a fato alheio à vontade do imputado, especialmente à conduta do fisco).

Dessa situação de falta de correspondência do julgado transcrito aos ditames legais, resta arrematar que não se trata de questão prejudicial preconizada pelo direito positivo, nem facultativa (art. 93, CPP), nem muito menos obrigatória (art. 92, CPP). A

[27] STJ – Quinta Turma – RHC n. 139.563/CE – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 27 set. 2021.

reação estatal deveria ser a de arquivamento do inquérito policial, rejeição da denúncia ou extinção do processo sem resolução do mérito conforme o estágio em que se encontrasse a persecução penal estatal. Se de prejudicial se trata, somente o pode ser no sentido de condição para o exercício da ação penal (não para o fim de suspender a investigação criminal ou o processo penal deflagrado sem a prévia configuração da tipicidade).

4.3 Demarcação da competência do Conselho de Sentença e do juiz-presidente, nos processos do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri, composto por um juiz-presidente e por vinte e cinco jurados (art. 447, CPP), tem demarcada sua competência entre dois dos seus órgãos, heterogêneos. O primeiro, o juiz-presidente, tem, dentre suas atribuições, a competência de aplicar o direito à espécie, com submissão fiel à deliberação dos jurados sobre os fatos. Ao segundo, o Conselho de Sentença, composto por sete jurados sorteados para a sessão, compete apreciar os fatos, julgando-os conforme os parâmetros da quesitação que lhe é apresentada pelo juiz-presidente (art. 483, CPP), na forma da lei (art. 482, CPP).

Trata-se de hipótese de competência funcional conforme o objeto do juízo, com divisão da cognição do Tribunal Popular segundo critérios bem definidos. O juiz-presidente não pode suplantar a competência dos jurados estabelecida legalmente. Para julgar o fato, a legislação traça contornos excepcionais ao magistrado togado, enquanto confere predileção da sua apreciação ao Conselho de Sentença.

4.4 Competência do juiz das garantias e competência do juiz da instrução

Menos explícita é a competência do juiz das garantias prescrita no art. 3º-B, do CPP, em rol não exaustivo. Cuida-se de atuação judicial que tem espaço na fase preliminar ao processo, até o momento do oferecimento da denúncia ou queixa-crime. Poder-se-ia objetar, nessa toada, que seria o caso de competência funcional conforme a fase do processo (*lato sensu*).

No entanto, vale notar que – tirante o ponto de discussão sobre se inquérito policial seria processo no sentido apontado no início deste estudo – o legislador parece ter dado ênfase à natureza da matéria para definir a competência funcional. Não fosse isso, seria possível sustentar uma competência funcional híbrida, por um lado, conforme o objeto do juízo e, por outro, de acordo com a fase do processo.

A preferência, coerente com a presente análise, é a de considerar a divisão de competência entre o juiz das garantias (art. 3º-B, CPP) e o juiz da instrução, espécie de competência funcional segundo o objeto do juízo. A ênfase é na natureza da cognição preliminar e urgente, fundada nas derivações da vetusta expressão de **receio de dano**[28]

[28] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da ação cautelar. In: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.65.

irreparável , a ser exercida em determinadas condições de espaço (investigação preliminar) e de tempo (até o momento da propositura da ação penal), no dever estatal de proteção de direitos individuais cuja franquia seja reservada ao Poder Judiciário (art. 3º-A, CPP).

Note-se que a consequência jurídica de considerar a atuação do juiz de garantias espécie de competência funcional consoante o objeto do juízo (cognição preestabelecida por lei) é a de o torná-lo desprovido de competência para a condução do processo de conhecimento (mérito), com a instituição de regra de impedimento (não contemplada no rol do art. 252, CPP), de natureza absoluta. Esse efeito, entretanto, não foi sufragado pelo Supremo Tribunal Federal que, apesar de ter anotado a diretriz de não embaralhar as duas funções, findou por admitir, ainda que excepcionalmente, a validade do processo de conhecimento conduzido por juiz da instrução que, contudo, tenha deliberado, anteriormente, matérias próprias do juiz das garantias na fase investigativa.

5. Conclusão

Após a descrição da estruturação e limites da competência criminal, com foco no eixo da competência funcional conforme o objeto do juízo, e sua exemplificação, tornou-se possível elaborar as seguintes proposições conclusivas.

(a) A competência do juiz é estrutural ao seu aspecto pragmático introdutor de normas individuais e concretas no sistema de direito processual penal, no exercício de sua cognição sobre a *res deducta in judicio.* O quadro projetado pela regra de competência judicial guarda correlação com o devido processo legal, decorrendo a nulidade como instrumento-garantia contra atos processuais que se afastem da moldura autorizada pelo direito positivo.

(b) O princípio do juiz natural é integrado pelas disposições estruturantes da competência do juiz, eis que tem a função de justificar a atuação do órgão previamente estatuído pelo ordenamento jurídico para exercer jurisdição, distribuída e demarcada com respeito aos critérios de proporcionalidade. Nesse âmbito, situa-se a competência funcional (processual) consoante o objeto do juízo – expressão que remete tanto à matéria constitutiva da causa de pedir (fato nuclear imputado ao suposto agente) enlaçada ao pleitode condenação, quanto à dinamicidade da cognição do julgador.

(c) O conceito de competência funcional segundo o objeto do juízo consiste no critério de divisão da cognição judicial, com aptidão para incidir sobre a conduta delituosa deduzida perante o Judiciário, repartida entre órgãos distintos, heterogêneos ou homogêneos, com base em parâmetro predefinido, a saber, a porção do tipo penal descrito no processo, as etapas da decisão docaso penal ou a função de salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada ao órgão da magistratura.

Referências bibliográficas

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. Introducción al derecho: conocimiento y conocimiento cientifico; historia de lasideas jurídicas; teoria general delderecho; teoria general aplicada. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal: em conformidade com a teoria do direito. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2024.

_____. Teoria da nulidade no processo penal. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2022.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro: volume I. 2. ed. Rio de Janeiro/Belo Horizonte/Lisboa: Francisco Alves & Cia; Paris/São Paulo: Aillaud, Alves & Cia, 1911.

_____. O processo criminal brasileiro: volume II. 2. ed. Rio de Janeiro/Belo Horizonte/Lisboa: Francisco Alves & Cia; Paris/São Paulo: Aillaud, Alves & Cia, 1911.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 5. ed. São Paulo: Noeses,2010.

CARVALHO, Amilton Bueno. Garantismo penal aplicado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CORDEIRO, Franco. Procedura penale. Milano: Giuffrè, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, Ruy Cirne. Preparação à dogmática jurídica. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958.

LINS, Robson Maia. La mora em elderecho tributário. Tradução: Juan Carlos PanezSolórzano. Lima: Grijley; São Paulo: Noeses, 2018.

MAIER, Julio B. J. Derechoprocesal penal argentino: 1a fundamentos. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. Campinas: Millennium, 2000.

_____. Elementos de direito processual penal: volume I. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NICOLITT, André. Manual de processo penal. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PRADO, Geraldo. Curso de processo penal: tomo I: fundamentos e sistema. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da ação cautelar. In: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VILANOVA, Lourival. Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

O discurso da ciência do direito: A natureza descritiva da dogmática jurídica

Adriano Soares da Costa

1. Premissas.

O direito é linguagem. Não apenas linguagem, porém, e muito menos ainda apenas linguagem formalizada. Há o direito positivo e a Ciência do Direito. Estamos a nos referir àquele através dessa; ali, linguagem-objeto versada, aqui, pela metalinguagem. Quando uma linguagem fala sobre outra, atua em distinto plano, tomando para si aquela "a cujo respeito se fala", fazendo-a objeto seu[1]. A metalinguagem, ao falar sobre outra, é ato de fala cujo nêustico pode variar conforme seja a finalidade para a qual aquela é usada, não sendo sempre ele, o nêustico, descritivo, vez por outra também assumindo a função ilocucionária prescritiva. Esse é ponto importante que quero desde já assentar: a sobrelinguagem, por deitar-se sobre outra, necessariamente não o faz descritivamente, tematizando-a como objeto do conhecimento. Quando uma norma jurídica prescreve que a morte abre a sucessão, toma para si deonticamente a outra norma que prescreve o que seja a sucessão e vai até onde aquela se irradia.

A finalidade do direito é regrar a vida em sociedade. Partindo do fático, da realidade da vida social, constrói normativamente, através da linguagem, preceitos que deverão incidir na zona material da conduta humana, para que seja ela obrigatória, permitida ou proibida, com o que se esgotam as possibilidades deônticas da normatividade. É da maior importância compreender essa finalidade conformadora de condutas do direito, sobretudo para que desde o início não fiquemos aprisionados a uma visão formalista, redutora do objeto do Direito às formas lógicas, às estruturas proposicionais ou aos enunciados formalizados em textos vertidos nos documentos oficiais, sejam físicos ou eletrônicos.

O direito que é objeto do Direito é tanto o direito objetivo quanto o direito subjetivo; a subjetivação do direito é já no plano eficacial, quando o direito objetivo trouxe para dentro do mundo jurídico os suportes fáticos concretizados, já qualificados de jurídicos. Todo efeito é efeito de fato jurídico *lato sensu;* todo direito subjetivo é efeito que ocorre dentro de uma relação jurídica conversa, portanto após os fatos do mundo da vida, recortados no plano político da atividade jurislativa, sofrerem a incidência das normas jurídicas no plano do pensamento, sendo eles, os fatos brutos hipotisados no antecedente

[1] TARSKI, Alfred. "A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica", In: A concepção semântica da verdade, São Paulo: Unesp, 2007, esp. pp.170 ss.

da proposição normativa, adjetivados de jurídicos. O ser-jurídico do fático é decorrente da sua esquematização normativa prévia[2]. Esse é outra assertiva capital, que deve ser guardada na retentiva: as normas jurídicas têm uma função classificadora do mundo dos fatos, separando os relevantes dos irrelevantes para ingresso no mundo jurídico. Trata-se de um recorte político a partir das relações sociais, econômicas, religiosas, morais, culturais, etc., as quais se tornaram sobressalientes e reclamaram a atenção do ordenamento jurídico.

Dissemos que a finalidade do direito é regrar a conduta humana. Outrossim, enfatizamos que as normas jurídicas são seletoras de propriedades, separando no mundo dos fatos o que é e o que não é relevante para o direito. Para que o direito cumpra a sua função de processo de adaptação de social é curial que as normas jurídicas sejam prévias aos fatos descritos em seus suportes fáticos, para sobre eles incidir e juridicizá-los, imputando-lhes efeitos jurídicos. A norma jurídica é, por conseguinte, sempre *prius* em relação ao processo de juridicização[3]. De fato, fossem as normas posteriores às condutas que visam regrar, como poderiam cumprir a sua função conformadora do agir humano? Com razão, então, Habermas assevera que a pretensão de validade associada aos atos de fala regulatórios está dependente da validade fática de uma norma que antecede já sempre a esses atos. É dizer, a significação do ato de fala é doada pela norma que antecedentemente prescreve a sua realização e os seus efeitos[4].

Se olharmos mais de perto os fatos jurídicos como se encontram no mundo da vida, antes de qualquer preocupação cognitiva sobre eles, defrontaremo-nos acotiadamente com os fatos institucionais, que são aqueles vivenciados atemática e prerreflexivamente no seio do universo comunitário de pessoas indeterminadas; veremos, então, que a sua significação mundana, o seu *ser-no-mundo-como-tal*, é produto de uma rede significativa prévia que

[2] MIRANDA, F.C. Pontes de. Tratado de direito privado, tomo I, 4ª ed., São Paulo: RT, 1977, p.21; VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, São Paulo: RT, 1976, pp.46 e 154, passim; RUBINO, Domenico. La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari, Milão: Giuffrè, 1939, pp.42 ss; LEHMANN, Heiinrich. Direito civil - parte geral, vol.1, Madri: Editorial Revista de Direito Privado, 1956, p.115; THON, August. Norma giuridica e diritto soggettivo: indagni di teoria generale del diritto. Padova: Cedam, 1951, pp.11 ss.

[3] Sobre o apriorismo das normas frente aos fatos: HABERMAS, Jürgen. "Teorías de la verdad". Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudios previos. Madri: Cátedra, 1994, pp.129 ss; VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.41 ss; e, mais genericamente, MÁYNEZ, Eduardo García. Lógica del raciocinio jurídico.Cidade do México: Fontamara, 2007, pp.7 ss.

[4] HABERMAS, Jürgen. "Teorías…", cit., p.129; VON WRIGHT, G. H. La diversidad de lo bueno. Madri: Marcial Pons, 2010, p.183, passim. As normas retroativas, que apanham os fatos no passado e lhes atribui efeitos no passado ou presente ou futuro do diploma positivo, é juridicamente possível nos sistemas que as toleram, nada obstante expressem um sem-sentido deôntico. Afinal, como prescrever seja proibida, obrigatória ou permitida uma conduta já realizada no passado da positividade da norma? No Brasil, um exemplo concreto dessa absurdidade deôntica são determinadas normas veiculadas pela LC 135, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que, por exemplo, apanhou a renúncia de um parlamentar e prescreveu a sua proibição alcançando renúncias já consumadas, cujo functor deôntico vigente à época era o permitido.

apanha os fatos brutos e os introduz em uma nova vivência simbolicamente mediada[5]. Não são apenas e tão-somente fatos brutos; são fatos agora tratados pela joeira da significação que os recorta, os valora, dando-lhes uma nova roupagem socialmente reconhecida como tal. Os fatos jurídicos institucionais, como *situações jurídicas ou relações jurídicas básicas* que são, exprimem um exemplo eloquente sobre o papel que joga a doação de sentido anterior ao acontecer dos fatos brutos, para que prescritivamente sejam enformados pela linguagem do direito positivo através do fenômeno da incidência da norma jurídica. O dinheiro, para empregar um exemplo usado largamente por Searle, não seria mais do que um papel não fosse o simbolismo que o faz vinculante a um dado valor de compra, mediante normas jurídicas que regulam a sua emissão e uso. O mesmo se diga do plástico que se transforma em cartão de crédito pelo sentido que lhe atribui o ordenamento jurídico.[6]

Cada uma das premissas que estabelecemos rapidamente nessa parte introdutória reivindicaria um estudo mais aprofundado. Sem embargo, as tomamos, para efeito desse estudo, como pontos de partida pressupostos: (a) o direito visa atuar na zona material da conduta humana; (b) as normas jurídicas são prévias às condutas que visam regrar; e (c) os fatos jurídicos institucionais são vividos prerreflexivamente pela comunidade do discurso através do simbolismo jurídico.

2. Existem normas jurídicas? Do realismo ao ceticismo da corrente analítica genovesa.

Para que falemos sobre a natureza da linguagem da Ciência do Direito, haveremos de nos perguntar a respeito do seu estatuto epistemológico, é dizer, acerca da existência de objetos sobre os quais ela metodicamente faça asserções e lhes dê um tratamento sistemático. Diz-se, comumente, que o objeto do Direito seria as normas jurídicas, é dizer, as proposições prescritivas com a finalidade de interferir na conduta humana.

Vamos tomar essa questão em sério para que possamos analisar, inclusive, se há realmente uma "ciência" do Direito ou apenas um jogo de linguagem sobre fatos, objetos ou estados de coisa presentes no espaço e no tempo e, portanto, verificáveis como tais.

[5] Nesse sentido, SEARLE, John R. La construzione della realtà sociale. Milão: Edizioni di Comunità, 1996, pp.40 ss, passim; adotando o conceito e colocando o fato institucional para além do direito, MacCORMICK, Neil. "Il diritto come fatto instituzionale". In: MacCORMICK, Neil e WEINBERGER, Otta. Il diritto come instituzione. Milão: Giuffrè, 1990, pp.59 ss; e tratando o fato institucional dentro da teoria do sistema autopoiético, LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2010, pp.103 ss.

[6] Vide, no mesmo sentido: ANSCOMBE, G.E.M. "On Brute Facts." In: The Collected Papers of G.E.M. Anscombe, Volume 3. Oxford, Basil Blackwell, pp. 22-25: "o fato de que alguém envia um pedaço de papel é um fato bruto em relação ao fato de que alguém envia um projeto de lei. O primeiro apenas pode ser adequadamente considerado como o último se o contexto institucional é apropriado". Também: HINDRIKS, Frank. "Constitutive Rules, Language, and Ontology", in: Erkenntnis (Sep.2009), Vol. 71 Issue 2, p.253.

Ademais, se as normas jurídicas não existirem, se as proposições normativas forem apenas predições sobre o que poderá acontecer nos tribunais, estará fadada ao fracasso qualquer tentativa de entabular uma teoria da interpretação dos textos positivos do ordenamento jurídico, salvo se tomarmos a atividade interpretativa como um exercício de advinhação do futuro pelos impulsos emotivos que os textos legais possam causar.

2.1. A teoria da inexistência de normas jurídicas ou morais. Incognoscibilidade das proposições normativas.

Tomamos por certo que existem normas cuja finalidade é regrar a conduta humana, partilhadas e vividas intersubjetivamente. Essa não é uma afirmação tranquila, contudo, e insuscetível de questionamentos. Não faltam os que entendem que as normas jurídicas ou morais simplesmente não existem ou são incognoscíveis. Analisemos algumas correntes teóricas que rejeitam a existência de proposições normativas.

2.2. Realismo norteamericano.

O realismo norteamericano é um ataque ao que seria o conceitualismo e, também, às categorias *metafísicas* de que fariam uso o Direito e os juízes quando do proferimento das suas decisões. Dado que as proposições normativas não poderiam ser tidas como verdadeiras ou falsas, ou sobre elas nada se poderia afirmar assertoricamente, o direito positivo nada mais seria do que *enunciados preditivos sobre a atuação judicial diante um caso concreto.*

Para o realismo, não importam as significações, os conceitos jurídicos como entidades autônomas cognoscíveis, tampouco as relações jurídicas de direito material. O direito que conta é fato verificável como objeto no tempo e espaço, de modo que outra coisa não seria o direito senão as relações sociais resolvidas em seus conflitos como os tribunais decidem nos casos concretos colocados à sua análise.

Holmes, em seu célebre discurso proferido em 1897 na Universidade de Boston, chamava a atenção de que o dever jurídico e o direito subjetivo outra coisa não seriam senão a predição sobre uma dada decisão dos tribunais[7]. Assim, o direito seria um corpo de dogmas ou predições sistematizadas, estudado para auxiliar as profecias feitas por advogados ou outros operadores profissionais em suas atividades cotidianas. Estudar o direito positivo, incluindo aí os precedentes dos tribunais, seria forrar-se de instrumentos práticos para analisar consequências materiais de uma dada situação concreta visando prever o que sobre ela poderia decidir o tribunal. Numa palavra, seria a profecia daquilo

[7] HOLMES, Oliver Wendell. “The path of the law”. Collected Legal Papers, Nova York: Harcourt Brace and Company, 1920, pp. 168-169: "Os direitos e deveres primários com os quais a jurisprudência se ocupa são nada além de profecias…".

que as cortes efetivamente fariam que se deveria entender como direito[8].

A bem de ver, é inegável que o realismo norteamericano paga um elevado pedágio ao positivismo oitocentista e à redução do discurso científico àquele símile ao das ciências naturais. O que não poderia ser medido, pesado e sentido seria simplesmente incognoscível. Pensar o direito como um conjunto de normas jurídicas seria reduzi-lo a entidades simbólicas abstratas sobre as quais nada se poderia dizer com valor de verdade ou falsidade.

O Direito deveria usar o método das ciências biológicas, tal qual deveria fazê-lo a sociologia. Nem sempre isso é dito claramente pelos luminares do realismo norteamericano, porém os pressupostos epistemológicos utilizados deixam evidenciados essa busca por cientificidade; as proposições da ciência do Direito deveriam ter um valor veritativo, o que seria apenas alcançável se o seu objeto fosse os fatos verificáveis e não entidades metafísicas. Assim, proposições normativas e precedentes apenas seriam meios para predições; o direito real seria, porém, o fato resolvido em concreto pelos tribunais. Não se trataria, pois, de um sonho hegeliano, mas parte integrante da vida dos homens[9]. Jocosamente, Holmes chega a se referir ao teorizar jurídico como semelhante a um teorema de um matemático que ao final do trabalho intelectual diria: "O melhor disso tudo é que poderá nunca ter a menor utilidade para qualquer pessoa vir a fazer um uso qualquer!"[10].

Holmes segue o pragmatismo de William James na rejeição aos conceitos abstratos; rejeição, diga-se, típica da cultura pragmática americana. Tanto Oliver W. Holmes quanto W. N. Hohfeld[11] buscaram oferecer a construção dos conceitos jurídicos em termos empíricos, ou seja, a partir das decisões judiciais concretas, tomadas, portanto, como fatos, como comportamento sociologicamente passível de investigação. O que Holmes chamaria de mundo fantasma ou sobrenatural das entidades jurídicas teria, segundo ele, esvanecido; agora, o realismo propunha em seu lugar o pensar os conceitos jurídicos como preditivos e ligados ao comportamento judicial (*judicial behavior*). Ou seja, os advogados e práticos deveriam observar as decisões anteriores proferidas em casos concretos - portanto, verificáveis - para tentarem prever para os seus clientes ou interessados o que, diante de uma nova situação concreta, poderiam eventual e probabilisticamente os tribunais decidir.

[8] HOLMES, Oliver Wendell. The path..., cit., p.173. No mesmo sentido, um outro clássico: LLEWELLYN, Karl N. “Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound”. Harvard Law Review, Vol. 44, No. 8 (Jun., 1931), pp. 1222-1264.

[9] HOLMES, Oliver Wendell. The path..., cit., p.194.

[10] HOLMES, Oliver Wendell. “Law in science and science in law”. Collected Legal Papers, Nova York: Harcourt Brace and Company, 1920, p.210: “The best of it all is that it can never by any possibility be made of the slightest use to anybody for anything.”.

[11] HOHFELD, W. N. Conceptos jurídicos fundamentales, 2ª ed. Cidade do México: Fontamara, 1992.

Poderíamos nos perguntar, sobretudo diante de uma sociedade complexa semelhante à americana, cujo liberalismo econômico é um modo de expressão do capitalismo mais avançado, como poderia ser o direito apenas um conjunto de predições do comportamento judicial, consoante proposto pelo realismo, sem que os institutos jurídicos tivessem uma força normativa para regrar a vida comunitária. Uma das instituições mais caras ao capitalismo, inclusive, é a *propriedade,* que vista sob a ótica dos direitos subjetivos – conceito típico da dogmática jurídica –, seria oponível *erga omnes* e estruturada por normas jurídicas, tornando-se uma instituição aceita por todos, como definida por vasta tradição jurídica europeia, desde o direito romano.

Dado o caráter fundante da propriedade privada para a história americana, seria de se estranhar que o realismo jurídico não reconhecesse a sua existência. Um dos nomes mais representativos do realismo estadunidense, Felix Cohen, não se assombra com essa questão fundamental. Segundo ele, partindo dos pressupostos do realismo, o direito é aquilo que o juiz diz que é no caso concreto, porém, mais importante até do que o juiz diz seria o que ele faz[12]. O dizer o direito, a juris dictio, seria apenas uma atividade produtora de enunciados que representariam categorias ideais; importaria ao realismo, no entanto, o agir, o fazer, as relações sociais como elas se dão, conforme interesses econômicos ou de outra natureza, visando sobretudo garantir a paz social. Mais do que a afirmação de se ter o domínio sobre a coisa (material ou imaterial), importam os atos concretos de domínio que contam com a ajuda do poder público em dada situação[13]; assim sendo, a propriedade privada seria um fato, e não uma simples palavra ou conceito ideal e metafísico[14].

Para o realismo, enfim, a própria pergunta sobre o conceito jurídico de propriedade privada já seria, na verdade, sem sentido, porque qualquer definição que se desse sobre um instituto abstratamente considerado estaria desde já fadada ao fracasso, de vez que recairia em enunciados emotivos, ou éticos, ou abstratos; desse modo, a propriedade privada, para o realismo, é na essência não uma coleção de objetos físicos, mas sim a relação social entre homens sobre uma coisa material ou imaterial. É nas relações sociais que a propriedade se apresenta e, em caso de conflitos, conforme as decisões dos tribunais cuidem sobre ela com vistas sempre a uma situação concreta. Com isso, evitar-se-iam o uso de conceitos metafísicos, sobrenaturais e vazios[15].

[12] Essa frase é atribuída ao Chief Justice Hughes, para quem "that the Constitution is what the judges say it is". Cohen completa, então, que: "But what the judges do is more important than what they say". COHEN, Felix S. "Dialogue on private property". In: Rutgers law review. Vol.IX, nº 2 (1954), p.379.

[13] COHEN, Felix S. "Dialogue…", cit. pp.371-372: "the existence of private property presupposes not only sovereignty but some predictable course of sovereign action, so that the so-called property owner can count on state help in certain situations".

[14] COHEN, Felix S. "Dialogue…", cit. pp. 378: "Private property is a fact, and not simply a word".

[15] COHEN, Felix S. "Transcendental nonsense and the functional approach". In: Columbia Law Review. Vol.XXXV, nº 6 (Junho, 1935), p.823: "Nosso sistema legal está cheio de conceitos sobrenaturais, ou seja, conceitos que não podem ser definidos em termos de experiência e a partir dos quais todos os tipos de decisões empíricas devem fluir. Contra estes conceitos não verificáveis, a Ciência do Direito moderna apresenta um ultimato. Qualquer palavra que não pode pagar-se na moeda dos fatos deve ser declarada falida...".

A essa altura, o realismo estadunidense já bebe da mesma fonte filosófica que o realismo escandinavo, é dizer, do positivismo lógico. Por isso, Felix Cohen sustentará o ataque funcional aos conceitos inverificáveis, que nada mais revelariam do que pseudoproblemas, conforme ensinava o primeiro Wittgenstein[16]. É fundamental sublinhar esse ponto de entrelaçamento entre o tardio realismo americano com o escandinavo, ambos nutridos pelos pressupostos assumidos pelo positivismo lógico.

O método funcional proposto pelo realismo estadunidense é um ataque aos conceitos transcendentais, sendo a coisa não o que ela é (que seria uma questão metafísica sem sentido), mas, sim, o que ela faz: *"a thing is what it does",* assevera Cohen, com o consequencialismo em que termina caindo o realismo jurídico. É a soma dessas consequências, então, que irão constituir o inteiro sentido do conceito. Substituem-se, no realismo, as entidades metafísicas, transcendentais, pelos constructos ou funções da linguagem[17].

O que o realismo americano assenta é um afastamento da tradição assimilada pelo direito continental europeu, do império das codificações e do conceitualismo, *rejeitando assim a existência das normas jurídicas como significações intersubjetivamente vivenciadas.* Os fatos, as decisões judiciais, as consequências das tomadas de decisão nos casos concretos, esses seriam os objetos da preocupação dos juristas e do Direito, visto como um conjunto articulado de proposições assertóricas em face de decisões anteriores: o direito positivo não passaria de predições sobre como os tribunais irão decidir sobre um conflito entre pessoas em dada situação concreta[18].

2.3. Realismo escandinavo.

Tal qual o seu correlato americano, para o realismo escandinavo as proposições veiculadas nos textos positivos nada mais seriam do que predições sobre como os

[16] COHEN, Felix S. "Transcendental…", cit., p.823 "É uma consequência do ataque funcional a conceitos não verificáveis que muitos dos problemas tradicionais da ciência, direito e filosofia são revelados como pseudoproblemas desprovidos de significado".

[17] COHEN, Felix S. "Transcendental…", cit., p.826. A diferença as entidades metafísicas e os constructos está em que aqueles teriam uma existência ideal, empiricamente não verificável, enquanto esses seriam construções de sentido pessoais para explicar algo que a linguagem ordinária não daria conta, influenciado o comportamento nesse mundo articulado. O conceito de constructo foi desenvolvido por KELLY, Georg. The psychology of personal constructs: A theory of personality. Vol.1, Nova York: Routledge, 1991, pp.74 ss.

[18] Para um resumo do realismo norteamericano, há uma ótima exposição de TARELLO. Giovanni. Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto, Bolonha: Il Mulino, 1974, pp.51 ss, esp. pp.75-79. No sentido do que afirmei sobre o objeto da Ciência do Direito para o realismo, vide CORBIN, Arthur L. "Legal analysis and terminology". (1919). Faculty Scholarship Series. Paper 2881, p.164: "Uma declaração de que existe uma relação jurídica entre A e B é uma previsão quanto ao que a sociedade, agindo através de seus tribunais ou agentes executivos, vai fazer ou não fazer para uma [parte] e contra a outra. Se A invade a casa de B, somos capazes de prever que a polícia o retirará. Haverá uma sentença em que um tribunal condenará por danos e que vai se realizar a execução".

comportamentos poderiam se dar ou como os tribunais decidiriam a seu respeito, em caso de conflitos. Não existiram *valores,* como também não existiriam normas, de vez que não seriam objetos físicos, que pudessem ser submetidos à *verificabilidade empírica.*

A incognoscibilidade das proposições normativas e axiológicas fora também sustentada com firmeza pelo realismo escandinavo, por exemplo, cujos expoentes maiores da sua construção teórica - Hangeström, Alf Ross e Olivercrona - partiam do entendimento de que todo o conhecimento concerniria apenas ao real, sendo a realidade constituída por objetos situados no tempo e no espaço[19]. A norma jurídica, tomada como significação, seria tão somente uma entidade ideal e sem possibilidade de desafiar qualquer proposição sobre a sua verdade ou falsidade, dado que ela não teria existência no tempo e no espaço; para que a proposição normativa pudesses ser objeto de análise sobre a sua qualidade veritativa, necessário que ela estivesse relacionada a uma situação concreta, real, no sentido que antes nos referimos. Sequer poder-se-ia falar em lógica das proposições normativas, uma vez que a lógica, segundo o realismo escandinavo, resumir-se-ia apenas à apofântica, cujas proposições teriam a valência verdade/falsidade; não teria sentido a valência validade/invalidade porque relativa a idealidades inexistentes no espaço e no tempo, que seriam insuscetíveis de reivindicar uma expressão em linguagem[20].

Noutras palavras, a proposição jurídica não seria em realidade sequer uma proposição, não tendo significado, apenas podendo ser contemplada em sua existência real como uma afirmação que expressaria certos fenômenos psicofísicos, razão pela qual o conteúdo da norma poderia ser definido como um conjunto de representações de ações imaginárias da parte de uma pessoa determinada em uma situação também imaginária. É dizer, aplicar o direito nada mais seria do que tomar essas ações imaginárias como modelos para a conduta todas as vezes em que as situações correspondentes a elas se verificarem na vida real[21].

[19] PECZENIK, Aleksander. "The Passion for Reason", In: WINTGENS, Lue J. (ed.). The Law in Philosophical Perspectives. Dordrecht: Kluwer, 1999, pp.173-174, ao tratar do realismo escandinavo, afirma sobre a sua base teórica: "Todo o conhecimento diz respeito a algo real. Apenas uma realidade existe e inclui objetos localizados no tempo e no espaço. Um ser humano é, portanto, real, uma vez que existe durante um determinado período de tempo e sempre ocupa uma posição no espaço. Existem processos mentais porque eles estão indiretamente relacionados ao tempo e ao espaço: as pessoas os experimentam como existentes no tempo e no espaço". De fato, outra não é a posição de ROSS, Alf. Hacia una ciencia realista del derecho: critica del dualismo en el derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p.88, passim, para quem "validez (valor o deber) no es nada objetivo o concebible, no tiene significado, es una mera palabra".

[20] É inegável a influência do positivismo lógico na medula do realismo escandinavo. No fundo, as proposições com sentido seriam aquelas, e somente aquelas, passíveis de verificação no mundo empírico, é dizer, as proposições protocolares ou as proposições lógicas. A impossibilidade cognitiva de juízos normativos está já bem assentada no tópico 6.4 de WINTTGENSTEIN, Ludwig. Tratactus logico-philosophicus. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, pp.138-139. Na proposição 6.421, afirma o filósofo: "É óbvio que a Ética não se pode pôr em palavras.". No mesmo sentido, FARRELL, Martin Diego. La metodologia del positivismo lógico: su aplicación al derecho. Buenos Aires: Astrea, 1979, p.145, passim.

[21] ROSS, Alf. Hacia…, cit., 114. Outrossim, idem. "Sulla natura logica delle proposizioni valutative". In: Critica del diritto e analisi del linguaggio, Bologna: Il Mulino, 1982, p.99; OLIVECRONA, Karl. Lenguaje jurídico y realidad. 3ª ed., Cidade do México: Fontamara, 1995, pp.20-27; Idem, Il diritto come fatto, Milão: Giuffrè, 1967, p.24, passim.

Em resumo, para o realismo jurídico escandinavo, as normas jurídicas não seriam mais do que impulsos para representações mentais (*impulsive phantasms*)[22], estímulos para a promoção da paz social. A verificabilidade do direito decorreria da possibilidade de análise da conduta futura dos juízes em razão desses impulsos[23]. O Direito, então, seria um *conjunto de proposições preditivas* do que os tribunais, em certas circunstâncias, iriam basear a sua decisão; e essa predição feita pelo Direito apenas seria possível sobre a base de um complexo conjunto de fatos sociais (incluindo fatos psicológicos, condutas e atitudes).

É inegável que o realismo escandinavo é a aplicação ao Direito do positivismo lógico de Russell, Carnap, Schlick e do primeiro Wittgenstein.

2.4. Realismo jurídico genovês: (mais) uma teoria analítica do Direito.

Uma das correntes da teoria do Direito que mais tem hoje influência no meio jurídico nacional é também uma expressão do realismo jurídico, ao menos como ela própria se denomina. Formada por juristas italianos da Universidade de Gênova, a sua preocupação temática é sobretudo a respeito da linguagem do Direito, com particular interesse sobre o papel e limites da interpretação jurídica.

Vou analisar aqui de passagem aspectos do realismo genovês, porém desde logo asseverando que não se trata bem de espécie do realismo jurídico como concebido pelos norteamericanos e escandinavos. É que os seguidores dessa corrente genovesa não se prendem ao direito como fato, a estudar predições de decisões futuras das cortes a partir de decisões pregressas, tomando o agir social de seguir "normas" apenas como impulsos psicofísicos que se dão no espaço e no tempo. Há nos escritos dos autores que se identificam com o realismo genovês uma análise muito mais voltada para o estudo da linguagem jurídica e o processo de construção de sentido dos textos positivos (fontes formais), sem rejeitar - senão muito debilmente - a existência das instituições jurídicas. Essa característica é perfeitamente observável quando algum desses autores escreveram sobre determinado instituto jurídico tratado pelo direito positivo, normalmente passando a examiná-lo sob uma inconsciente abordagem que seria considerada *tout cour*t metafísica

[22] PECZENIK, Aleksander. "The Passion…", cit., p.174: "The law is the same as legal impulsions ("emotions"). Legal rules are mere "impulsive phantasms", i.e. projections of shared legal impulsions.". Traduzo o termo "phantasms" em um dos seus sentidos atribuídos pelo dicionário online Merriam Webster, mais compatível com o contexto do realismo escandinavo, como representação mental de um objeto real ("a mental representation of a real object").

[23] ROSS, Alf. O concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. El concepto de validez y otros ensayos. Cidade do México: Fontamara, 1997, p.27. Trata-se da aplicação ao Direito do que sustentado por SCHLICK, Moritz. "Positivismo e realismo". In: SCHLICK, Moritz e CARNAP, Rudolf. Coletânea de textos - Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1988, p.49: "A única coisa que o pesquisador procura são as normas que regem as conexões das ocorrências, normas essas que permitem prever essas últimas.". Para uma exposição didática do tema, ver FARRELL, Martin Diego. La metodologia…, cit., pp.39-51, passim.

para o realismo americano ou escandinavo[24].

Riccardo Guastini, o nome mais reluzente da Universidade de Gênova, faz uma releitura do realismo jurídico, para considerá-lo uma conjunção de três teses para ele estreitamente conexas: (a) uma tese ontológica, que responderia a demanda sobre que tipo de entidade é o direito, o que - convenhamos - de saída já seria para o realismo jurídico americano e escandinavo uma questão sem sentido; (b) uma tese metodológica, tendo por objeto a interpretação, para responder a questão de que tipo de atividade é a atividade interpretativa; e (c) a tese epistemológica, que se ocuparia em saber em que consiste o conhecimento científico do direito[25]. Ao tratar do que chama de *realismo metodológico,* Guastini o define simplesmente como uma teoria cética da interpretação, é dizer, não seria ela, a atividade interpretativa, um ato de conhecimento, mas de atribuição de significado ao texto normativo, o que a faria uma atividade decisória e não de natureza cognitiva[26].

Para que pudéssemos posicionar o pensamento desenvolvido pela escola genovesa dentro do movimento do realismo jurídico, teríamos que ampliar de tal sorte o seu significado que qualquer forma de ceticismo hermenêutico faria já do seu defensor um integrante dessa corrente, como de resto fez Guastini ao incluir Hans Kelsen nesse *saco de gatos* em que transformaram o uso daquele signo. Para essa transubstanciação da teoria pura do direito em espécie do realismo jurídico *qua tale,* embutiu-se nessa etiqueta qualquer posicionamento que assumisse metodológica e epistemologicamente a refutação do jusnaturalismo, privilegiando o empirismo e o não-cognitivismo ético.

Ao nosso sentir, porém, Kelsen nunca poderia estar catalogado entre os defensores do empirismo, tomando justamente em conta o núcleo central daquilo que resultou na sua teoria pura do direito, inclusive pela construção teórica da *entidade contrafática* (diria Oliver W. Holmes, sem rodeios: *fantasmagórica*) da norma fundamental como fundamento de validade do ordenamento jurídico, além da sua inegável inspiração filosófica advinda do criticismo kantiano, responsável pela adoção da separação mais consequente entre ser e dever-ser de origem humeana. Diversamente, uma abordagem empírica, como a feita grosso modo pelo realismo jurídico americano e escandinavo, reduziria os significados legais àqueles reconhecidos como fatos empiricamente conhecidos através das decisões judiciais, hábeis a permitirem que novas cadeias de eventos sociais viessem a suscitar

[24] Para uma crítica do uso da qualificação de realismo para essa corrente, por todos: BARBERIS, Mauro. “Un poco de realismo sobre el realismo ‘genovés’”, In: BELTRÁN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B. (eds.). El realismo jurídico genovés, Madri: Marcial Pons, 2011, pp.209 ss.

[25] Vide GUASTINI, Riccardo. “Il realismo giuridico ridefinito”, Revus - European Constitucionality Review, (2013), nº 19, Kranj/Eslovênia: Klub Revus, pp.97-111.

[26] GUASTINI, Riccardo. “Il realismo…”, cit., p.98. Essa tem sido uma afirmação repetida ad nauseam por Guastini em suas diversas obras sobre interpretação, porém sem dela sacar todas as suas consequências, como adiante demonstrarei.

predições sobre como os tribunais decidiriam em situações imaginativamente símiles[27].

Ao fazer essa separação entre *ser* e *dever-ser* e assumi-la na medula da sua teoria pura do direito, Kelsen, embora sem manter-se fiel às consequências que deveria sacar daí, continuou preso ao entendimento de que o conteúdo dos enunciados é incognoscível, nada obstante a simples admissão do dever-ser que é a norma já revelar não ser ela tomada apenas como portando um *conectivo sintático,* a cumprir uma função meramente lógica. Há o dever-ser sintático, porém há-o semântica e pragmaticamente também. É preso a essa contradição que ele promove todos os esforços para retirar do campo de estudo do Direito o conteúdo das proposições normativas e a sua observância (ou não), resumindo o seu campo objetal apenas ao direito positivo como estrutura formal[28]. Ao reduzir o objeto do Direito a tão angustos limites formais, excluindo da sua preocupação a realização no mundo do ser do dever-ser que são as normas, Kelsen evidentemente não poderia ser posto no seio do empirismo.

A alocação de Kelsen na nominata dos autores do realismo jurídico nos serve de argumento para rejeitar a existência de um *realismo genovês,* salvo se desfiguramos aquele conjunto de pressupostos que convencionou-se chamar de realismo. De outra banda, os italianos e os seus seguidores não negam a existência da norma jurídica como proposição prescritiva, porém rejeitam possa ser ela uma significação previamente dada no enunciado normativo antes do ato de aplicação atributivo de sentido. Há um compromisso com o não-cognitivismo ético e com o ceticismo, nada obstante seja ele bem mais débil na prática do que afirmado compromissória e teoricamente.

Compreendo a corrente analítica italiana, no plano dos seus postulados teóricos, como uma forma radical de *relativismo,* em que o sujeito empírico passa a ser o demiurgo *a posteriori* das normas jurídicas, podendo emprestar aos enunciados normativos qualquer significação. A norma não seria uma significação antecipadamente dada para ser aplicada, ainda que contrafaticamente, porque os sentidos, a rigor, nunca estariam acabados ou prontos, sendo o enunciado veiculado pelas fontes do direito não mais do que uma referência ou uma moldura na construção de sentido; destarte, a norma jurídica não seria objeto do conhecimento, mas produto do ato de interpretação. O direito positivo, em nenhuma instância, seria tomado com conteúdo possível de ser conhecido, mas um fazer-se sempre *in fieri,* em construção, sem que existisse qualquer critério para estabelecer qual a

[27] GREEN, Michael Steven. "Hans Kelsen and the logic of legal systems", Alabama Law Review, (2003), Vol.54 nº 2, p.382. Contra, entendendo que a teoria pura do direito paga elevado pedágio ao empirismo do Círculo de Viena, ÁVILA, Humberto. "Função da ciência…", cit., p.22. Em uma posição intermediária, com boa exposição das influências do Círculo de Viena sobre Kelsen: JABLONER, Clemens. "Kelsen and his circle: the viennese years". European Journal of International Law 9 (1998), pp.378 ss.

[28] KELSEN, Hans. "On the borders bettween legal and sociological method". In: JACOBSON, Arthur and SCHLINK, Bernhard (eds). Weimar: A Jurisprudence of Crisis. Berkeley: University of California Press, 2000, p.57 ss.

interpretação correta e aquela interpretação errada[29]. Seria o sujeito quem criaria a norma em concreto quando da sua aplicação; noutras palavras, para o ceticismo *à la gènoise* o intérprete não erraria nunca, ele prescreveria na medida em que concederia significação ao enunciado positivado[30].

Esse ponto é de sobeja importância: há compromissos assumidos como pontos de partida teóricos pela corrente analítica genovesa - como de resto em todo ceticismo - que são esmaecidos na exposição dogmática e se tornam débeis na sua aplicação prática. É o que se dá com o *ceticismo da corrente analítica genovesa.*

2.5. As normas jurídicas como significações atribuídas aos enunciados prescritivos. A criatividade normativa do intérprete.

2.5.1. A teoria pura do direito e as normas como molduras.

É comum a afirmação segundo a qual Hans Kelsen construiu a sua teoria pura do direito limitando o campo cognoscitivo da Ciência do Direito à sua estrutura formal. Para ele, os enunciados normativos seriam molduras cujo conteúdo seria incognoscível. A rigor *et pour cause,* não haveria em toda a sua obra uma preocupação mais profunda com a teoria da interpretação, salvo um ou outro texto esparso; nesse sentido, é justa a afirmação de Humberto Ávila de que Kelsen teria sofrido a influências do Círculo de Viena e do seu positivismo lógico[31].

Nada obstante, é necessário acatar *cum granus salis* a coerência da obra kelseniana na exposição da tese da incognoscibilidade da norma jurídica. Kelsen assere no início da sua principal obra que o ato de enunciar e o significado da enunciação são coisas distintas, de modo que a expressão racional de um ato o liga a um sentido posto pelo enunciante para ser entendido pelos outros[32]. Como o ato ponente de normas expressa uma significação que é um dever-ser, a sua expedição é feita justamente para ser compreendida, é dizer, para fazer a geração de um sentido objetivável que estaria ligado ao próprio ato. A

[29] Nesse sentido, sem meias palavras, afirma GUASTINI, Riccardo. Teoría e ideologia de la interpretación constitucional. 2ª ed., Madri: Trotta, 2010, p.42: "Desafortunadamente, no existe ningún criterio para distinguir entre la interpretación correcta y las incorrectas". Faltou dar um passo dedutivo além e afirmar ainda mais claramente: não existindo critério algum, não haveria interpretação correta e incorreta, sendo todas possíveis e admissíveis, como muito perto chegou Kelsen de afirmar, furtando-se em fazê-lo ao esconder-se na falácia das normas como significações prescritivas limitadas pela moldura textual.

[30] Essa é uma questão capital para o controle das decisões judiciais e para a sua legitimação. A decisão produziria uma norma em um novo texto, que ao ser interpretado produziria uma nova norma e um novo texto, assim ao infinito, transformando a prescritividade em um vazio de sentido. Há aqui uma aporia insolúvel dos infinitos sentidos que sentido algum teria na prática. Como já dizia Bobbio, lacuna não é ausência de norma, mas o excesso delas, a falta de um critério expletivo de decidibilidade. Assim, vide BOBBIO, Noberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.279.

[31] ÁVILA, Humberto. "Função da ciência…", cit., p.22.

[32] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4ª. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994, p.3.

essa altura, porém, Kelsen coxeia na evolução da sua exposição e afirma que *a norma funciona como esquema de interpretação*[33]. Fosse a norma um esquema ou uma moldura de interpretação não seria a rigor um dever-ser, uma proposição prescritiva dotada de validade e eficácia. Ou bem a norma seria uma moldura - e norma não seria, mas enunciado - ou bem seria a norma um sentido que significaria que *algo deve-ser;* sentido esse objetivado[34].

Kelsen, no início da sua teoria pura do direito, usa o signo "norma" como significação, como dever-ser, não como enunciado ou texto[35]. Todavia, em um artigo publicado em 1934 e depois incorporado no mesmo ano à sua obra magna, ele assevera que a norma seria uma moldura - é dizer, forma - que admitiria vários conteúdos possíveis. Há aí o uso ambíguo do signo "norma", tomado como *expressão verbal e vontade expressada*[36]. A balburdia terminológica não é sem razão, porém. É que o jurista vienense advoga a indeterminação do conteúdo normativo, tomando o ato formal ponente de normas como um ato de vontade cujos sentidos possíveis expressados estão abaetados naquela moldura ou quadro; dado que não haveria apenas um significado correto, interpretar nada mais seria do que buscar o conhecimento dessas várias possibilidades significativas[37]. Em Kelsen, portanto, o aplicador deve/pode usar uma das possíveis significações aceitas pela moldura da norma geral, não havendo um direito preexistente, sendo a escolha da significação a ser adotada no ato de aplicação uma matéria afeta à política, não ao Direito[38].

O ceticismo kelseniano quanto à possibilidade de conhecimento da norma jurídica o faz reduzir o Direito ao estudo da forma, do sistema jurídico como estrutura lógica, o que o impossibilita de levar a sério em suas consequências a distinção kantiana - que domina a sua obra - entre *ser* e *dever-ser,* cuja relevância o colocaria diante do enfrentamento da possibilidade da "existência" do *dever-ser* não apenas como conectivo proposicional sintático, porém também como categoria semântica e pragmaticamente fundamental para o estudo do direito positivo. Há algumas outras questões relevantes que esse *approach* formalista deixa pendente de solução e sobre as quais Kelsen passou ao largo, como, por

[33] KELSEN, Hans. Teoria pura…, cit., pp.4-5. A rigor, não seria a norma uma moldura, mas o conteúdo da disposição normativa que a conteria emoldurada.

[34] KELSEN, Hans. Teoria pura…, cit., pp.5, assere: "A circunstância de o 'dever-ser' constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado…" (p.8).

[35] KELSEN, Hans. Teoria pura…, cit., p.6, afirma: "'Norma' é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida, ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser."

[36] Essa confusão entre texto e norma em Kelsen não deixou de ser sublinhada por GUASTINI, Riccardo. "Hans Kelsen sull'interpretazione", in: GUASTINI, Riccardo e COMANDUCCI, Paolo (Org.). L'analise del ragionamento giuridico, vol.II, Turim: Giappichelli, 1989, pp.121 ss,

[37] KELSEN, Hans. Teoria pura…, cit., pp.390 ss.

[38] KELSEN, Hans. Teoria pura…, cit., pp.392-93.

exemplo, a análise de como se formaria o consenso sobre a competência de alguém de veste talar para exercer uma função de *imperium,* cujo papel social desempenhado apenas possuiria sentido jurídico se houvesse uma norma anterior que atribuísse àquela pessoa um plexo de poderes, investindo-lhe em uma autoridade funcional[39]. Diante do conceito de norma como moldura, essa afetação de competência a uma autoridade careceria de sentido, nada obstante Kelsen dê um passo atrás e tome a norma atributiva de poderes como prévia ao ato da autoridade que põe outra norma, tendo aquela como o seu fundamento de validade[40].

A escolha de sentidos possíveis dentro da moldura que seria a norma jurídica, ao contrário do que dito por Kelsen, não é uma questão política, mas substancialmente possui natureza jurídica; a interpretação é matéria afeta à teoria geral do Direito, não podendo ser tratada à margem da teoria jurídica, porque as normas, como proposições deônticas, são voltadas para realizar no ser o seu dever-ser, conformando a conduta humana. É essa a finalidade do direito: regrar a vida em sociedade, as relações intersubjetivas, impurificando-se, como dizia com finura Lourival Vilanova. E outra coisa não é o regramento da vida humana coercitiva e institucionalmente senão aquilo a que chamamos direito.

A teoria pura do direito se esvanece em sua ânsia de asseio da faticidade quando ingressa na análise dos institutos jurídicos fundamentais, como situação jurídica, direito subjetivo, pretensão, dever, propriedade, etc. Enquanto o realismo jurídico estadunidense simplesmente nega a existência de um "direito" de propriedade como entidade abstrata, Kelsen não destoa do tratamento conceitual que os pandectistas alemães lhe emprestaram, gastando não pouca tinta para tratar da *correta* compreensão dos institutos jurídicos, quando trata da *estática jurídica*[41]*,* discutindo o conceito de pessoa física e pessoa jurídica como realidades jurídicas criadas pela Ciência do Direito, usadas com utilidade pelo direito positivo. Diante dessa própria exposição dos institutos jurídicos, Kelsen, ao contrário do que sustentado por Guastini, não poderia de modo algum ser catalogado entre os defensores do realismo jurídico, porque eles simplesmente impugnam qualquer incursão

[39] Sobre o problema das normas de competência para o realismo jurídico, vide: TUSSEAU, Guillaume. "La théorie des normes de compétence d'Alf Ross". Revus - revue de théorie constitutionnelle et philosophie du droit, 24 (2014), Kranj/Eslovênia: Klub Revus, pp.115-140.

[40] A vasta obra do autor vienense é prenhe de contradições, justamente porque ele não toma em sério os pontos de partida assumidos ao separar as categorias do ser e do dever-ser, sobretudo quando o encontramos diante de questões de fronteira, nas quais a higidez das proposições teóricas passa a ser mais desafiada. Se alguém tem competência para editar normas, tal competência apenas pode provir de uma norma prévia que insira aquela pessoa em um plexo de atribuições e poderes. Assim, os legisladores possuem "the capacity of creating legal norms because a legal norm, namely the constitution, has accorded to them quality". É essa significação normativa prévia que separa o comando emanado do legislativo daquele emanado de uma quadrilha: "The legislative function of parlament is based upon the constution; the decision of the criminal gang is not." (KELSEN, Hans. "Value judgments in the science of law", What is justice?: justice, law, and politcs in the mirror of science. Berkeley: University of California Press, 1971, p.220).

[41] KELSEN, Hans. Teoria pura…, cit., pp.140-213.

no trato do que chamariam jocosamente de entidades fantasmas ou metafísicas, absolutamente estranhas à realidade[42].

2.5.2. A norma jurídica como proposição integralmente prescritiva: a semantização do nêustico.

Para Hans Kelsen, a norma (*rectius,* o enunciado prescritivo) como moldura possui sentidos possíveis, que o aplicador poderá escolher sem que se possa afirmar que ele teria usado ou não um sentido correto. Dentro do quadro significativo que seria a norma jurídica, a escolha da significação seria um ato político, portanto estranho ao estudo da teoria pura do direito. Ora, se há uma moldura de significações, poderiam elas ser conhecidas e escolhidas, o que pressuporia que os sentidos prescritivos seriam passíveis de cognição: se x, y e z fossem significações possíveis dentro dos limites da moldura do enunciado prescritivo, então eles, os sentidos, preexistiriam e seriam *conhecidos* (ato de cognição) e *escolhidos* (ato de volição). Em Kelsen, destarte, há a adoção do construtivismo, não porém do relativismo forte. Dizer que existem sentidos passíveis de escolha não é o mesmo que dizer que não existem sentidos, sendo a significação uma criação do intérprete.

O ceticismo jurídico genovês busca tomar a cidadela da teoria pura do direito, indo além de Kelsen no relativismo da *indefinibilidade* objetiva da norma jurídica, para proclamar que a *moldura* de que falava o jurista de Viena seria na verdade o texto positivo, o suporte físico que enuncia a proposição prescritiva, nada obstante a norma enquanto tal não estaria ali previamente dada em possíveis sentidos, senão que ela, a norma jurídica, seria a significação atribuída pelo intérprete no ato de interpretação/aplicação do direito. Interpretar, portanto, não seria conhecer a norma jurídica, mas criá-la, construi-la, adscrevê-la, razão porque interpretar um texto positivo seria já e sempre prescrever. Em assim sendo, outra não poderia ser a conclusão lógica senão a afirmação de que a dogmática jurídica não seria apenas constituída de proposições descritivas do ordenamento jurídico, senão que também seria constituída de normas provenientes da interpretação doutrinária, que teria inegável função criadora e adscritiva de normas[43].

[42] Sobre a posição do realismo jurídico americano, por todos: GRAY, John Chipman. The nature and sources of the law. Nova York: Columbia University Press, 1909, p.9: "O perigo em lidar com conceitos abstratos, seja na lei ou em qualquer outro departamento do conhecimento humano, é o de tirar os pés da terra real". Adiante, na clássica obra, Gray critica fortemente o conceito de "direito subjetivo" e demais institutos jurídicos (pp.11 ss., passim).

[43] Assim, aproximando-se do ceticismo genovês, ÁVILA, Humberto. "A função da ciência…", cit., pp.194-195: "A constatação de que toda interpretação envolve inevitavelmente uma escolha estruturada por métodos, baseada em argumentos e fundada em teorias, impede a defesa de que cabe à Ciência do Direito apenas descrever significados suscetíveis de conhecimento.". E adiante: "a Ciência do Direito, por exigência do seu próprio objeto, não deve apenas descrever, mas também adscrever e criar significados…". Essa é uma afirmação que parte de um pressuposto não tematizado: a de que as ciências sociais construiriam o seu objeto, enquanto as ciências naturais teriam como objeto o dado.

Há indagações sérias a serem enfrentadas, sem embargo, para que essa posição relativista do ceticismo interpretativo se ponha de pé argumentativamente: (a) o relativismo jurídico admitiria a distinção entre juízos cognitivos e juízos não-cognitivos, entre proposição descritiva e proposição prescritiva?; (b) se o ceticismo admitisse que aquela distinção procederia, então seria de se perguntar: o juízo dogmático sobre a parte da norma que descreve fatos relevantes para o direito seria cognitivo ou não-cognitivo?; e (c) se se admitisse que o enunciado descritivo do antecedente da estrutura lógica da norma jurídica poderia ser conhecido como *enunciado de fato,* seria legítimo perguntar: como sustentar que a norma, ao menos naquela parte do descritor, não seria cognoscível e objeto de juízos descritivos, comuns às ciências naturais, por exemplo?; e (d) em sendo eventualmente todas as questões anteriores admitidas, então o ato de interpretação teria a função de descobrir o significado do suporte fático ou descritor da norma e adscrever, constituir, criar, o significado do seu preceito ou prescritor, dada a bimembridade da estrutura lógica da norma jurídica.

Os aspectos problemáticos suscitados por essas questões não são de simples trato. Diante das suas não poucas dificuldades, Giovanni Tarello buscou um meio de desbastá-las a partir da sua própria origem, afirmando que *todo o enunciado do texto positivo, mesmo na parte descritiva de fatos relevantes, teria também natureza prescritiva*[44]. Essa assertiva, porém, esbarraria em um impedimento muito bem observado por Kelsen: do ser não dimanaria nunca um *dever-ser;* haveria uma descontinuidade entre as duas esferas autônomas. Tarello, então, buscou com perspicácia contornar essa premissa epistemológica fundamental da teoria pura do direito, valendo-se da distinção originalmente proposta por R. M. Hare entre o *frástico* e o *nêustico* das proposições[45].

Giovanni Tarello chama *asserções* às proposições cognoscitivas e *prescrições* às proposições prescritivas. Assim, chama de enunciados *assertóricos* aqueles que expressam asserções e enunciados prescritivos os que expressam prescrições[46]. De um modo geral, as proposições seriam estruturas complexas unidas por uma cópula, compostas de uma mesma característica que semantizaria algo pertencente à experiência, seja um estado de coisas ou um comportamento, no caso de asserções, ou apenas comportamentos, no caso de prescrições. Então, duas orações poderiam se referir exatamente a um mesmo comportamento, porém uma poderia o estar descrevendo e a outra poderia estar determinando que ele devesse ocorrer. Esse aspecto da oração de referir-se a algo no mundo, inclusive um comportamento, chamar-se-ia *frástico;* quando, porém, a análise da função do enunciado estivesse em causa - se seria ele portador de uma asserção ou um comando -, estaríamos diante do *nêustico*[47].

[44] TARELLO, Giovanni. "La semántica del néustico: observaciones sobre la 'parte descriptiva' de los enunciados prescriptivos". In: BELTRÁN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B. (eds.). El realismo jurídico genovés, Madri: Marcial Pons, 2011, pp.15-39.

[45] Sobre o tema, HARE, Richard M. A linguagem da moral. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp.19-30, passim.

[45] TARELLO, Giovanni. "La semántica…", cit., p.16.

[47] TARELLO, Giovanni. "La semántica…", cit., p.18; HARE, Richard M. A linguagem…, cit.,p. 21.

Para Hare, um enunciado descritivo possuiria o mesmo *frástico* de um enunciado prescritivo; o que diferenciaria um do outro seria apenas o *nêustico:* naquele haveria uma asserção; nesse, uma prescrição. Se o *frástico* é comum ao enunciado descritivo e prescritivo, mudando a sua função conforme seja o *nêustico,* não haveria diferença metodológica de aproximação do enunciado, fosse ele descritivo ou prescritivo[48]. Em miúdos, Hare simplesmente rejeita a existência de diferenças no *frástico* entre enunciados descritivos e prescritivos[49], o que na prática igualaria a natureza dos enunciados do direito positivo e da Ciência do Direito, nada obstante fossem diferentes quanto à sua função ou, mais precisamente, quanto ao seu *nêustico:* prescritiva aquela; descritiva, essa. A Ciência do Direito faria menção à linguagem do direito positivo, tendo ambos, Direito e direito, eventualmente o mesmo frástico, porém com nêusticos distintos.

Essa conclusão a que chegou Hare não satisfaria a corrente analítica italiana, porque igualaria a cognoscibilidade das proposições dos enunciados da dogmática jurídica e dos enunciados prescritivos, porém em um sentido absolutamente invertido àquele sustentado pelo ceticismo genovês: ambas as proposições poderiam ser predicadas como verdadeiras ou falsas, o que trariam os valores e as normas para o campo objetal idêntico aos objetos físicos ou aos estados de coisa. Giovanni Tarello, então, busca uma solução para essa armadilha da tese de Hare, sustentando que, sendo a estrutura lógica do enunciado normativo formada por uma proposição que descreveria fatos relevantes para o direito e uma outra que lhes prescreveria efeitos jurídicos, não apenas essa última teria um nêustico prescritivo, mas também o teria de igual modo o seu suporte fático ou descritor. É dizer, haveria a incidência do nêustico prescritivo sobre a semântica da parte descritiva da estrutura lógica do enunciado normativo.

Para sustentar que o suporte fático não seria apenas descritivo de fatos, lembra Tarello que as proposições do descritor normativo são também compostas de palavras ou expressões criadas pela doutrina jurídica ou pelo próprio direito positivo em outras normas, como "demanda", "relação jurídica", "obrigação", etc., de modo que o frástico do descritor normativo conteria já a conjunção do nêustico descritivo e prescritivo a um só tempo. É dizer, seriam qualificações jurídicas atribuídas àquelas expressões através de prescrições distintas, que constituiriam definições, regras de uso, projetos de interpretação,

[48] HARE, Richard M. A linguagem…, cit., p.24: "Tanto imperativos como indicativos têm de se referir ao estado de coisas a que dizem respeito. Isso significa que os imperativos, como os indicativos, podem sofrer da enfermidade para a qual chama a atenção a denominada teoria da verificação do significado; pois essa enfermidade, sendo uma enfermidade da frástica, nada tem que ver com as afirmações como tais; os que pensavam assim enganaram-se.".

[49] No mesmo sentido, SCARPELLI, Uberto. Contributo alla semantica del linguaggio normativo. Milão: Giuffrè, 1985, p. 124: "Asserzioni e norme si riferiscono a fatti e hanno in comune la designazione dei fatti nel frastico; ma il neustico delle asserzioni dice che i fatti sono o saranno, il neustico delle norme dice che devono essere, che i destinatari delle norme non terranno, ma devono tenere certi comportamenti.".

propostas da doutrina jurídica, etc[50]. No final das contas, Tarello percebeu o sério problema que a célebre distinção hareana entre frástico e nêustico trouxera para a rejeição da cognoscibilidade das proposições prescritivas, porém a saída que buscou para superá-la resultou em um outro problema não menos grave para o seu ceticismo interpretativo: misturar *menção* e *uso* de uma expressão como fossem a mesma coisa. Se uma norma *menciona* um instituto jurídico - definido por outra - em seu suporte fático, a prescritividade daquela primeira norma definitória geraria o nêustico prescritivo na que a mencionou. No final, Tarello toma os institutos jurídicos mencionados pel descritor normativo como um *dado entitário* criado anteriormente, ou seja, como um conceito posto antecipadamente por outra norma, pela doutrina ou pelo costume[51].

Todo esse esforço argumentativo do mestre italiano, sem embargo, tem uma razão de ser: ao deslocar o nêustico também para o seio do enunciado descritivo da estrutura lógica da norma jurídica, estaria agora apto a sustentar que tanto o suporte fático quanto o preceito teriam o nêustico prescritivo e, como tal, desafiariam uma interpretação como ato de vontade e não como *ato de conhecimento,* de modo que a norma jurídica *qua tale* nada mais seria do que a significação atribuída ao texto pelo intérprete; é dizer, a natureza da interpretação seria constitutiva do sentido do texto, sendo ele, o texto, nada mais do que marcas gráficas ou suportes físicos predispostos pela autoridade competente, no caso do direito positivo. Sem esconder o psicologismo que forra o seu pensamento, Giovanni Tarello fez a diferença entre interpretação-atividade e interpretação-produto, sendo aquela "un fenomeno mentale, come l'attribuire un significato a un documento"[52]. Para Tarello, desse modo, a interpretação seria uma atividade de atribuir um significado a um documento, que poderia consistir tanto em um ato de vontade (uma volição) como ato de conhecimento (uma intelecção)[53]. Competiria ao intérprete, então, decidir-se a atribuir ou propor ao documento um particular significado, é dizer, "o significato non è affatto precostituito all'attività dell'interprete, ma ne è anzi il risultato"[54]. Sendo a norma jurídica a

[50] TARELLO, Giovanni. "La semántica…", cit., p.32-33. Quero mais uma vez sublinhar que o realismo jurídico rejeita a existência de institutos jurídicos como os mencionados por Tarello, a exemplo do signo "relação jurídica", porque os toma como entidades metafísicas ou fantasmagóricas; como o jurista italiano não os rejeita, embora sem tematizar o problema, terá que fazer concessões do psicologismo que o anima em favor de um certo convencionalismo mal explicado. Aliás, é a mesma aporia em que incide ÁVILA, Humberto. "Função da ciência…", cit., p.195, que caminha de um solipsismo na atribuição de sentido do aplicador/intérprete/criador da norma ao convencionalismo de um controle a posteriori pela comunidade do discurso.

[51] Alguns autores não se dão conta desse aspecto conflituoso do pensamento de Tarello e, similiter, da corrente analítica italiana de matriz genovesa, ainda mais quando é consabido que ele defende uma concepção expressiva da norma, que seria o resultado de um ato linguístico que atribui ao enunciado um sentido prescritivo. Sobre o tema, MUFFATO, Nicola. " Il concetto di neustico in Hare e Tarello". Relazione per l'VII Seminario dei ricercatori di Filosofia del diritto. Girona: Universitat de Girona, 2008, p.5.

[52] TARELLO, Giovanni. L'interpretazione della legge, vol. I, t.2, Milão: Giuffrè, 1980, p.39. Outrossim, TARELLO. Giovanni. Diritto, enunciati, usi…, cit., p.403 ss.

[53] TARELLO, Giovanni. L'interpretazione..., cit., pp.61-62.

[54] TARELLO, Giovanni. L'interpretazione..., cit., p.63. No mesmo sentido, GUASTINI, Riccardo. Nuovi studi sull'interpretazione. Roma: Aracne, 2008, p.170.

significação de um documento positivo, conclui Tarello que "'norma' significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione"[55]. Ora, resta claro que a corrente analítica defendida por Tarello pretende assentar a premissa de que o intérprete é livre na atividade de atribuir sentido a um texto legal, cuja significação, que é a norma jurídica, seria sempre um *posterius,* um resultado da sua atividade mental criativa, dos seus sentimentos pessoais, da sua vontade, enfim.

Há dois aspectos que deveriam, porém, ser respondidos por Tarello. Se a interpretação fosse um ato de vontade do intérprete, como ele assevera, a norma nada mais seria que o produto de uma vontade subjetiva de um sujeito psicologizado. Sendo assim, como a atribuição de sentido prescritivo por um sujeito qualquer poderia ter uma função prescritiva (nêustico) de conformar a conduta humana, é dizer, de ser uma *"direttiva d'azione"?* Sendo o sentido atribuído livremente pelo intérprete, como a norma jurídica teria o condão de vincular um universo de pessoas à prática comum, por exemplo, de observar o sinal vermelho ou os sinais de trânsito nas vias públicas? Essa questão da (improvável) vinculação das pessoas a uma significação atribuída livremente por um intérprete abre uma segunda questão relevante: como seria possível controlar a validade da norma jurídica diante de um caso concreto? Ora, como a significação seria sempre produto dos sentimentos ou da vontade de quem interpreta, como saber a diferença entre uma interpretação séria e uma interpretação não-séria, uma interpretação vinculante e uma não-vinculante?[56]

Tarello resolve a questão com sinceridade em face das premissas que abraçou: não haveria meios. Para o jurista peninsular, o controle social não se faria sobre os procedimentos intelectuais do intérprete, havendo, quando muito, um controle formal por meio dos órgãos que disponham dessa competência[57]. Mas aí, penso eu, teríamos um novo

[55] TARELLO, Giovanni. L'interpretazione..., cit., p.64

[56] Esse é um drama para qualquer expressão do relativismo jurídico. Quando, por exemplo, Riccardo Guastini se propõe questões concretas a serem resolvidas sobre temas muito delicados, como a segurança jurídica e os limites à atuação da atividade jurisdicional, encontramos uma linha absolutamente contrária à abordagem cética que ele faz teoricamente. Para ele, a atividade jurisdicional seria sempre vinculada, advertindo que, frente a uma uma norma cujo conteúdo legal não fosse predeterminado, não se poderia sequer falar em jurisdição. E assevera: "Insomma, che la legge debba predeterminare il contenuto dei provvedimenti giurisdizionali è cosa pacifica", porque "'Giudicare' è, per definizione, dedurre un precetto singolare e concreto da una norma generale e astratta preconstituita" (GUASTINI, Riccardo. Il giudice e la legge. Turim: G. Giappichelli Editore, 1995, p.47). O que o autor italiano defende é um ceticismo em tese, que naufraga quando se encontra com os rochedos do mundo da vida.

[57] TARELLO, Giovanni. L'interpretazione..., cit., p.67. Ao fim e ao cabo, Tarello põe o controle social da interpretação apenas no campo da argumentação jurídica, no dever de fundamentar (Ibidem, pp.71-72). Mas não sem desqualificar o papel da lógica jurídica, especialmente da lógica deôntica (Ibidem, pp.75-85), e da nova retórica de Parelman (Ibidem, pp.85-99).

problema, assim ao infinito: qual seria o órgão competente para interpretar autoritativamente?; por que meios a atividade interpretativa seria validamente exercida? As respostas demandariam que se fizesse uma interpretação de uma norma de competência. E quem teria competência para fazê-la, de modo que aquela interpretação fosse vinculativa para os demais? Note-se, assim, como a visão cética, levada às últimas consequências, esvazia a própria função do direito como processo de adaptação social ou ordenador da sociedade humana.

3. A interpretação como ato ponente de norma e a prescritividade da linguagem da Ciência do Direito: entre o relativismo jurídico (forte) e o construtivismo jurídico.

3.1. Atividade interpretativa, tipos de interpretação e funções da interpretação.

Vimos, com Tarello, que interpretar seria o ato ou a atividade atributiva de sentido ao texto positivo. Toda e qualquer interpretação, por conseguinte, teria sempre como produto uma significação prescritiva, fosse ela o resultado de uma atuação da autoridade competente ou mesmo da dogmática jurídica. A norma, como proposição prescritiva, não seria nunca *mencionada,* mas apenas *usada* efetivamente pelo próprio ato de interpretar, ainda quando o intérprete imaginasse estar se referindo a algo que existiria antes da sua interpretação. A rigor, a norma jurídica não seria um ente, um algo-aí para ser conhecido. O *ser-algo-aí* da norma (o seu *ser-no-mundo-como-tal*) é o que denomino de sua *natureza algoica*[58]*,* que pressupõe a sua condição *entitária,* é dizer, o ser ela uma significação prescritiva dada e possível de ser conhecida e vivida intersubjetivamente, influenciando a zona material das condutas humanas. Essa *algocidade* não existiria para o *ceticismo* em tese da corrente analítica italiana: ela, a norma, seria sempre criada e recriada tantas vezes fosse interpretada, é dizer, *a norma como norma só existiria em uso, nunca em menção*[59].

[58] Criei a expressão "algoico" para fazer referência à condição de objeto, de um dado que se põe à intencionalidade do sujeito transcendental (Husserl) ou da comunidade do discurso (nesse caso, como pensamento ou como proposição em si, consoante Bolzano, Frege e Popper) para ser conhecido. Aquilo que só existe enquanto usado, em que a menção é já um uso, não poderia ser objeto do conhecimento, sendo o inefável wittgensteiniano. Essa natureza algoica da coisa (a sua algocidade) não existiria para a norma jurídica e para os valores, por exemplo, se adotássemos a teoria analítica, o construtivismo ou o realismo jurídico. Em outros textos meus, esse ser-algo-aí da coisa foi por mim chamado de istidade (hecceidade, "thisness"), no sentido de "isto aí sobre o que estou falando". Deixei, contudo, de usar a expressão pelo sentido filosófico que ela possui, desde Duns Scotus, substituindo-a por uma expressão mais precisa para o contexto do meu pensamento.

[59] Adotando esse entendimento, porém de modo soft, ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, p.51: "o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente do seu uso e interpretação.". Ávila não se refere a uso como ato de usar apenas, mas sobretudo como produto do ato de usar, que constituiria núcleos de sentido preexistentes à interpretação (Idem, p.34: "núcleos de sentido, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual"). - Cursiva original.

Levando ao extremo, poderíamos dizer que o relativismo cético rejeita a existência de normas, uma vez que o pronunciamento decisório resolveria aquele conflito, e somente aquele, pondo fim ao *tal-como-é* do caso. E o *tal-como-é* do caso não seria sequer o *dito* pela decisão, porém o que sobre ela se entendeu e se executou no plano da faticidade, como acontecimento, ainda que o seu produto seja um estado de coisas. Assim, não existiria sequer norma individual e concreta, porém atos reais de execução. Nesse sentido, haveria por via oblíqua uma volta ao realismo jurídico na forma defendida por Félix Cohen: *o direito não seria o que o juiz decide, mas o que ele faria acontecer ("But what the judges do is more important than what they say")* O *tal-como-é* do caso seria o fusionamento do dever-ser com o ser, a execução do que fora decidido no modo como compreendido e aplicado em atos materiais, no tempo e espaço. Antes desses atos materiais praticados haveriam fatos sobre os quais as partes discordariam; depois dos atos materiais, restariam os fatos resolvidos pelo fazer, pelo acontecer. O *tal-como-é* do caso se esfumaria na execução através de atos materiais, entre o antes e o depois, porque ele só existe em ato, em uso, aqui e agora, no momento punctual ou *instântico* do acontecer da fusão entre ser e dever-ser.

Esse relativismo jurídico forte, típico do realismo jurídico, não é o adotado na prática pelo "ceticismo em tese" genovês. Na verdade, as linhas gerais da escola italiana - nada obstante as suas muitas contradições - poderiam levá-la a ser catalogada como espécie de construtivismo jurídico (relativismo débil)[60], em que o conhecimento é possível, porém dentro de um esquema conceitual e construído socialmente. A verdade não existiria, tampouco a realidade, senão como construção social a partir de um dado contexto e através da linguagem. Aliás, a linguagem para o construtivismo teria um papel demiúrgico da própria realidade social, de modo que, da mesma forma que as instituições e outras formações sociais não seriam naturais, mas produções humanas, se poderia inferir que nada seria relevante fora da seletividade e constitutividade das interações sociais, não sendo dado qualquer relevo à realidade não construída (é dizer, *lá fora*) e à verdade como qualidade de um juízo sobre algo no mundo[61].

Para o construtivismo, diferentemente do relativismo forte, as instituições jurídicas existiriam como constructos, como entidades criadas por meio das interações sociais[62]. Em que medida elas existiriam é o que devemos tentar compreender. Tomemos como exemplo de trabalho um conceito jurídico de uso corriqueiro e importante,

[60] Nesse sentido, VILLA, Vittorio. Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi de valore. Turim: G. Giappichelli Editore, 2004, p.175 ss., esp. p.180.

[61] Nesse sentido, GAUTHIER, Gilles. "La vérité: visée obligée du journalisme". Les cahiers du jornalisme (2004) nº 13, pp.167 ss. No mesmo sentido sobre o construtivismo, NOVAK Michael. The experience of nothingness. Nova York: Harper and Row, 1970, apud: MARTIN, Stéphanie. "Vérité et objectivité journalistique: même contestation?", Les cahiers du jornalisme (2004) nº 13, p.152, para quem: "there are non facts 'out there' apart from human observers. Events are not events until they are interpreted by human beings".

[62] KELLY, Georg. The psychology…, cit., pp.9 ss.

expressado pelo termo "obrigação", que exprime a subordinação de determinada esfera jurídica a uma outra no seio de uma relação jurídica. Estar obrigado é estar premido a realizar algo em face de alguém na intimidade de uma relação jurídica eficacial. A extensão e o conteúdo da obrigação são definidos pela norma jurídica, que qualifica determinados fatos por ela previstos, fazendo-os jurídicos. Dessarte, a obrigação é efeito de um fato jurídico prévio, do qual ela dimana. É desse modo que a dogmática jurídica, *grosso modo,* dá tratamento conteudístico ao signo "obrigação".

Muito bem. Ao falarmos sobre "obrigação" estamos *mencionando* o sentido que emprestamos àquele termo jurídico; quando, porém, afirmamos que "A tem obrigação de algo perante B" estamos *usando* o termo discursivamente, fazendo o seu emprego direto. Podemos apenas fazer menção a algo que está-aí e sobre o qual nos referimos. O *ser-algo-aí,* já o dissemos, expressa a sua *natureza algoica,* é dizer, há a possibilidade de um mencionar, de uma virada intencional para a coisa (objeto, estado, ideias, sentimentos, sons, sinais, etc.). Agora, vejamos: quando dizemos existir uma obrigação estamos *mencionando* que ela se põe como tal ao menos para os dois polos da relação jurídica. O seu existir como entidade jurídica pressupõe que haja uma norma anterior que a preveja como efeito de um determinado fato jurídico. A inobservância ou descumprimento da obrigação significa violação da norma jurídica de que ela *mediatamente* proveio.

Quando *uso* o termo "obrigação" estou fazendo a sua aplicação em ato; quando *menciono* o termo "obrigação", estou falando sobre algo que aí se encontra, que se põe para ser conhecido. Assim, quando há *menção,* a "obrigação" está posta na linguagem-objeto, sendo tratada pela metalinguagem. Para o construtivismo jurídico levado a sério, "obrigação" só existiria em uso, nunca sendo mencionada, de vez que inexistiria fora do ato de aplicação, é dizer, no *instântico* da incidência. Para fugir dessa aporia, haveria apenas aquele meio empregado por Tarello: toda *menção* à norma seria já e sempre o seu *uso,* de modo que a doutrina expediria sempre linguagem prescritiva (o nêustico prescritivo cobriria a inteireza frástica da proposição normativa), mesmo quando descrevesse fatos do mundo.

Se teoricamente essa exposição de Tarello pode ser palatável, a sua aplicação prática traz imensos problemas, sobretudo a impossibilidade de explicação da própria função da linguagem prescritiva. Guastini, talvez premido por essa constatação, não leva às últimas consequências o seu ceticismo, admitindo a *algocidade* da obrigação jurídica. Para ele, os enunciados nos quais o termo "obrigação" é usado pelo legislador exprimiriam normas, diretamente prescrevendo. De outra banda, nos enunciados em que "obrigação" é signo só mencionado, como em textos doutrinários a cotio encontramos, não haveria prescrição, fazendo-se apenas *referência* ao que o legislador havia prescrito. Conclui, então, o autor peninsular, que o termo "obrigação", embora normalmente seja portador de sentido normativo, também poderia ser usado no discurso cognitivo[63].

[63] GUASTINI, Riccardo. Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto. Turim: G. Giappichelli editore,

A admissão de que possa haver no Direito um discurso cognitivo deixa em aberto a tensão entre o ceticismo defendido em tese e o cognitivismo praticado na abordagem das entidades jurídicas, ambos presentes na extensa obra do jurista genovês. Esse tencionamento não é tematizado e, por isso mesmo, resta irresolvido, como fica evidente na distinção que faz entre *interpretação cognitiva* (ato de conhecimento), *interpretação decisória* (ato volitivo de escolha entre mais de uma possibilidade de significação) e *interpretação criativa* (ato volitivo de emprestar sentido além daqueles presentes na moldura do enunciado e descobertos pela interpretação cognitiva). Além dessas três espécies de interpretação, haveria ainda para Guastini o que denominou de *construção jurídica* (criação de norma inexpressa a partir de normas explícitas)[64], cuja distinção da *interpretação criativa* é feita através de uma tênue membrana retórica tão imperceptível que se torna simplesmente inútil.

Ao se admitir que a interpretação é (também) um ato cognitivo do que aí se encontra expresso no enunciado normativo, Guastini torna débil a afirmação apodítica de que o ato de interpretar seria sempre ato de atribuir sentido que antes ali não estava. Outrossim, nos casos em que haveria mais de uma significação "descoberta" pela interpretação cognitiva do enunciado, o ato de escolha da *melhor solução* para o caso concreto seria uma *interpretação decisória;* é dizer, escolher-se-ia um sentido a partir de sentidos preexistentes. E, finalmente, a *interpretação criativa* seria aquela que iria além das significações descobertas na moldura da norma para atribuir um novo sentido antes não apreendido. Só se poderia logicamente falar em novo sentido porque possíveis de serem conhecidos os preexistentes, que não saturariam as possibilidades deônticas do enunciado perante o caso concreto posto.

Para Guastini, então, a interpretação cognitiva seria uma definição informativa sobre o conteúdo do enunciado, a interpretação decisória seria uma redefinição volitiva (escolha) e a interpretação criativa seria uma estipulação pura (atribuição de novo sentido)[65]. A interpretação cognitiva teria função de verdade ou falsidade; as decisória e criativa, função adscritiva, não sendo verdadeiras ou falsas[66].

1996, p.95: "Ecco dunque che il termine 'obbligo', sebbene ordinariamente sia portatore di senso normativo, può essere usato anche nel discorso conoscitivo". Impressiona que, diante da aporia a que se chega com o ceticismo jurídico, Guastini tenha exposto brevemente o que chamou de "teoria preditiva" (realismo jurídico) e de "teoria normativa" (positivismo), sem contudo apresentar um terceiro caminho em que seria possível trafegar com o seu construtivismo (ibidem, pp.96-97). Noutra oportunidade, em estudo prenhe de contradições ("Juristenrecht", in: Distinguendo ancora. Madri: Marcial Pons, 2013, p.48), Guastini faz a separação do termo interpretação de norma expressa e inexpressa do que chamou de "construção jurídica", voltando a asserir: "La formulazione di tale norme [refere-se à norma expressa], da parte dei giuristi, è frutto di un'operazione meramente cognitiva". Ora, se há uma distinção necessária entre interpretação e construção jurídica, então aquela haveria de nada construir nem tampouco adscrever (reconstruir), é de se supor.

[64] GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argumentare. Milão: Giuffrè, 2011, pp.27-33.

[65] GUASTINI, Riccardo. Interpretare…, cit., p.31.

[66] GUASTINI, Riccardo. Interpretare…, cit., p.35. Adotando integralmente essas distinções, ÁVILA, Humberto. "A função da ciência…", cit., pp.184-5.

Tanto a escolha entabulada pelo aplicador entre uma pluralidade de significados, como a criação de um novo significado no instântico resolutivo do *tal-como-é* do caso, seriam causadas pelas exigências decisórias do contexto em que o enunciado normativo se inseriria, das teses dogmáticas elaboradas pelos juristas independentemente daquele enunciado normativo determinado e da multiplicidade de técnicas interpretativas[67]. Nada obstante o ato de interpretação ser para Guastini a escolha entre sentidos possíveis e também a atribuição de novo sentido pelo intérprete, ele entende haver um limite para a *controvérsia interpretativa,* que nem seria eterna nem tampouco privada de solução, sendo ordinariamente comum a sua mitigação. A interpretação de uma dada disposição, assim, poderia vir a se tornar estabilizada[68] ou, na expressão de Humberto Ávila, um *núcleo de significados* para as interpretações futuras.

Uma questão legítima, então, seria o saber o que seria esse núcleo de significados ou essa *interpretação estabilizada* que garantiriam, ao menos, elementos para a atividade interpretativa em movimento, instântica, no aqui e agora dos atos materiais de execução, é dizer, no *tal-como-é* do caso. Guastini deixa essas pontas do problema da interpretação totalmente soltas, como um modo de franquear margem para o movimento de ida e vinda conceitual que marca as suas obras, dissimulando as não poucas contradições existentes entre as premissas teóricas assumidas e as soluções práticas encontradas.

3.2. Núcleos de significados, significados intersubjetivados, conexões axiológicas e decisão interpretativa: a teoria da interpretação em Humberto Bergman Ávila.

O ceticismo - moderado ou forte - não se preocupa em responder o que seria a significação de um enunciado ou mesmo a relação que eventualmente possuíssem o significante e o significado como entidades linguísticas. No campo da teoria jurídica, por exemplo, as correntes céticas tomam sempre os enunciados normativos como destituídos de alguma significação neles involucrada, rejeitando possam ser portadores de um conteúdo preexistente. Essa, ao menos, é uma asserção não problematizada que seria facilmente aceita pelos defensores do construtivismo jurídico, como mostramos anteriormente[69].

Quando, porém, nos aproximamos da aplicação concreta daquele postulado teórico pelos seus defensores, vemos claudicar a coerência entre a teoria e a prática. Se a norma é

[67] GUASTINI, Riccardo. L'interpretazione dei documenti normativi. Milão: Giuffrè, 2004, pp.50-1. Do mesmo modo: Interpretare..., cit., pp.27 ss.; Le fonte del diritto e lìnterpretazione. Miláo: Giuffrè, 1993, pp.325 ss.; Teoria e dogmatica delle fonti. Milão: Giuffrè, 1998, pp.6 ss.

[68] GUASTINI, L'interpretazione…, cit., p.53.

[69] Por todos, GUASTINI, Riccardo. Il giudice…, cit., pp.18-9: "una cosa come il significato 'proprio' della parole semplicimente non existe: il significato delle parole è una variabile dipendenti del modo de usarle e di intenderle. Sicchè ogni menssaggio linguistico può avere o il significato che vi ha incorporato l'emittente, o il significato che gli attribuisce il fruitore.".

a atribuição de sentido feita pelo intérprete a uma disposição normativa, como se poderia falar em princípio da legalidade, por exemplo, vinculando o agir da Administração Pública ao denominado bloco da legalidade? Ou há proposição prescritiva prévia, que limita e condiciona a validade do ato administrativo, ou simplesmente não há meios de se falar, senão de uma forma muito débil e destituída de operatividade deôntica, em vinculação do administrador à lei, *tout court.* Mais severa ainda fica evidenciada a aporia do ceticismo jurídico quando se vai tratar do princípio da legalidade penal, que vincularia de modo forte o juiz quando da aplicação da norma e fixação da pena. Ou bem se admite que o juiz está amarrado ao mastro da lei nas águas revoltas do mar das significações incontroláveis, com ouvidos moucos para diversionismos retóricos e para arroubos de criatividade judicial lassa, ou bem há de se admitir que o Estado-juiz está livre de peias para punir o cidadão, podendo até mesmo alargar *in malam partem,* por exemplo, o sentido aceito pela comunidade do discurso para aquela norma jurídica de direito estrito. Diante desse dilema, percebemos que a teoria da interpretação jurídica termina necessariamente caindo em uma opção ideológica em favor das garantias e direitos fundamentais do cidadão ou, de modo diverso, em favor da tirania do Estado-juiz, cujos limites de atuação seriam fátuos[70].

A corrente analítica genovesa obviamente não se preocupa em analisar a questão da significação sob o ponto de vista do seu *estar-no-mundo-como-tal,* da sua *algocidade.* É que as entidades ideais, como são de resto os institutos jurídicos, geram sempre uma abordagem problemática quando se busca utilizar metodologicamente o positivismo lógico, que a rigor apenas poderia ser utilizado pelo Direito nos moldes de um realismo jurídico exigente, como aquele de cariz estadunidense e escandinavo, caindo inexoravelmente em típico behaviorismo[71]. Sendo a significação de um enunciado algo que estaria fora do texto, para o positivismo lógico não haveriam meios de indagar com seriedade sobre ela, porque nada a seu respeito poderia ser dito, senão apenas como uma entidade mental[72].

[70] Não seria o caso de aqui tratar desse aspecto ideológico por detrás do ceticismo jurídico, que termina concedendo ao Estado um poder supremo sobre o cidadão. Essa, sem dúvida alguma, é uma concepção inimiga das sociedades abertas. A terrível experiência do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha faria corar os que defendessem a discricionariedade judicial em sentido forte. GUASTINI, Riccardo. Il giudice…, cit., pp.52, que firmemente assere em nível teórico que as disposições normativas não carregam embutida consigo a significação prescritiva, fica em situação desconfortável quando tem que se manifestar sobre a interpretação judicial do texto positivo penal. Se noutras oportunidades ele afirma que a atividade jurisdicional é vinculada à lei, enfatizando ser assim apenas "si si fa astrazione della discrezionalità interpretativa", diante da lei penal, contudo, ele perde muito do seu entusiasmo com aquelas certezas céticas que costuma sustentar em nível teórico: "in materia penale, il legislatore ha precisamente l'obbligo di sopprimere - o, almeno, di ridurre fin dove è possibile - la discrizionalità che inerisce all'interpretazione e perciò alla giurisdizione.".

[71] SPAAK, Torben. "Naturalism in Scandinavian and american realism: similarities and differences". In: Ratio juris 11, pp.33-83.

[72] Na verdade, para o positivismo lógico a significação seria uma qualidade da linguagem com referência a algo real no mundo (Carnap), cumprindo uma função linguística em dada oração. Como deixa claro RAMSEY, F.P. "Universals", (1925) Mind 34 (136): pp. 401-417, estaria superada a questão vetusta da existência dos universais, agora tratados como sujeito ou predicado de uma oração, não como ideias a se stante. Para Carnap,

Se se toma a interpretação como a atribuição de sentido feita pelo sujeito aplicador ao texto positivo, tal como o fazem o realismo jurídico e - em tese - o mentalismo da teoria analítica genovesa, parece evidente que não se poderia admitir a existência de técnicas interpretativas, cuja finalidade não seria outra senão a de *descobrir o verdadeiro sentido embutido no texto.* A hermenêutica, tal como a conhecemos após a obra de Hans-Georg Gadamer, rejeita a teoria da interpretação clássica (o realismo americano diria: rejeita a doutrina austiniana[73]), justamente porque a "verdade" não seria nunca alcançada pelo método[74]. Guastini, sem embargo, em sua contraditória exposição teórica, que perpassa os seus escritos, sustenta em tese ser a interpretação a atribuição de sentido ao texto, para, em seguida, admitir que pode ser ela descritiva de sentidos preexistentes, sem que esclareça esse evidente choque de ideias. A interpretação decisória, nesse contexto, termina sendo a escolha entre sentidos encontrados na moldura do enunciado prescritivo, é dizer, também preexistentes ao ato de escolha. Primeiro, o intérprete faria a intelecção das significações existentes para só então fazer a sua escolha diante do caso concreto.

Esse problema da infidelidade aos pontos de partida assumidos *em tese* termina contaminando todo o esforço teórico desprendido para demonstrar a inexistência de relação biunívoca entre texto e significado, sobretudo quando se admite à boca cheia a possibilidade da interpretação intelectiva.

De uma forma bem mais elaborada, Humberto Ávila busca superar o irracionalismo interpretativo que ostensivamente renega, através da adoção de um construtivismo *soft,* apontando para a possibilidade de controle *a posteriori* da interpretação pela comunidade do discurso. Há que considerar, nesse passo, a existência de

em uma radicalização do empirismo, só existiria o fato atômico enunciado por proposição protocolar e passível de verificação. RUSSELL, Bertrand. An inquiry into meaning and truth. Londres: Georg Allen and Unwin Ltd., 1956, pp.310 e 341 ss., tempera o reducionismo de Carnap e Schlick, entendendo ele que as ocorrências não-verbais também poderiam ser objeto do conhecimento através do hábito e da memória, cuja falibilidade admitiria a complementação pela percepção: "there will be a kind verification which existence-proposition expressing a memory-belief. The kind of verification, however, in view of the fallibility of memory, is inferior to that by perception, and we shall always endeavour, as far as we can, to supplement it by perceptive verification". O que fica claro, então, é que (a) a significação seria uma qualidade da sentença; (b) poderia se referir a ocorrências não-verbais conhecidas pela mente (psicologismo, solipsismo) e "lembradas" pelo hábito; e (c) as entidades metafísicas não poderiam ser tematizadas e conhecidas. Sobre esse tema, há uma alentada exposição em STEGMÜLLER, Wolfgang. A filosofia contemporânea: introdução crítica. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, pp.257 ss.

[73] Por todos, defendendo Austin dos ataques advindos da cidadela do realismo, BROWN, W. Jethro. The austinian theory of law. Londres: John Murray, 1906.

[74] Nesse sentido, GADAMER, Hans-Geor. Verdad y método. 13ª ed., Salamanca: Ediciones Sígueme, 2012, pp. 13-4, passim. Quanto à inaplicabilidade dos métodos interpretativos para a criatividade do intérprete: GMELIN, Johann Georg. "Dialecticism and technicality: the need of sociological method". In: BRUNCKEN, Ernes et al (orgs.). Science of legal method: select essays by various authors, vol.9, Boston: The Boston Book Company, 1917, pp.97-8: "we can guarantee the formal correctness of procedure but never the correctness of the results". Também, STELMACH, Jerzy e BROZEK, Bartosz. Methods of legal reasoning. Dordrecht: Springer, 2006, que não tratam daqueles clássicos métodos interpretativos da escola de Savigny no quadro das correntes argumentativas, analíticas, hermenêuticas, etc.

uma preocupação sincera do jurista gaúcho com o descontrole da atividade criativa da interpretação, sem embargo de não promover ele os meios de compreensão de como essas limitações hermenêuticas se dariam, em que elas consistiriam e como poderiam ser observadas nos casos concretos em que fossem desafiadas.

Há, é certo, uma influência dos pressupostos teóricos assumidos *em tese* pela corrente analítica genovesa atuando sobre pensamento de Ávila, para quem haveria uma desvinculação entre o texto e os seus sentidos, razão pela qual o significado não seria algo incorporado ao conteúdo das palavras, porém algo que dependeria do seu uso e interpretação[75]. Diferentemente de Guastini, todavia, não cede o jurista brasileiro ao psicologismo - ao menos em tese -, afirmando que, embora o significado dependa do uso, não surgiria de um que fosse específico e individual, de vez que existiriam significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem[76]. Pois bem, o uso dos signos em situações concretas, dentro de uma vivência simbólica intersubjetivamente mediada, geraria *núcleos de sentidos* preexistentes aos novos processos individuais de aplicação, cuja demarcação positiva dos seus possíveis usos não seria dada de antemão, restando para o intérprete limitações negativas, indicando ao menos quais as situações em que certamente não se poderia utilizar determinado sentido na interpretação da disposição normativa[77]. Embora sem explicitamente fazer essa distinção, Ávila separa o *ato de uso do produto do uso:* o *uso* seria o ato concreto do sujeito individual na atribuição de sentido ao enunciado, enquanto o *produto do uso,* o sentido de dever-ser que é a norma jurídica, passaria a fazer parte daquele núcleo de sentidos que preexistiria aos novos atos de aplicação como *significados intersubjetivados,* não precisando a toda situação serem novamente fundamentados.

É certo que Humberto Ávila não ingressa em uma análise mais aprofundada da cognoscibilidade desse *núcleo de sentido,* bem assim do que seriam os *significados intersubjetivados* enquanto algo-aí que se põe em seu *ser-no-mundo-como-tal,* como idealidades que transcendem o conhecimento de um único sujeito empírico e se inserem em uma vivência comum simbolicamente constituída.

Com essas premissas embauladas na mente, logo se vê que o projeto teórico de Humberto Ávila é mais ambicioso do que aquele produzido por Riccardo Guastini, porque há uma preocupação ali de amarrar as pontas soltas no processo de construção de sentido, com a pretensão nítida de acrisolar eventual queda para o irracionalismo ou o relativismo desbragado no ato de interpretação. Nada obstante seja essa uma preocupação que percorre o pensamento de Ávila, há uma persistente influência da teoria analítica do direito em aspectos decisivos, que termina por enfatizar o papel demiúrgico do sujeito no processo de criação da norma jurídica; exemplo disso é quando afirma que dispositivo algum conteria

[75] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios…, cit., pp.52; e "Função da ciência…", cit., passim.
[76] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios…, cit., pp.52-53.
[77] Ibidem, p.53.

de antemão uma regra ou um princípio, dado que essa qualificação normativa sequer seria prévia ao ato de interpretação. Para ele, essa distinção entre regras e princípios seria construída pelo próprio intérprete, não estando a sua natureza jurídica e a sua significação incorporada ao texto, não lhe sendo pertencentes; a interpretação de um enunciado como expressando regra ou princípio seria dependente das *conexões axiológicas* feitas pelo intérprete quando do ato de aplicação[78]. Essa é uma afirmação capital que desafia a nossa reflexão.

O que seriam as *conexões axiológicas,* feitas pelo intérprete no momento da dação de sentido ao texto em uso no caso concreto, que estariam na medula da *decisão interpretativa?* Em primeiro lugar, seria conveniente compreender o que seriam os valores na visão de Ávila. Não encontramos em sua obra uma análise da relevante questão, salvo as pistas postas na afirmação da sua subjetividade intrínseca, é dizer, os valores dependeriam da apreciação subjetiva, sendo ateoréticos, não tendo significação objetiva, tampouco sendo verdadeiras ou falsas as proposições sobre eles[79]. Ora, se as conexões axiológicas são feitas pelo intérprete a partir da sua experiência pessoal e dos seus sentimentos, apetites e visão de mundo, parece-me que há um deslizamento para o irracionalismo quando Humberto Ávila afirma que *o modo de aplicação não estaria determinado pelo texto objeto da interpretação,* e, sim, que seria decorrente "de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar"[80]. É dizer, o controle da adequada aplicação da norma jurídica deixaria de ser substancialmente feito a partir das disposições normativas, ficando aprisionado à análise das razões subjetivas do aplicador, escolhidas a partir dos seus valores individuais e próprios, que por sua vez seriam operados pelas conexões axiológicas subjetivas intensificadas por ele, o aplicador.

É natural, então, que o intérprete jogue aí um papel central para a construção da norma jurídica, dada a natureza egoica (euidade) da interpretação; noutras falas, Ávila deixa de lado o algo que é a norma jurídica (a sua natureza *algoica,* a sua algocidade) e se prende ao constructo que ela seria após a atuação do sujeito atributivo de sentido (a natureza *egoica* da interpretação, a euidade no processo de dação de sentido). Esse deslocamento do interesse do objeto para os instrumentais argumentativos do sujeito cognoscente amplifica o relativismo da interpretação, já não sendo de se estranhar que o intérprete possa simplesmente desconsiderar as significações mínimas da norma e, mediante a expedição de *razões contrárias ou razões superiores,* criar novos sentidos prescritivos a partir dos fatos concretos. Por isso mesmo, poderia o Poder Judiciário "desprezar os limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo". Poderia,

[78] Ibidem, p.55, passim.
[79] Ibidem, p.87.
[80] Ibidem, p.66.

inclusive, "fazer dissociações de significado até então desconhecidas". Noutras palavras, a própria dimensão do peso das normas jurídicas não pertenceria a elas, mas ao aplicador. Em suma, "a atribuição de peso depende do *ponto de vista* escolhido pelo observador"[81].

Ora, adotando o pensamento de Ávila, teríamos que admitir o *totalitarismo do intérprete* que, a rigor, não teria limites no processo de interpretação, sequer estando preso ao uso da norma e aos seus sentidos preliminares, não havendo vinculação alguma aos núcleos de significação. Não teríamos ainda como falar seriamente em significados intersubjetivados, porque a norma seria qualquer sentido prescritivo atribuído pelo aplicador através de razões justificadoras e superadoras do próprio sentido preliminar do texto, sobrepondo-se até mesmo às condições de uso da linguagem. A argumentação seria o *locus* da normatividade, cujo controle, na prática, se torna impossível, dado que as razões superiores que venham de ser invocadas para construir sentidos contrários àqueles admissíveis sem gerar tensões interpretativas, nada mais seriam do que fruto da subjetividade do aplicador. Ao fim e ao cabo, termina essa teoria da interpretação sendo autorizadora de qualquer *decisão interpretativa,* como aquela em que o STF entendeu cumprido o princípio da anterioridade da lei que institui ou aumenta imposto, mesmo apenas circulando o Diário Oficial da União no dia 2 de janeiro do ano seguinte[82]. É dizer, os sentidos preliminares intersubjetivados dos signos "ano" e "anterioridade" foram esvaziados por razões superiores suscitadas pelo aplicador[83].

Sem nesse momento aprofundarmos o consistente arsenal teórico usado por Humberto Ávila ao tratar da teoria dos princípios e da própria dinâmica da interpretação, podemos deixar explicitado que a sua crítica ao descritivismo da teoria do Direito é consequente com o ceticismo e relativismo da sua teoria da interpretação, bem como do acentuado valor outorgado à subjetividade do intérprete. E, inegavelmente, essa concepção é justificadora de todas as decisões judiciais, levando o Direito para um elevado grau de irracionalismo promotor da tirania hermenêutica, deixando o cidadão indefeso diante da *juris dictio* do Estado.

[81] Ibidem, cit., p.84. Em sentido diverso, há manifestações na mesma obra, como quando da análise de um caso concreto: ÁVILA, Humberto. "Parecer: Conflito entre o Dever de Proteção à Saúde e o Dever de Proteção à Liberdade de Comunicação e Informação no Caso da Propaganda Comercial de Tabaco. Exame De Constitucionalidade da Lei Nº 9.294/96". REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (2011) nº 25, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público: "O importante, nesse aspecto, é que as regras constitucionais que atribuem ou limitam a competência do Poder Público, quando utilizam palavras específicas, como 'comunicação social', 'propaganda comercial', 'advertência', estabelecem conceitos, cujos núcleos de significado não podem ser desprezados pelo intérprete, nem mesmo a pretexto de prestigiar algum valor constitucional, supostamente de maior hierarquia".

[82] Ibidem, cit., pp.84. Em sentido diferente: AgR no REsp nº 753.469/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ 27.3.2006, p.203.

[83] Dando maior densidade aos conceitos normativos, porém: ÁVILA, Humberto. "Parecer: Conflito…", cit.: "A previsão de conceitos constitucionais pode ser feita de duas formas. De um lado, de modo direto, nos casos em que a Constituição já enuncia expressamente as propriedades conotadas pelos conceitos que utiliza. De outro, de modo indireto, nas situações em que o poder constituinte, ao escolher expressões cujas propriedades já eram conotadas em conceitos elaborados pelo legislador infraconstitucional à época da promulgação da Constituição, opta por incorporá-los ao ordenamento constitucional. Em qualquer dessas hipóteses, a Constituição fixa balizas que não podem ser ultrapassadas pelo legislador ordinário sob a sua vigência".

4. A segurança jurídica, o relativismo hermenêutico e adscritividade da Ciência do Direito.

Como controlar a legitimidade das decisões judiciais se o intérprete teria absoluta margem de criatividade, bastando alicerçar os seus fundamentos em *razões superiores* estribadas em *conexões axiológicas,* que poderiam superar as *razões justificadoras* presentes na edição da disposição normativa interpretada, cuja aplicação poderia ser por isso mesmo negligenciada *caso per caso?*

Noutra obra robusta, Humberto Ávila trata especificamente desse tema, já agora com uma compreensão mais preocupada com a irracionalidade interpretativa. Segundo ele, para haver segurança de orientação seria preciso que, "além de o destinatário saber a norma a que deve obedecer, saiba qual é o valor da norma a que deve obedecer"[84]. Ora, se o destinatário deveria conhecer as normas que regulam a sua atividade, bem como o valor que as anima, é porque norma e valor não poderiam ser postos no plano da subjetividade apenas. E o mesmo deve ser dito para os efeitos decorrentes do descumprimento da norma jurídica, como acentua muito bem Ávila: "se o destinatário, mesmo que saiba qual é a norma aplicável, não souber minimamente os efeitos atribuídos ao seu não cumprimento, não há cognoscibilidade do Direito"[85]. Essa exigência de controle dos sentidos normativos é adiante sublinhada quando se trata da questão da tipicidade em matéria tributária, no sentido de que "as hipóteses normativas devem ter notas fixas, sob pena de um dos elementos do princípio da segurança jurídica - a cognoscibilidade - não poder ser minimamente realizado"[86].

O valor seria uma realidade mental ou existiria em uma instância própria, como uma idealidade? O estado de coisas desejável é o valor ou o valor qualifica como desejável um estado de coisas? O que seria um sistema de valores?[87] Humberto Ávila não se dedicou ao conceito de valor para nos indicar como se dariam as conexões axiológicas feitas pelo intérprete e a sua controlabilidade no momento da aplicação da norma.

É certo que a concepção argumentativa da interpretação, conforme defendida por Ávila, não cede tamanho apreço por uma determinação da normatividade, defendendo a segurança jurídica como *determinabilidade,* adotando uma versão débil da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade normativa[88], menos voltada à certeza do direito do que à sua previsibilidade.

[84] ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p.318. Cursiva original.
[85] ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica…, cit., p.318. Adiante, diz Ávila: "O essencial para a existência de cognoscibilidade do Direito é que haja regras e exceções…, perceptíveis com base em critérios minimamente objetivos e controláveis." (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica…, cit., p.319).
[86] ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica…, cit., p.325.
[87] ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica…, cit., p.108.
[88] ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica…, cit., pp.170-1.

O que me interessa nesse passo é apenas provisoriamente demonstrar que o construtivismo jurídico, ainda quando afirmado dentro de uma concepção argumentativa, é entabulado em um discurso monológico, em que o sujeito cognoscente psicologizado joga um papel central no processo interpretativo, sendo a sua subjetividade fundamental para a atribuição de sentido que tem a norma jurídica como seu produto final.

Embora aqui e ali Ávila faça menção à intersubjetividade, o que avulta sempre em seus textos é a centralidade do sujeito cognoscente, as suas ponderações valorativas, as conexões axiológicas que faz a partir dos seus sentimentos e concepções, bem como as razões superiores que podem, segundo o seu sentir, se sobrepor às razões justificadoras da norma jurídica conforme posta pelo legislador. E esse caráter demiúrgico do intérprete é tão marcante, que Ávila entende que a natureza normativa das regras e dos princípios apenas pode ser definida *a posteriori,* segundo a aplicação e a intensificação que seja feita pelo aplicador de uma ou outra característica atribuída às regras para separá-las dos princípios. É dizer, a maior ou menor saturação de sentido deôntico da disposição normativa não é um balizador para o intérprete, mas uma constatação após a realização da atividade interpretativa, que decidirá se o intérprete está diante de uma regra ou um princípio[89].

Se as decisões interpretativas ocorrem no *tal-como-é* do caso através da atribuição de sentido feita pelo intérprete e se, outrossim, a distinção entre princípios e regras apenas surge nesse momento dinâmico mediante as intensificações das razões e valores feitas por ele, típicas questões da dogmática jurídica sofreriam um abalo severo. Como poderíamos comodamente discutir sobre a tipicidade das normas penais e tributárias?, ou como trataríamos dos contornos da discricionariedade administrativa? Diz-se, por exemplo, que a atividade do fisco é vinculada, razão pela qual o fiscal não poderia deixar de lavrar um auto de infração sob a alegação de que o sentido da norma que ele adotou seria outro, ou que a interpretação usualmente aplicada pelo fisco seria inconstitucional (o que implicaria sempre uma correlação entre a interpretação da disposição ordinária com aquela da constitucional, ou a intensificação de razões superiores às razões justificativas da norma disposição em questão), ou mesmo adotando um extensão de um termo posto em lei mais

[89] Em sentido diverso, porém, entendendo que o aplicador está vinculado à natureza normativa, afirma ÁVILA, Humberto. "Parecer: Conflito…", cit.: "A verificação da dimensão normativa de regra das normas acima mencionadas traz consequências para o aplicador. Com efeito, a característica dianteira das regras é a previsão de um comportamento a ser adotado ou de um efeito atribuído a um ato praticado ou fato ocorrido, como demonstrado. Diante de uma regra, o aplicador deve verificar se o ato praticado ou o fato ocorrido se encaixa no conceito da previsão normativa, como se passa a demonstrar". Ainda mais enfaticamente, assevera adiante: "Tendo sido instituídas regras, que descrevem os meios a serem utilizados pelo Poder Legislativo, o aplicador está vinculado à descoberta do significado mínimo das palavras usadas pela Constituição. Ainda que exista alguma margem de indeterminação na linguagem, o intérprete está adstrito aos seus significados mínimos, pois ele, como diz o Supremo Tribunal Federal, '... não deve ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis'." (Cursivo nosso).

larga do que aquela semanticamente aceita na prática tributária[90]. Se até a doutrina emitiria enunciados prescritivos, por que negar que o fiscal possa fazer - ou efetivamente faça - o mesmo?

Os direitos fundamentais ficariam desprotegidos diante do relativismo hermenêutico, porque a legalidade seria apenas formal, já que a moldura dos enunciados normativos toleraria qualquer significação prescritiva estribada em razões superiores, por exemplo, do Estado frente aos cidadãos. A admissão da legalidade material seria infirmar, na prática, a própria tese do enunciado legal como moldura. Diante de uma crise econômica do país, seria lícito o abrandamento do princípio da anterioridade, intensificando-se o alegado interesse público em manter os serviços públicos funcionando regularmente?; seria de se admitir a postergação do princípio da anterioridade da lei penal em face das razões superiores de combate ao terrorismo, *e.g.*?; seria adequada a supressão da nulidade de provas obtidas por meios ilícitos em razão das razões superiores de combate à corrupção na administração pública?[91]

A descritividade ingênua da Ciência do Direito seria aquela fundada na cognoscibilidade das normas jurídicas pelo sujeito transcendental, utilizando-se dos métodos clássicos de interpretação para encontrar o sentido presente no enunciado prescritivo. Ingênua é aí a descritividade porque não atenta para a intersubjetividade da construção de sentido, o plano do pensamento como realidade objetivável fora do mentalismo do sujeito que pensou. A confusão entre o ato de pensar e o pensamento aniquila justamente aquele *tesouro comum* que está além da subjetividade e aquém da objetividade: as entidades que compõem o plano do pensamento, o mundo 3 de Popper, a proposição em si de Bolzano, as mônadas intersubjetivas de Husserl.

É nesse diapasão que podemos compreender a severa crítica que Humberto Ávila faz à tese descritivista do solipsismo da Ciência do Direito, típica da exegese clássica, que sustentava caber ao intérprete compreender e conhecer a norma jurídica veiculada pelo ordenamento jurídico. E, dada essa busca pelos sentidos prescritivos previamente estabelecidos pela positividade do direito, houve todo o esforço doutrinário no estabelecimento de técnicas interpretativas para a consecução desse objetivo em busca da cognoscibilidade do ordenamento jurídico. Assim, o caminho que levou o jurista a sustentar uma severa crítica à descritividade do Direito[92], teria que ser a mesma senda que

[90] STF: "O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do conteúdo vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados os institutos consagrados pelo Direito." (RE nº 166.772-9-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DOU 12.05.94).

[91] "Argumentos de necessidade, por mais relevantes que possam ser, não devem prevalecer sobre o império da Constituição. Razões de Estado, ainda que vinculadas a motivos de elevado interesse social, não podem legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e valores sobre os quais tem assento o nosso sistema de direito constitucional positivo." (STF: RE nº 150.764, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.12.92).

[92] ÁVILA, Humberto. "Função…", cit., pp.183 ss. Outrossim: "Ciência do Direito Tributário e Discussão Crítica", in: Revista de Direito Tributário Atual, 32, São Paulo: IBDT, 2014, pp.159-197.

o levaria a rejeitar a menção a qualquer das técnicas de interpretação, sejam as clássicas ou outras desenvolvidas mais recentemente. De fato, a interpretação gramatical parte do texto pressupondo que ele traga em si um sentido passível de conhecimento; e a inserção desse sentido em uma rede de sentidos prescritivos é que promove a necessidade de uma interpretação sistemática. Justamente por isso, Eros Roberto Grau, cioso do seu irracionalismo jurídico, talvez tenha dito, com inequívoca fidelidade aos pontos de partida que assume em suas obras, que a exposição dessas técnicas nada mais seriam - segundo o seu sentir - do que uma visão morta e ultrapassada da teoria da interpretação[93]. Daí o porquê de ter dito, no início desse meu texto, que Guastini nesse particular não se libertou da antiga teoria da interpretação, continuando a fazer uso daquelas clássicas técnicas, absolutamente divorciadas do seu ceticismo jurídico[94].

Parece-nos que, nesse passo, Ávila não poderia sustentar adequadamente o seu *estruturalismo argumentativo* pagando tributo às lições de Riccardo Guastini que, consoante mostramos, admite exista a interpretação descritiva, que não haveria como ser sustentada com coerência em face das premissas assumidas pela corrente analítica genovesa e pelo construtivismo aviliano.

Há uma série de relevantes questões, por outro lado, que merecem uma análise mais detida sobre a distinção entre princípios e regras e a importante questão dos valores e razões presentes no momento da criação de sentido pelo intérprete. Sem embargo, essas questões desbordam dos limites do presente texto, mas guardam a utilidade desejada de mostrar como a questão da descritividade da Ciência do Direito não pode ser tomada como não-problemática ou como crendice dos teóricos dogmáticos do Direito, sobretudo quando levamos em conta que a irracionalidade do ceticismo jurídico nos leva também para uma série de aporias, já agora no outro extremo da *descritividade ingênua* sustentada acriticamente por alguns.

As limitações da teoria descritiva da interpretação são hoje mais enfaticamente evidenciadas pelos avanços da teoria da linguagem. Não se pode, porém, perder-se de vista que a distinção entre descritividade e prescritividade feita pelos seguidores da corrente analítica do Direito, desconsidera toda a evolução da distinção entre ciência cultural e ciência natural, como levada a efeito por Heinrich Rickert, por exemplo, em que se mostra os limites da descritividade da própria ciência natural. Há, nada obstante e mesmo na linha de pensamento exposta pelo jurista gaúcho, um meio termo entre aquele descritivismo ingênuo e o ceticismo jurídico, em suas mais diversas formas. Não é possível se falar em segurança jurídica sem que existam rédeas para controlar os galopes dos sentidos, que, se não admitem o aprisionamento nas cercas da única interpretação correta, tampouco podem

[93] GRAU, Eros Roberto. " Prefácio", In: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios…, cit., p.23: "Uma das conferências que assisti em um ainda recente congresso versava sobre a distinção entre os métodos de interpretação, gramatical, teleológico, etc. De repente percebi que quem palestrava tinha mais de duzentos anos, um autêntico morto sem sepultura…".

[94] GUASTINI, Riccardo. L'interpretazione…, cit., pp.139 ss.; Idem, Le fonti del diritto…, cit., pp.359 ss.

andar nos prados abertos da livre criação de sentidos pelo intérprete.

A Ciência do Direito não possui uma função eminentemente descritiva do ordenamento, é certo, porém não tem ela natureza normativa, adscritiva de sentidos prescritivos[95]. Parece-me mais justo que falemos em uma *criptonormatividade* da Ciência do Direito, cujos contornos não lhe emprestam a função deôntica, senão como menção. As distinções entre linguagem-objeto e metalinguagem, uso e menção, frástico e nêustico, são importantes ferramentas teóricas para superar o enleio conceitual promovido pelas correntes relativistas que dominam o senso comum teórico dos juristas na atualidade.

4. À guisa de conclusão.

Humberto Ávila não é um autor que possa ser identificado apenas com o Direito Tributário. Embora tenha ali o seu interesse de reflexão, os seus escritos possuem uma dimensão mais profunda, voltados para aspectos fundamentais da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito. As necessidades do prático provocam a sua reflexão teórica, gerando uma interessante intersecção entre a construção dogmática e a práxis jurídica.

Um dos aspectos que Ávila tem enfatizado em seus escritos teóricos é o fato de que a Ciência do Direito não apenas descreve, mas reconstrói, adscreve e cria significados[96]. Não apenas a Ciência do Direito, diria eu, mas todo e qualquer discurso que tenha pretensão científica, mesmo no âmbito das ciências naturais.

O sentido do mundo não é o mundo. O mundo é a realidade que independe dos sujeitos que pensam e se comunicam sobre ele, buscando entendê-lo mediante a racionalização discursiva dos acontecimentos, eventos ou estados de coisa. Se a água é colocada em um recipiente e posta no fogo, em dado momento começará a se converter em vapor. Esse é o acontecimento observável; o dizer que a água, em situações normais de temperatura e pressão, entra em ponto de ebulição a 100 graus célsius é já uma racionalização sobre o acontecimento, o transformá-lo em linguagem e, por indução, dizer o que costumeiramente ocorrerá. O acontecimento bruto é o fato empírico; a sua explicação em linguagem, a sua descrição. Note-se: não se descreve que a água virou vapor colocada no fogo, porém que a substância H2O atinge o ponto de ebulição a 100 ºC. A análise desses eventos, a significação a eles atribuída, a linguagem que sobre eles é produzida, enfim, é já fato cultural. Há aí, nas ciências naturais, muito mais do que descrição, no sentido ingênuo

[95] HAGE, Jaap. "What is a norm?, Studies in legal logic, Dordrecht: Springer, 2005, pp.159 ss., esp. pp.201-202.

[96] ÁVILA, Humberto. "Ciência do Direito Tributário…", cit. p. 169: "A função descritiva da Ciência do Direito supõe um sentido pré-constituído no produto legislado, tanto que - expressa e insistentemente - mencionam que o discurso doutrinário não interfere no objeto nem o modifica; a Ciência do Direito, contudo e como visto, não apenas descreve, mas reconstrói, adscreve e cria significados. A reconstrução de significados, a escolha de um significado entre os vários admissíveis por um dispositivo e a concretização de princípios por meio da criação de regras implícitas, entre outros exemplos, comprovam que os conteúdos normativos não podem ser simplesmente descritos, sem qualquer interferência, tal como se apresentam, como defende Carvalho".

que Humberto Ávila tomou como objeto da sua incisiva crítica.

A linguagem nos possibilita colocar ordem nos eventos caóticos do mundo que, sem os sentidos e as relações que lhes dá a inteligência humana, seriam impossíveis de serem compreendidos, assimilados e racionalizados pela (e na) cultura. Ela não muda os eventos; expressa o que sobre eles se entendeu e discursivamente os torna partilhável e comum a todos. Os eventos ou estado de coisas estão ali postos para serem conhecidos e pensados. A coisa que se põe para os sujeitos cognoscentes é já e sempre um *ser-outro,* com a sua natureza algoica que reivindica a aproximação intelectiva. O ordenar as coisas racionalmente é exercício do poder nomotético do espírito humano no seio do discurso vivido intersubjetivamente, vertendo-se em linguagem o que se apreendeu dos fenômenos; é nesse sentido que Kant pôde dizer ser o homem o legislador da natureza. É dizer, o homem não criaria o mundo; ordenaria-o e faria-o cognoscível pela linguagem, nos limites da sua capacidade de expressão.

O desenvolvimento metodológico e os resultados obtidos pelas ciências naturais significaram uma mudança na forma de ver e pensar o mundo. Agora, dados os resultados práticos obtidos com as especulações da física mecânica, o padrão de cientificidade desse olhar intencional para o mundo passou a ser a busca de regularidades universais, que permitissem o controle do homem sobre a natureza e a predição dos eventos futuros na ordem das coisas. É aí que o positivismo nasce como pretensão de colocar para todas as áreas de conhecimento um único padrão científico, naturalmente com as ferramentas de investigação desenvolvidas pela ciência da natureza. É nesse ambiente que nasce o historicismo, sobretudo após os dissabores e desilusões da I Guerra Mundial, em que o homem como sujeito histórico passa a ter relevo fundamental para a construção das ciências do espírito, que embora reivindicassem o seu status de cientificidade, tinham em seu objeto aspectos específicos que desafiavam uma nova metodologia, próxima àquela das ciências da natureza e rejeitando toda a visão metafísica, que deveria ficar afeta a teologia e que tais.

Para que possamos desmistificar o relativismo extremado que grassa hoje na teoria da interpretação, sobretudo a lassidão hermenêutica criada pela teoria dos princípios jurídicos, convém previamente situar as discussões atuais no contexto da separação entre ciências naturais e ciências sociais, desenvolvida pelo historicismo alemão. É nela que está a raiz do debate sobre se a Ciência do Direito seria descritiva ou prescritiva, ou mesmo adscritiva.

O que nos parece pertinente enfatizar, a título de conclusão, é que o debate sobre a descritividade e prescritividade da Ciência do Direito como posto tem como ponto de partida a teoria da interpretação, o que desloca o problema para aspectos de menor relevo, hoje já estabilizados: a natureza *constitutiva* da linguagem. Na verdade, o cerne da questão, parece-nos, está em saber se a constitutividade da linguagem esvazia de sentido a distinção entre descritividade e constitutividade do discurso científico em relação ao seu objeto e, no caso do Direito, se a constitutividade tornaria a linguagem doutrinária uma proposição

deôntica.

Como já demonstramos ao expor o pensamento de Tarello, há grave erro em advogar a tese da prescritividade do discurso da Ciência do Direito. Cumpre-nos, porém, noutra oportunidade, demonstrar que essa conclusão também se sustenta a partir da distinção entre ciências naturais e ciências culturais.

A incompatibilidade do art. 385 do CPP com o sistema acusatório

Gustavo Badaró

1. A estrutura acusatória do processo penal

O sistema processual penal brasileiro é acusatório. Essa é a *primeira premissa* para análise do art. 385 do CPP. Quanto a isso, não há divergência. Isso já defluía da Constituição de 1988 e foi reafirmado no art. 3º-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2029.

A s*egunda premissa* é: a acusação, nas ações penais de iniciativa pública é atribuição exclusiva do Ministério Público (CR, art. 129, caput, I). E, por outro lado, ao juiz cabe exclusivamente julgar a pretensão posta em juiz. O Ministério Público não julga e o juiz não acusa.

No sistema acusatório cabe ao Ministério Público – e só ao Ministério Público – acusar, isso significa que a tal instituição cabe promover a pretensão penal, de natureza processual, consistente em exercer o direito de perseguir em juízo, que pode e deve ser disponível, mesmo se considerando que a pretensão punitiva, de natureza material, é indisponível.

A *terceira premissa:* ao juiz – e somente ao juiz – cabe decidir o caso penal. O juiz não pode julgar uma pretensão que não mais lhe esteja posta, sendo-lhe vedado condenar, sem pedido condenatório da acusação. Porém, só ao juiz cabe julgar o mérito, não podendo o Ministério Público lhe impor a absolvição – ou a condenação – do acusado. No sistema acusatório é o juiz, e só o juiz, sem imposições de qualquer das partes, que condena ou absolve o acusado.

A *quarta premissa:* juiz fica vinculado à manifestação do Ministério Público, ao final do processo, quando seu representante "opina" pela absolvição. Ao assim fazer, o Ministério Público está retirando a pretensão processual, não havendo como o magistrado julgar o mérito, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Não pode o Ministério Público impor ao juiz uma absolvição! Logo, o juiz não poderá condenar o acusado no caso de manifestação do Ministério Público pela absolvição, mas também não estará obrigado a o absolver. Se a pretensão não subsiste, porque retirada com a "manifestação pela absolvição", o juiz deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, por falta de seu objeto: a pretensão processual.

Na sequência, passa-se desenvolver e justificar às premissas II, III e IV, em três tópicos: 1. A pretensão processual exercida pelo Ministério Público na ação penal; 2. O regime originário do Código de Processo Penal: indisponibilidade da ação penal de

iniciativa pública; 3. O direito constitucional de o Ministério Público promover a ação penal pública implica a disponibilidade da pretensão processual penal e a não recepção do art. 385 do CPP.

2. A pretensão processual exercida pelo Ministério Público na ação penal

A perspectiva que se procura levar a esse E. Supremo Tribunal Federal é a de que o art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro, que permite ao juiz condenar o acusado, mesmo diante do pedido de absolvição do Ministério Público, é incompatível com o inciso I do *caput* do art. 129 da Constituição.

Por consequência, reconhecida a incompatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal, será necessário, por arrastamento, reconhecer a incompatibilidade do art. 42 do mesmo código com a Constituição de 1988.

A compreensão do art. 129, inciso I, da Constituição, que assegura o Ministério Público o monopólio de promover a ação penal de iniciativa pública, exige que se analise a natureza da pretensão formulada pelo Ministério Público, ao oferecer a denúncia.

Não se considera correta e suficiente uma simples assertiva de que o direito de punir do Estado é, em regra, indisponível, pelo que as ações penais de iniciativa pública também deverão o ser. Como também não é acertada a assertiva de que, excepcionalmente, o direito de punir é disponível, no caso de ações penais de iniciativa exclusivamente privadas, por isso essas seguem os princípios da oportunidade e disponibilidade.

Para analisar corretamente o art. 129, *caput,* inciso I, da Constituição, e o próprio "direito de ação", considera-se que será útil à Corte distinguir, com precisão, os conceitos de pretensão material e processual. Com isso, será possível compreender o que é exercido pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia.

As investigações sobre o objeto do processo parecem indicar um ponto comum: o objeto do processo, penal ou civil, é a pretensão. A discussão situa-se, porém, em determinar qual é o conteúdo de tal pretensão.

Conceito muito utilizado no direito penal e no processo penal é o de *pretensão punitiva.* Mas, antecipando a conclusão, a pretensão punitiva não é a pretensão que constitui o objeto do processo penal.

A pretensão foi concebida por Windscheid como o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão.[1] Aliás, desse posicionamento não diverge, substancialmente, o conceito de pretensão de Carnelutti: "exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio".[2]

A pretensão, segundo Carnelutti, é um daqueles conceitos que foi elaborado,

[1] Nesse sentido: Giovanni Pugliese, Polemica intorno all'actiodi Windscheid e Muther. Firenze: Sansoni, 1954, § XVIII.

[2] Francesco Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1936. v. I, p. 40: "(...) esigenza della subordinazione dell'interesse altrui all'interesse proprio. Questa esigenza è ciò che si chiama la pretesa".

primeiramente, pela ciência do processo civil e desta transportado para a teoria geral. Por muito tempo, foi concebida como algo análogo ao poder. Posteriormente, passou-se a compreender a pretensão, ao contrário, como um ato, qual seja o ato mediante o qual precisamente se manifesta a exigência de subordinação de um interesse a outro superior. "A pretensão penal é, em particular, a exigência de submissão de alguém à pena."[3]

A partir de tais premissas, é possível considerar que a *pretensão punitiva* surge toda vez que alguém pratica um determinado delito, podendo o Estado exigir que essa pessoa sacrifique sua liberdade para que prevaleça a punição estatal. A pretensão punitiva é o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal.[4] Trata-se, pois, da *pretensão de apenar.* Por meio da pretensão punitiva o Estado-Administração procura tornar efetivo o *ius puniendi,* exigindo que o autor do crime se sujeite à sanção penal. O cumprimento dessa "obrigação", por parte do delinquente, consiste em sofrer as consequências do crime, e se concretiza na abstenção de qualquer resistência contra os órgãos estatais que farão executar a pena.[5]

Todavia, por autolimitação do próprio Estado, a pretensão punitiva – que é uma pretensão material, anterior e extraprocessual – não pode ser exercida com coação imediata, em que o Estado exerce unilateralmente o poder, cabendo ao indivíduo a mera sujeição.

É garantido constitucionalmente que o cidadão não pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Logo, para o Estado punir é necessário, antes, processar. E, por força de tal exigência, a pretensão punitiva, material, que já existe antes do processo, terá que ser satisfeita em juízo.

No sistema brasileiro, até 1995 aplicava-se, sem exceções, o *nulla poena sine judicio:* para o Estado satisfazer a sua "pretensão punitiva" sempre era necessário o processo penal. Mesmo sendo o titular do poder-dever de punir, o Estado não podia auto aplicar a norma penal, ainda que houvesse a concordância de quem cometeu o delito. Sempre era necessário um processo. Logo, a pretensão punitiva não podia ser voluntariamente resolvida sem um processo. Por isso, a pretensão punitiva já nascia insatisfeita.[6]

Apretensão punitiva, contudo, *é uma pretensão material,* e não a pretensão processual, esta, sim, objeto do processo. Essa pretensão, anterior e extraprocessual, irá

[3] Francesco Carnelutti, Lecciones sobre el proceso penal. Tradução de Santiago Sentis Melendo,Buenos Aires: Bosch, 1950, v. 1, p. 191.

[4] [5] Com nítida inspiração carneluttiana, José Frederico Marques (A instituição do júri. São Paulo: Saraiva, 1963. vol. I, p. 200), ao explicar o conceito de pretensão punitiva, diz que "esta consiste na subordinação dos interesses do autor do crime ao interesse punitivo do Estado, pois toda pretensão pode ser definida como a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio".

[5] José Frederico Marques, Tratado de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 62.

[6] Nesse sentido, Frederico Marques (Tratado..., v. 2, p. 57) assevera que "a pretensão punitiva dá sempre origem a um litígio penal, uma vez que lhe é imanente a natureza de pretensão insatisfeita, em virtude do princípio do nulla poena sine iudicio".

ingressar no processo, sendo a razão ou motivo deste. No processo, porém, o que existe e é veiculado pelo autor da ação penal, por meio da denúncia ou queixa, é a pretensão processual, embora esta apresente como parte de seu fundamento os elementos que componham a pretensão material.

A distinção entre a pretensão material (punitiva) e a pretensão processual (acusatória) não é mera questão terminológica.

A pretensão processual é veiculada em juízo, por meio do exercício do direito de ação. Terá existência independente do direito material que fundamenta o pedido do autor. Sem a pretensão processual não existiria o processo. Ao final do processo, a pretensão (processual) poderá ser acolhida (na sentença condenatória) ou rejeitada (na sentença absolutória), mas nunca será uma pretensão inexistente.

A distinção entre pretensão material (punitiva) e processual (acusatória) tem relevâncias práticas, por exemplo, no instituto da prescrição. É afirmação corrente na doutrina que o decurso de um determinado lapso temporal, a partir da data do crime, sem que seja oferecida a denúncia ou a queixa, importa na prescrição da pretensão punitiva.[7] A pretensão punitiva, que é extinta antes mesmo do exercício do direito de ação, só pode ser a pretensão material, anterior ao processo. Pois, de outra forma, como poderia se extinguir a pretensão processual antes mesmo de existir o processo?[8]

Essa distinção entre pretensão material e pretensão processual é fundamental para compreender que o fato de o *ius puniedi* ser considerado indisponível, não é justificativa para concluir que, necessariamente, a ação penal, também deverá ser insuscetível de qualquer ato de disponibilidade das partes. É possível que o direito material de punir seja indisponível e o direito processual de ação seja disponível.

Sempre foi assim na ação penal exclusivamente privada. O querelante pode dispor da ação penal, mas isso não torna o direito de punir disponível. Justamente por isso, se o querelante não formula pedido condenatório ao final, o mérito da pretensão processual não será julgado, ocorrendo a perempção (CPP, art. 60, III, segunda parte), com a extinção da punibilidade.

Quando se adotavam posições sincréticas, que consideravam haver só uma pretensão, no caso, a pretensão punitiva, que seria o objeto do processo penal, a tradição de considerar o direito de punir indisponível levava, automaticamente, à consideração de que a ação penal deveria ser obrigatória e, uma vez proposta, seria indisponível, devendo o

[7] Por exemplo, Paulo José da Costa Júnior, Comentário ao Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1, p. 485.

[8] A mesma conclusão é apresentada por Cândido Rangel Dinamarco (Instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 207, nota 5), embora denominando a pretensão punitiva de pretensão penal: "A ideia da prescrição da 'pretensão penal', corrente na matéria, corresponde à aceitação da 'pretensão de direito material', conceito pandectista introduzido por Windscheid e fonte de muitos mal-entendidos". Na verdade, a questão terminológica, de definir a pretensão material como pretensão punitiva ou pretensão penal, não é o mais importante. O fundamental é atentar para a distinção entre as duas espécies de pretensões, uma de natureza material, outra processual. Nesse aspecto, sem dúvida, o instituto da prescrição é um exemplo claro da possibilidade de se extinguir a pretensão material, antes mesmo de se formular a pretensão processual.

processo chegar ao seu fim natural, com um pronunciamento judicial sobre o mérito, condenado ou absolvendo o acusado.

Esse, contudo, não é o cenário atual. Dogmaticamente, desde meados do século XIX se reconhece a autonomia científica do direito processual em relação ao direito material. E no plano do direito posto, nas últimas décadas, institutos como a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76) e o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A) demonstram que, mesmo no caso de ação penal de iniciativa pública, é possível deixar de exercê-la, adotando-se soluções consensuais. Nem por isso se irá dizer que o Ministério Público estará dispondo do *ius puniendi* quando formula a proposta de transação ou não persecução. Ele deixará de exercer o poder que a Constituição lhe confere, o poder de perseguir em juízo, exercendo e promovendo a pretensão processual penal.[9]

Em suma, num modelo acusatório em que o Ministério Público é o titular da pretensão processual penal, ele poderá validamente deixar de exercê-la ou a tendo exercido, dela desistir, sem que isso possa ser considerado incompatível com o caráter público do direito de punir estatal ou da pretensão punitiva.

3. O regime originário do Código de Processo Penal: indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública

O art. 385 do Código de Processo Penal tem sido apontado como uma decorrência da obrigatoriedade da ação penal e, de seu corolário, a indisponibilidade da ação penal. São justificativas praticamente centenárias que precisam ser vistas em seu contexto histórico legislativo e revistas na realidade atual do sistema processual penal brasileiro.

No regime originário do Código de Processo Penal, de cariz inquisitório, a centralidade do juiz era inconteste. Era ele o senhor e dono do processo. Justamente por isso, havia afirmado Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que naquele processo penal o juiz era "liberto de travas estabelecidas por obra das partes", razão pela qual era preferível "falar de *partícipes,* a falar de *partes*".[10]

E a estrutura legal refletia essa soberania do magistrado. A ação penal também poderia ser exercida pela pelo juiz, *ex officio,* no procedimento denominado "judicialiforme" (CPP, art. 531).[11] O juiz também poderia "baixar os autos" determinando que o Ministério Público aditasse a denúncia, promovendo a *mutatio libelli* (CPP, art. 384,

[9] Raciocínio semelhante vale para a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89), em que há o exercício da ação penal, de iniciativa pública, mas depois há disponibilidade da pretensão processual, caso seja aceita a proposta de suspensão do processo.

[10] Joaquim Canuto Mendes de Almeida,Processo Penal, ação e jurisdição. São Paulo: RT, 1975, p. 10.

[11] O citado art. dispunha: "Art. 531. O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público".

parágrafo único).[12] Mais do que isso, mesmo que o Ministério Público opinasse pela absolvição, o juiz poderia condenar o acusado (CPP, art. 385, primeira parte).

Nesse modelo, o Ministério Público não era alguém que promovia a pretensão processual, ao longo de todo o processo. Seu papel era pouco mais do que um acusador, que se limitava a dar início ao processo. Também em matéria probatória, era inegável a centralidade do juiz, a quem se impunha o dever de "buscar a verdade real", por meio do exercício de amplos poderes instrutórios, com determinação de produção de provas *ex offício.*

Hoje o cenário é muito diverso.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu – como não poderia deixar de ser –, a constitucionalidade do novo art. 3º-A do Código de Processo Penal, que prevê a estrutura acusatória do processo penal brasileiro.[13] E, no campo probatório, embora dando uma interpretação conforme ao dispositivo, reconheceu a centralidade das partes e o papel subsidiário e excepcional do juiz na determinação de produção de provas *ex officio*[14]:

> "o novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 13.964/2019, deve ser interpretado de modo a vedar a substituição da atuação de qualquer das partes pelo juiz, sem impedir que o magistrado, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, determine a realização de diligências voltadas a dirimir dúvida sobre ponto relevante"[15]

[12] O parágrafo único do art. 384 dispunha que: "Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas".

[13] No item I (d e e) do acórdão, consta: "Esta Corte assentoucompreensão de que "O princípio fundantedo sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, normadecorrente do due process of law (art. 5º, LIV, CRFB) e prevista de formamarcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja marcadopela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se oréu como sujeito, e não como objeto da persecução penal" (ADI 4414, TribunalPleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012).(e) Deriva do princípio acusatório a vedação, a priori, à iniciativa dojuiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória daspartes. A posição do juiz no processo é regida pelos princípios da imparcialidade e da equidistância". (STF, ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Pleno, rel. Min. LuiFux, j. 24.08.2023, item 1, por maioria de votos)

[14] No item I (f) do acórdão, consta: "A legítima vedação à substituição da atuação probatória do órgãode acusação significa que o juiz não pode, em hipótese alguma, tornar-seprotagonista do processo. Simultaneamente, remanesce a possibilidadede o juiz, de ofício: (a) "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferirsentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante(artigo 156, II); (b) determinar a oitiva de uma testemunha (artigo 209); (c) complementar a sua inquirição (artigo 212)". (STF, ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Pleno, rel. Min. Lui Fux, j. 24.08.2023, item 1, por maioria de votos)

[15] STF, ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Pleno, rel. Min. Lui Fux, j. 24.08.2023, ementa itemI.i, conclusão, item 1, por maioria de votos.

Essa mesma releitura constitucional, precisa ser feita relação ao art. 385 do Código de Processo Penal e, por arrastamento, também deverá ser dada ao art. 42 do mesmo diploma.

No regime originário do Código de Processo Penal sempre se considerou que a ação penal de iniciativa pública obedecia a um princípio de obrigatoriedade. Isto é, quando o Ministério Público recebia o inquérito policial ou quaisquer outras peças de informação, em se convencendo da existência de um crime e de indícios de autoria contra alguém, estaria obrigado a oferecer a denúncia. Não havia, pois, campo de discricionariedade, fundada em critérios político-utilitários de conveniência prática, econômica, temporal etc. O Ministério Público *deve* promover a persecução penal em juízo. Não se poderá concluir que há justa causa para a ação penal, mas optar por não exercer o direito de ação e não promover a denúncia.

Essa era, sem dúvida, a ideia subjacente do sistema processual penal brasileiro. Todavia, nunca houve regra expressa impondo a obrigatoriedade da ação penal, quer no plano constitucional, quer no âmbito da legislação ordinária.

Provavelmente, inexistia tal regra no Código de Processo Penal porque ela também não se fazia presente do seu modelo: o *Codice di Procedura Penale* italiano, de 1930. Mas, o ab-rogado Código peninsular não tinha regra expressa, sobre a obrigatoriedade da ação penal,[16] porque nele tal dispositivo era desnecessário. A regra já pontificava na Constituição italiana de 1947: "Art.112. *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale".*

Abra-se parênteses para uma contextualização histórica: sua razão de ser era evitar qualquer dose de discricionariedade ao Ministério Público, por razões políticas: era necessário proteger o Ministério Público, e por consequência, o próprio processo penal, de ingerências do Poder Executivo.[17] Tratava-se, pois, de garantia mínima de independência do Ministério Público, ainda estando claras e vivas na memória as ingerências sofridas no período fascista.[18]

De qualquer forma, mesmo que atualmente a quadra histórica seja outra, para o processo penal italiano restou o problema: a obrigatoriedade da ação penal tem matriz constitucional. E, destaque-se, mesmo assim, o *Codice di Procedura Penale* de 1989 tem amplos mecanismos de afastam a obrigatoriedade e a correlata indisponibilidade da ação penal. Mas, se para o processo penal peninsular há esse problema, no direito brasileiro não há motivo para importarmos um complicador que não existe na ordem constitucional

[16] O art. 1º do ab-rogado CPP italiano de 1930 limitava-se a prever que: "Art. 1 L'azione penale è pubblica e, quando non sia necessaria la querela, la richiesta o l'istanza, è iniziata d'ufficio in seguito a rapporto, a referto, a denuncia o ad altra notizia de reato". Aliás, o título do referido dispositivo è "ufficialità dell'azione penale". Não se trata, a toda evidência de regra expressa sobre a "obbligatorietà" da ação penal.

[17] Cristiana Valentini Reuter, Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale. Padova: Cedam, 1995, p. 30-31.

[18] Mario Chiavario, L'azione penale tra diritto e politica. Padova: Cedam, 1995, p. 39-40.

pátria.[19]

A Constituição brasileira não prevê a obrigatoriedade da ação penal e, a bem da verdade, tal regra também não está posta no Código de Processo Penal pátrio.

O art. 24 do CPP apenas disciplina, genericamente, a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação penal de iniciativa pública. Prevê que, no caso das chamadas ações penais públicas incondicionadas, ela será promovida sem a necessidade de satisfação de qualquer condição especial. Já no caso das denominadas "ações penais públicas condicionadas", o Ministério Público só poderá oferecer denúncia se satisfeita a condição de procedibilidade. No primeiro caso, por ser incondicionada, a ação penal "será promovida"; no segundo, por ser condicionada, "dependerá"!

Por outro lado, e como decorrência natural de uma implícita obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Representante do Ministério Público o oferecimento da denúncia, ao considerar presentes as condições da ação, uma vez proposta a ação penal, essa era indisponível.[20] Uma vez oferecida denúncia, a persecução penal não poderia ser suspensa, interrompida ou extinta, senão nos casos previstos e lei. A indisponibilidade da ação penal é expressamente prevista no art. 42 do Código de Processo Penal: "O Ministério Público não poderá desistir da ação penal".

Há dois dispositivos do Código de Processo Penal que são considerados "manifestações" ou "consequências" da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública: o primeiro é o art. 385, ora questionado, que permite ao juiz condenar o acusado, mesmo no caso de pedido de absolvição do Ministério Público;[21] o segundo, é o art. 576,

[19] Por outro lado, o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público uma variada gama de garantias e vedações equivalentes às do Poder Judiciário. Para lhes assegurar independência, tanto externa, frente aos três Poderes, quanto interna, relativamente aos órgãos de cúpula da própria instituição, conferiu aos seus membros garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (CR, art. 128, § 5º, I). Por outro lado, para preservar a atuação dos integrantes do Ministério Público, com objetividade e impessoalidade, estabeleceu-lhes vedações: receber honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial; exercer qualquer outra função pública, salvo de magistério; exercer atividade político-partidária; e, por fim, receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas (CR, art. 128, § 5º, II).

[20] Nesse sentido: Antonio Luiz da Câmara Leal, Comentários ao Código do Processo Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. I, p. 193; Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. I, p. 428-429. Mais modernamente, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (Comentários ao Código de processo Penal e sua Jurisprudência, 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 88) vão além, negando a própria autonomia da indisponibilidade, em relação à obrigatoriedade da ação penal: "podemos também concluir que a indisponibilidade apontada pela doutrina, geralmente como princípio da ação penal, é mera consequência da obrigatoriedade, a ser obtida, portanto, por simples processo lógico dedutivo".

[21] CPP, Art. 385: "Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada". Cabe destacar, ainda, que no caso de ação penal de iniciativa privada, justamente porque sujeita ao princípio de discricionariedade da vítima e da sua disponibilidade, caso o querelante formule pedido e absolvição, haverá perempção da ação penal. Destaque-se que, embora seja caso de extinção de punibilidade (CP, art. 107, inc. IV, última parte), esta estará extinta, e o direito de punir não mais poderá ser acertado concretamente, porque não existe mais a possibilidade de promover o processo, ante a extinção primária do direito de perseguir em juízo.

que veda ao Ministério Público desistir do recurso interposto.[22]

Mais de meio século depois, as necessidades práticas se impuseram sobre os dogmas áulicos. E o direito posto nacional – seguindo uma irrefreável tendência internacional[23] –, nas últimas três décadas, enfraqueceu sobremaneira a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, prevendo ampliados espaços de consenso que tornam facultativo o exercício da ação penal de iniciativa pública e, mesmo quando exercido, admitem a disposição da persecução penal.

Logo, não há no direito brasileiro uma regra constitucional e, nem mesmo, regra legal de caráter geral, que imponha a obrigatoriedade da ação penal.

Por outro lado, a indisponibilidade da ação penal, que seria um corolário da sua obrigatoriedade, embora prevista expressamente no art. 42 do CPP, conflita com o art. 129, *caput,* inciso I, da Constituição, como se passa a expor.

4. O direito constitucional de o Ministério Público promover a ação penal pública implica a disponibilidade da pretensão processual penal e a inconstitucionalidade do art. 385 do CPP

O terceiro e último aspecto que se pretende seja considerado como premissa para o julgamento por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal é que, nos casos em que o Ministério Público se manifesta pela absolvição do acusado, seu representante não está abdicando do direito (material) de punir, que é indisponível. Ele está deixando de exercer um direito que lhe pertence: o direito (processual) de perseguir em juízo, mediante a promoção da ação penal de iniciativa pública, que não é indisponível.

O ora questionado art. 385, objeto da presente ADPF, dispõe, na sua primeira parte, que "nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição".

O que se defenderá é que decorre da Constituição um regime não apenas diverso, mas antagônico: *o juiz não pode condenar o acusado na ação penal de iniciativa pública, diante da manifestação final do Ministério Público, por sua absolvição.*

Como já exposto, supra, no item II.1, com o cometimento de um delito, podem surgir duas pretensões distintas: a pretensão punitiva e a pretensão processual. A pretensão punitiva é o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. É pretensão de apenar ou de punir. Todavia, por conquistas civilizatórias, ela não pode ser simplesmente exercida pelo Estado, pois o cidadão tem a garantia de não ser

[22] CPP, Art. 576. "O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto".

[23] Nesse sentido, basta conferir a profunda e ampla pesquisa sobre o ordenamento jurídico de mais de 60 países, feita por Maximo Langer, Plea Bargaining and the Global Administratization of Criminal Convictions:AResearch Agenda, Annu. Rev. Criminol. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255 (2019) UCLA School of Law, Public Law Research Paper No. 19-35.

privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Para punir, é necessário, primeiro processar. E, no processo, o que se formula é a pretensão processual, distinta da pretensão material e que existirá independentemente da efetiva presença do poder de punir. A pretensão processual, ao final, se acolhida, implicará numa sentença condenatória, se rejeitada na sentença absolutória.

Diante de tais premissas, parece evidente que, quando o Ministério Público "opina" pela absolvição do acusado, ele não está "abrindo mão" do direito de punir estatal – de natureza material, indisponível – ou, mais tecnicamente, da pretensão punitiva. Nem poderia o fazer, pois ela não lhe pertence!

A pretensão processual, veiculada em juízo, através do exercício do direito de ação, num sistema governado pela regra da obrigatoriedade da ação penal, mais se caracteriza como um poder dever de processar. Ao exercer a "ação penal", o Ministério Público – e, excepcionalmente, o querelante – formula uma imputação ou, mais especificamente, a imputação penal, que é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal. É a formulação da pretensão penal. Essa pretensão, contudo, repita-se, não é a pretensão punitiva, de natureza material, mas a pretensão processual. Portanto, acusar ou deixar de acusar significa formular ou não formular a pretensão processual penal.

O art. 42 do Código de Processo Penal, como já exposto no item II.2, *supra,* prevê que, uma vez iniciado o processo, formulando-se a pretensão processual, o Ministério Público teria que, obrigatoriamente, mantê-la até o julgamento do mérito pelo Poder Judiciário. E, por isso, mesmo que opinando pela absolvição, o juiz poderia condenar o acusado, nos termos do art. 385 do mesmo código.

Esses dispositivos, contudo, precisam de uma filtragem constitucional.

O art. 129, *caput,* inciso I, da Constituição elenca, entre as funções institucionais do Ministério Público, *"promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".*

O que significa "promover" a ação penal? Ou, na linguagem que preferimos: o que é promover a pretensão processual (penal)?

Um reducionismo extremado identificará o "promover" como simples "mover inicial", ou seja, dar causa, originar, requerer. Seria exercer a ação penal, retirando a jurisdição penal de sua inércia. Ou, apenas e tão somente, o simples ato de acusar.

Mas, promover também tem os significados de "fazer com que se execute, que se ponha em prática alguma coisa"; "fomentar, desenvolver".[24] Promover é "fazer adiantar, e fazer progressos"; é "procurar, diligenciar o efetivo cumprimento, e execução".[25]

Se o Ministério Público é o titular da pretensão processual, e se ela se coloca ao longo de todo o processo, impedi-lo de desistir da pretensão – ou retirá-la, ainda que sob o

[24] Laudelino Freire, Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa, Rio de Janeiro: A Noite Ed., 1942/1943. v. IV, p. 4154.

[25] Nesse sentido: Antonio de Moraes Silva, Diccionario da língua portuguesa recompilado, Lisboa: TypografiaLacérdina, 1813. t. II, p. 513; Frei Domingos Vieira, Grande DiccionarioPortuguez ou Thesouro da LinguaPortugueza. Porto: Ed. Ernesto Chardron e Bartholomeu H de Moraes, 1873, t. IV, p. 972.

eufemismo de "opinar pela absolvição" – é conferir-lhe uma titularidade limitada ou manietada.

No processo acusatório, o papel do juiz é julgar, e só julgar. Ao Ministério Público cabe o exercício da ação, dando início ao processo e, ao longo deste, promovendo-a.

Mas, se ao final do processo, o representante do Ministério Público tiver certeza da inocência do acusado – ou mesmo se estiver em dúvida razoável sobre sua culpa – o que deverá fazer? Seria ilegal e ilegítimo, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, e seu corolário *in dubio pro reo,* manter a pretensão processual formulada, concluindo seu exercício com pedido de condenação.

Manifestando-se ou, para usar o verbo do art. 385 do Código de Processo Penal, "opinando" pela absolvição, o titular a quem compete promover a pretensão acusatória está retirando tal pretensão. Deixando de promovê-la. Se não há pedido de condenação, não há mais pretensão processual.[26]

O art. 129, *caput,* inciso I, da Constituição não estabeleceu que compete privativamente ao Ministério Público "oferecer a denúncia", ou mesmo "o iniciar a ação penal". Se lhe atribuiu muito mais que isso! Ao Ministério Público compete "*promover,* privativamente, a ação penal pública".

Promover a ação penal é muito mais que o mero exercício inicial. Não é só o direito de oferecer a denúncia, e nada mais. É exercer a ação ao logo de todo o processo. O Ministério Público exerce o ato inicial de *promover a ação,* propondo a ação penal e *movendo* o Poder Judiciário, tirando-o de sua inércia. Mas também continua a *promover* a pretensão processual até a decisão final. Promove-a argumentando e contra-argumentando, provando e produzindo contraprovas, enfim, influenciando o convencimento do juiz.

Promover é, portanto, é também continuar a se movimentar. E quem tem do direito de se movimentar tem o direito de não se movimentar. No caso, *promover a pretensão processual significa poder movê-la, mas também removê-la!*[27]

Propõe-se um exercício mental para facilmente se constatar a amplitude concreta do que é promover a ação penal: imagine-se, por exemplo, um sistema processual no qual, em caso de crimes de ação penal de iniciativa pública, somente o Ministério Público poderia praticar o ato inicial de oferecimento da denúncia. Mas, depois disso, a vítima assumisse a condução do processo, ocupando o polo ativo como sujeito principal. Parece evidente que nesse sistema o Ministério Público exerceria a ação penal, mas, depois, estaria impedido de

[26] Assim como também não haverá pretensão processual, no caso de ação penal exclusivamente privada, em que tal ausência implica não promoção da pretensão processual, com a perempção da "ação" (CPP, art. 60, inc. II). Isto é, perempta, morta, extinta estará a pretensão processual.

[27] Os verbos promover e remover têm a mesma origem no verbo "mover" originário do latim movĕo,es,mōvi,mōtum,ēre. Promover tem origem latina em "promŏvĕo,es,mōvi,mōtum,ēre" e entre os seus sentidos inclui-se: "mover, impelir para diante, fazer andar; ou andar para diante" Por sua vez, "remover" tem sua origem etimológica na palavra latina "removĕo,es", que tem os sentidos de "mover, afastar, tirar ou suprimir".

promove-a, após o oferecimento da denúncia. Estaria impedido de promovê-la, por não mais ser possível movê-la.

Voltando direito brasileiro redesenhado pela Constituição de 1998, não será um verdadeiro processo de partes, aquele em que caiba ao Ministério Público promover a ação penal, caso se lhe assegure o poder de dar início a ação penal, mas não se lhe permita, depois disso, considerando fundamentadamente que não há elementos suficientes para a continuação do processo, desistir da ação, manifestando-se pela sua extinção. Nesse segundo caso, o Ministério Público estaria impedido de promover a ação penal, por não o deixar removê-la.

Em suma, promove quem *move,* mas também quem *remove.* Tirar o poder de mover ou remover é impedir em toda amplitude o promover.

Portanto, o octogenário óbice do art. 42 do CPP, submetido a uma filtragem constitucional, é incompatível com o sistema acusatório, que exige papéis claramente demarcados, de um juiz que só julga, e de um Ministério Público a quem cabe, com exclusividade, promover a ação penal, nos termos do art. 129, *caput,* inciso I, da Constituição.

A Constituição conferiu ao Ministério Público, muito mais que simplesmente acusar, o poder de "*promover,* privativamente, a ação penal pública" (*rectius:* da pretensão processual), ao longo de todo o arco procedimental.

Mas, o que significa dizer que somente o Ministério Público pode promover a pretensão processual, num sistema acusatório, com processo de parte? Num regime penal em que as figuras proeminentes são as partes, que devem promover a pretensão e exercer a defesa ao longo de todo processo, é necessário reconhecer, por coerência lógica, que o Ministério Público deve ter o poder de, diante do resultado da investigação, não promover a ação penal. E, uma vez a tendo exercido, ofertando denúncia, a depender do resultado da instrução, cabe-lhe o poder de retirar a pretensão processual, "opinando pela absolvição" do acusado.

Evidentemente que não há que ser tratar de uma manifestação fútil ou caprichosa. Não só porque todas as manifestações do Ministério Público devem ser fundamentadas,[28] mas porque para "opinar pela absolvição" deverá analisar a prova produzida e justificar sua posição de retirada da pretensão acusatória. De qualquer modo, o risco de um abuso de poder não será menor que o risco de o mesmo representante do Ministério Público manifestar-se pelo arquivamento da investigação, não oferecendo a denúncia. Nem por isso, se lhe negará tal poder.

Esse é o modelo da Constituição de 1988. E isso implica a não recepção do 385 do

[28] O § 4º do art. 129 da Constituição, com a redação dada pela EC nº 45/2004, prevê: "Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93". Logo, também se lhe aplica o inciso IX do caput do art. 93 da Constituição, o que implica, mutatis mutandis, que todas as manifestações do representante do Ministério Público sejam fundamentadas.

Código de Processo Penal. Não apenas por sua hierarquia normativa, mas também por sua maior legitimidade no exercício da persecução penal.

Embora não seja relevante para os fins do presente artigo, é preciso fazer um esclarecimento, para que se tenha uma visão completa de como deve funcionar um processo penal realmente adequado à Constituição, sobre o que deve fazer o juiz, no caso de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, em ação penal de iniciativa pública.

Quando o Ministério Público opina pela absolvição, ele simplesmente está retirando a pretensão processual anteriormente formulada. Sem pretensão processual, não há conteúdo a ser julgado pelo juiz, que não poderá condenar. Porque propor e manter a pretensão, cabe ao Ministério Público e somente ao Ministério Público. Por outro lado, absolver ou condenar, como resultados normais do julgamento da pretensão, cabe ao juiz e somente ao juiz. Não há como o pedido de absolvição do Ministério Público vincular o juiz. Logo, não é correto afirmar que se o Ministério Público pede a absolvição o juiz é obrigado absolver.

O Ministério Público tem o poder de permitir ou não o julgamento da pretensão processual, mantendo-a, como pedido condenatório, ou retirando-a, com sua manifestação absolutória. Mas o Ministério Público não pode determinar ao juiz como julgar. Mantida a pretensão, o juiz a julgará e decidirá se absolve ou condena. Sem a pretensão, haverá extinção do processo sem julgamento do mérito, pois este, veiculado na pretensão processual, não mais estará posto e passível de julgamento pelo juiz. A opinião absolutória, portanto, somente poderá acarretar a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Evidente que, em tal caso, não será possível a repropositura de uma ação penal idêntica à primeira, pelos mesmos fatos e contra o mesmo acusado. Haverá, pois, uma extinção absoluta da pretensão processual quanto àquele conteúdo.

Por fim, considerando que a manifestação pela absolvição do Ministério Público tem natureza de retirada da pretensão processual anteriormente formulada, impossibilitando o julgamento do mérito pelo julgador, é necessária a concordância do acusado.

O processo moldado pela Constituição, como processo de partes, tem também outro lado ou o outro sujeito que completa esse par: o acusado. E esse processo deve respeitar a sua presunção de inocência, da qual é corolário a existência de uma escala de preferência entre as fórmulas de sentença penal: a absolvição é preferível à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Analisando situação equivalente no sistema europeu, Ubertis explica que a presunção de inocência assegura o *diritto al giudizio d'innocenza,* que implica uma ordem hierárquica das fórmulas decisórias diversas da condenação, de modo a salvaguardar a prioridade daquela amplamente liberatória: de acordo com as provas existentes no momento da sentença, a escolha da fórmula deve ser efetuada a partir da mais favorável, "segundo uma escala com base na qual aquelas que são inferiores podem ser adotadas

somente depois de haver excluído a aplicabilidade da primeira".[29]

Não admitir o interesse do acusado numa sentença de mérito, nesse caso, implicaria um sacrifício da normal amplitude de chances de buscar um eventual reconhecimento da sua inocência. Os reflexos objetivamente negativos, ao menos no plano da consideração social, que uma declaração de extinção do processo sem julgamento do mérito implica "não são facilmente compatíveis com o direito de ver reconhecida a própria inocência na ausência de uma prova de culpabilidade".[30]

Escolher entre declarar extinto o processo sem julgamento do mérito, de um lado, ou absolver o acusado, de outro, quando ambas as fórmulas são cabíveis no caso concreto, não é uma mera questão de política legislativa, fruto de opção técnica do legislador. A existência de uma hierarquia nas fórmulas de decisão do processo é uma decorrência direta da garantia da presunção de inocência, que impõe sempre a adoção da solução mais favorável ao acusado, entre as possíveis soluções cabíveis em um caso concreto.

Logo, o acusado, a quem foi imputada formalmente a prática de um delito, e teve instaurado contra si um processo penal, no qual teve que se defender, tem o direito de buscar uma sentença de mérito, mesmo diante do ato unilateral de retirada da pretensão processual pelo acusador. Se assim não fosse, poderia o Ministério Público, antevendo a iminente absolvição, impedi-la, simplesmente retirando a pretensão processual, com a consequente e indefectível extinção do processo sem julgamento do mérito.

O ato de retirada da pretensão processual pelo Ministério Público – ainda que denominado "pedido de absolvição – exige a concordância do acusado para que, como tal, acarrete a extinção do processo sem julgamento do mérito. Se o acusado anuir a tal ato dispositivo do acusador, caberá ao juiz apenas declarar extinto o processo. Diversamente, se discordar do ato dispositivo, o mérito deverá ser julgado pelo magistrado. Neste caso, como não haverá eficácia jurídica da retirada da pretensão processual pelo Ministério Público, o juiz poderá condenar ou absolver o acusado.

5. Conclusão

O art. 129, *caput,* inciso I, da Constituição, ao assegurar que compete ao Ministério Público "promover" privativamente a ação penal, lhe confere mais do que o poder de iniciar a ação penal, mas também de movê-la, durante todo o processo, argumentado e provando, bem como de removê-la, mediante a "manifestação pela absolvição do acusado".

Ao final do processo, manifestando-se justificadamente o Ministério Público

[29] Giulio Ubertis, Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo. Milano: Raffaello Cortina, 2000, p. 70.

[30] Mario Chiavario, La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In: MarioChiavario, Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2, p. 87.

manifesta pela absolvição, estará retirando a pretensão acusatória, caberá ao juiz somente extinguir o processo sem julgamento do mérito. Logo, o art. 385 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz condenar o acusado, mesmo quando o Ministério Público manifesta-se pela absolvição, viola o sistema acusatório, sendo incompatível com o inciso I do *caput* do art. 129 da Lei Maior.

De modo semelhante, e pelas mesmas razões, o art. 42 do Código de Processo Penal é incompatível com o inciso I do *caput* do art. 129 da Constituição, que permite fundamentadamente, e analisando as provas e argumentos dos autos, ao Ministério Público retirar a pretensão processual, desistindo da ação penal, ao se manifestar pela absolvição do acusado.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de.Processo Penal, ação e jurisdição. São Paulo: RT, 1975.

CÂMARA LEAL,Antonio Luiz da Comentários ao Código do Processo Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. I.

CARNELUTTI, Francesco.Lecciones sobre el proceso penal. Tradução de Santiago Sentis Melendo,Buenos Aires: Bosch, 1950, v. 1.

CARNELUTTI,Francesco.Sistema di diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1936. v. I.

CHIAVARIO,Mario La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In: MarioChiavario, Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2.

CHIAVARIO,Mario.L'azione penale tra diritto e politica. Padova: Cedam, 1995.

COSTA JÚNIOR,Paulo José da Comentário ao Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel.Instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994

ESPÍNOLA FILHO,Eduardo Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. I.

FREIRE, Laudelino Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa, Rio de Janeiro: A Noite Ed., 1942/1943. v. IV, p. 4154.

LANGER,Maximo Plea Bargaining and the Global Administratization of Criminal Convictions:AResearch Agenda, Annu. Rev. Criminol. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255 (2019) UCLA School of Law, Public Law Research Paper No. 19-35.

MARQUES, José Frederico.A instituição do júri. São Paulo: Saraiva, 1963. v. I, p. 200

MARQUES, José Frederico.Tratado de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2

Pacelli, Eugênio; FISCHER,Douglas.Comentários ao Código de processo Penal e sua Jurisprudência, 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PUGLIESE,Giovanni.Polemica intorno all'actiodi Windscheid e Muther. Firenze: Sansoni, 1954, § XVIII.

REUTER,Cristiana Valentini Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale. Padova: Cedam, 1995.

SILVA, Antonio de Moraes Diccionario da língua portuguesa recompilado, Lisboa: TypografiaLacérdina, 1813. t. II.

UBERTIS,Giulio.Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo. Milano: Raffaello Cortina, 2000.

VIEIRA, Frei Domingos Grande DiccionarioPortuguez ou Thesouro da LinguaPortugueza. Porto: Ed. Ernesto Chardron e Bartholomeu H de Moraes, 1873, t. IV.

Ministério Público e fiscalização da verdade real no processo penal: a retórica de suas metáforas

Pablo R. de L. Falcão

Introdução

A função de toda teoria jurídica é a de buscar controlar a porosidade histórica de seus conceitos, ou seja, os problemas de sentido (ambiguidade) e de extensão (vagueza) dos mesmos; seu objetivo é o de diminuir os esforços interpretativos (decisão) e argumentativos (fundamentação) da prática judicial[1].

Esse artigo toma, como exemplo, o conceito de "verdade real" no processo penal, avaliando criticamente tal semântica desde sua pragmática, opondo, desse modo, seu sentido literal ao seu sentido metafórico[2].

Tal postura crítica será descritiva da relação entre teoria e prática, ambas normativas; a primeira por prescrever como deve-ser a atuação processual da segunda e essa por prescrever como deve-ser a solução de cada lide processual, segundo a seguinte problemática: o quanto a ação de fiscalização do MP sobre a "verdade real", enquanto metáfora, processual penal, depende da relação entre as metáforas "suporte fático", "incidência" e "fato jurídico"?

A hipótese apresentada é a de que aquela extrai sua funcionalidade destas e que, sem elas, tanto o processo penal, quanto à função fiscalizadora do MP não existiriam, tal como existem nos moldes atuais.

O texto apresentará uma pesquisa retórica e será dividido em três partes: na primeira, descreverá a funcionalidade conceitual e indagará acerca da dependência da ação fiscalizadora sobre uma das metáforas em razão das outras três; na segunda, usará como exemplo a narrativa do representante do Ministério Público em uma ação penal transitada em julgado e, na terceira, exibirá os dados e os resultados de sua análise qualiquantitativa.

1. Metáforas jurídicas: funcionalidade pragmática e dependência semântica

A metáfora é uma figura de linguagem compreendida em razão de sua função: a de apresentar um sentido não literal em referência ao sentido literal de certa palavra para

[1] Adeodato, 2023, p.160.
[2] Castro Jr., 2009, p.1-6.

melhor comunicá-la; ou seja, tal ideia parte do problemático pressuposto de que ela tem um sentido exato que lhe é próprio e tal pressuposição advém da crença da verdade como correspondência entre linguagem e realidade (teoria fundacionista)[3]; dela decorrendo outros pares dicotômicos, por exemplo, diante da separação entre "sujeito" e "objeto", a razão passa a ser compreendida como um "elo" entre o "ser pensante" e a "coisa pensada". Transpondo tal panorama para o discurso jurídico, é possível perceber o resultado do processo de tradução daqueles pares conceituais da filosofia em pares conceituais do direito: "mundo natural/social" e "mundo jurídico"; "suporte fático" e "fato jurídico"; "ser" e "dever-ser"; "prova material" e "prova formal", dentre outros[4].

Do ponto de vista de uma abordagem retórico-realista, tais pares conceituais só são discursivamente funcionais quanto se afastam de sua literalidade semântica e se aproximam de sua figuração pragmática, em razão da maior compatibilidade entre maleabilidade narrativa e contingência fenomênica; pois, sem isso, a teoria se cristalizaria diante da fluidez prática e os tribunais não poderiam inovar diante de problemas não previstos em lei, como ocorrido no caso dos fetos meroencefálicos na ADPF 54[5]. É por tal razão que a teoria do direito responde às necessidades da prática judicial e, deste modo, tenta suprir o vazio epistemológico da ciência jurídica com tais "crenças" funcionais[6].

Para exemplificar como tal processo ocorre, tomasse de empréstimo, da teoria de Ferraz Jr., duas de suas metáforas: a) "tecnologia" e "válvula de calibração". Para o teórico, um funcionamento sistêmico do direito moderno pode ser representado conceitualmente como "tecnológico" em razão de três modelos operacionais: (1) analítico; (2) hermenêutico e (3) empírico; o primeiro tratando da normatividade, o segundo da inteligibilidade e o terceiro da decidibilidade[7] b) para Ferraz Jr., o sistema jurídico opera mediante seu código interno (licitude/ilicitude) para conseguir responder às irritações de seu ambiente, contudo, como o lado externo é mais complexo do que o lado interno, seu padrão de funcionamento pode precisar de mudança para que a operacionalidade sistêmica seja garantida, como ocorreu, no Brasil, nas situações excepcionais da união e do casamento entre pessoas do mesmo gênero; diante desses casos, a jurisprudência recorreu às regras de calibração, as quais viabilizaram a mudança operacional, fazendo o sistema processar a tradição como ilicitude e a inovação como licitude[8].

Do ponto de vista retórico, regras de calibração são metáforas, já que elas permitem inovação de sentido, operando ampliação na semântica (teoria) em razão de exigências pragmáticas (prática). Neste sentido, como opera sistemicamente a metáfora da "verdade real" em razão das metáforas "suporte fático", "incidência" e "fato jurídico"?

[3] Castro Jr., 2014, p.44.
[4] Sobota, 1992, p.39-54.
[5] Falcão, 2010, p.112-114.
[6] Parini, 2013, p.103.
[7] Falcão, 2024, p.7 e 8.
[8] Ferraz Jr. 2018, p.201-206.

Vamos tomar novamente as metáforas de Ferraz Jr. como referência. Estas, por analogia, podem ser assim identificadas: (1) a metáfora "suporte fático",sendo análoga à metáfora "ambiente", representaria o lado externo da metáfora do "sistema"; (2) a metáfora "fato jurídico", sendo análoga à metáfora "sistema", representaria o lado interno desse e 3) a metáfora "incidência" representaria a metáfora "acoplamento estrutural/abertura cognitiva", significando a via de comunicação entre sistema e ambiente ou a incidência normativa sobre o suporte fático, gerando, desse modo, o fato jurídico. Aqui está descrita a funcionalidade operativa dos conceitos em razão da complexidade processual, a qual exige que a generalidade semântica da teoria seja flexibilizada em razão das particularidades pragmáticas da ação decisória. Assim sendo, em sentido literal, verdade real, sem aspas, representaria a comprovação processual da ocorrência do "suporte fático"; já em sentido metafórico, a verdade real, com aspas, representaria a justificação argumentativa de determinada narrativa acerca do "fato jurídico"[9].

Evidentemente, não se tem como diferenciar se o representante do Ministério Público, age com ou sem a consciência de tal problemática, mas o que é retoricamente relevante não é isso, e sim a descrição de como o mesmo apresenta sua tese e argumenta em sua defesa e como rejeita a tese da defesa do réu e argumenta contra a mesma; pois, do ponto de vista dos discursos duplos (*dissoi logoi* ou antilogias) do velho sofista Protágoras, tais ações discursivas se equivalem e exercitar-se na defesa e no ataque, por meio de cada uma delas, é imprescindível à formação retórica[10].

Seguindo tal linha de raciocínio, o discurso técnico dos juristas "joga" estrategicamente, ora com a literalidade, ora coma metaforicidade de seus conceitos em razão do grau de complexidade do problema processual[11] e tal fenômeno será melhor descrito ao se recorrer à uma análise de caso.

2. Metáforas jurídicas: a crítica da sua semântica desde sua pragmática

Primeiramente, é preciso recorrer à outra metáfora, a do "filósofo-partido-ao-meio"[12], segundo a qual, o jurista atua com uma postura dual, em razão da interdependência teoria e prática;tais dimensões terminam por se retroalimentar ao tentarem dar conta do incontornável problema da decidibilidade. Portanto, sendo o processo penal um mecanismo estatal de verificação da materialidade e da autoria de uma conduta tipificada como crime ou contravenção; permite formalmente ao acusado as garantias da ampla defesa e do contraditório, além do princípio que concederá sua liberdade em caso de comprovação de insuficiente de nexo causal entre ação ou omissão e o respectivo resultado ilícito[13].

[9] Grubba, 2017, p.269.
[10] Pereira, 2016, p.26.
[11] Castro Jr., 2010. p.644.
[12] Castro Jr., 2009, p.1-6.
[13] Grubba, 1997, p.270.

O critério teórico para tal verificação é, portanto, a pressuposta correspondência, racionalmente construída, entre linguagem e realidade (teoria fundacionista); tendo na ação processual probatória, a via para sua confirmação ou desconfirmação; no primeiro caso, tem-se como consequência a sentença condenatória e, no segundo caso, a absolutória.

Quanto ao polêmico tema, os teóricos da processualística penal discursam em dois sentidos: a) no da defesa da verdade material ou extraprocessual e b) no da defesa da verdade formal ou processual[14]. Nos dois casos, a metáfora da verdade é preservada, variando apenas sua localização espacial; o que implica na crença de uma correspondência objetiva entre prova e fato, sendo aquela o critério de determinação, no "mundo do dever-ser", daquilo que ocorreu ou não no "mundo do ser", conforme as metáforas do positivismo lógico.

Portanto, é sempre uma cadeia de metáforas que sustenta uma cadeia de crenças, e ambas, conjuntamente, viabilizam uma cadeia de narrativas, a qual é qualificada como "linguagem jurídica". Resta agora descrever, em uma decisão transitada em julgado, como, nos argumentos apresentados pelo representante do Ministério Público, ocorre a ação de fiscalização da "verdade real" no processo penal.

3. Metáforas jurídicas: Ministério Público na fiscalização da "verdade real"

O documento a ser analisado é um agravo regimental, interposto pelo nosso homenageado quando exercia a função de Procurador-Geral de Justiça no Ministério Público de Alagoas. Por questões éticas, os dados sensíveis que possam identificar as partes processuais serão ocultados ou substituídos, dependendo de qual ação mantenha a coerência textual a ser analisada.

O objetivo aqui perseguido será o de descrever, com base na narrativa escrita, como são articuladas pelo retor (Representante do Ministério Público) as metáforas "suporte fático", "incidência" e "fato jurídico" para viabilizara função fiscalizadora da "verdade real" processual. Neste sentido, serão empregadas, na parte argumentativa, a teoria de Adeodato (retórica realista) e na parte figurativa, a teoria de Castro Jr. (metaforologia jurídica).

Quanto à metódica desestruturante, a primeira parte da análise (qualitativa) será feita no formato de tabela (transcrição/descrição) e a segunda parte (quantitativa), no formato de tabela e gráfico (quantificação/representação).

Sendo impossível, em razão da regra editorial, transcrever a íntegra do discurso-objeto, será feita uma seleção textual em razão do critério da pertinência à pesquisa, ou seja, das partes que se referem às metáforas.

[14] Beda, 2015. p.16 e 17.

3.1. Análise qualitativa

TRANSCRIÇÃO	DESCRIÇÃO
I – SINOPSE DOS FATOS (primeira parte)	**I – SINOPSE DOS FATOS (primeira parte)**
"A petição inicial, acompanhada de vasta documentação (04 volumes em anexo), apontou e demonstrou a prática [...] de vários atos de improbidade administrativa" (p.2)	O Retor-Apelante, ao referir-se à petição inicial (*ethos* próprio), enfatizou que a mesma estava "acompanhada de vasta documentação" (*logos*) e destacou, entre parênteses, a sua quantidade (*pathos*):"(04 volumes em anexo)". Destaca-se a importância da questão probatória na ação de fiscalização ministerial quanto à **"verdade real"** processual; neste sentido, "a vasta documentação anexada" só será considerada prova, caso venha a ser, *a posteriori,* objeto de **"incidência normativa",** a qual transformará sua versão fenomênica de **"suporte fático"** em sua versão sistêmica de **"fato jurídico".** É perceptível que, a **"verdade real",** objeto de fiscalização processual, não constitui algo existente no ambiente externo ao sistema jurídico, mas sim um de seus elementos internos; pois, como conceito, ele cumpre as funções operacionais de um **"fato jurídico".** Assim sendo, a dimensão processual – da prova - não se identifica, nem lida com a dimensão fenomênica – dos fatos -, embora a linguagem técnica dos juristas assim faça parecer, em razão de sua constituição metafórica.
"Assim, a iniciativa ministerial narrou a prática de atos de improbidade administrativa que, na forma prevista pelos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, importaram em prejuízo ao erário e atentado contra os princípios da administração pública" (p.2).	O Retor-Apelante, concluiu (*ethos* próprio) a primeira parte do exórdio (sinopse dos fatos), apresentando silogisticamente sua argumentação (*logos*): as condutas ilícitas comprovadas (premissa menor), seu regramento legal (premissa maior) e seus efeitos sistêmicos (conclusão): PM –regramento dos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (*ethos* de terceiro) Pm – prova da prática de atos de improbidade administrativa C – decisão pela ilicitude das condutas, em razão dos efeitos antijurídicos: *"prejuízo ao erário e atentado contra os princípios da administração pública"*

	Aqui, a aposta na apresentação do argumento na forma silogística, como estratégia persuasiva de verossimilhança, encontrou lastro do lugar comum (*topos*) argumentativo da "causalidade" em razão da crença em uma **"verdade real"** processual: credibilidade da tese apresentada (*ethos* próprio) - estratégia persuasiva baseada na crença (*pathos*) – conclusão correta em razão da comprovação dos fatos ilícitos.
I – SINOPSE DOS FATOS (segunda parte)	**I – SINOPSE DOS FATOS (segunda parte)**
"Ocorre que, em decisão publicada no Diário Oficial do Estado de Alagoas [...], o então Desembargador-Relator, sem adotar o procedimento previsto pelo §7º doart. 17 da Lei nº 8.429/921, indeferiu a petição inicial, determinando a extinção do processo sem julgamento do mérito, valendo-se dos arts. 295, inciso V e 267, inciso I, do Código de Processo Civil" (p.2 e 3).	O Retor-Apelante iniciou a segunda parte do *exórdio* (sinopse dos fatos) chamando atenção (*ethos* próprio) para duas ações de autoria do então Desembargador-Relator (*logos*): (1) decisão sem observância procedimental (§7º do art. 17 da Lei nº 8.429/921) (*ethos* de terceiro); (2) indeferimento da petição inicial, com determinação de extinção processual sem julgamento do mérito (arts. 295, inciso V e 267, inciso I, do Código de Processo Civil) (*ethos* de terceiro). A estratégia retórica empregada aparenta ter sido a de sugerir, pela via indireta, já que a mesma não foi diretamente expressada, o modelo de decisão que se pretendia ver realizado: houve impossibilidade sistêmica de validação do ato final (2) em razão do ato inicial (1) ter descumprido procedimento legalmente previsto. A forma do raciocínio do Desembargador-Relator foi aparentemente entimemática, pois uma das partes estruturais do silogismo pôde ser ocultada em razão dela ser, supostamente, um lugar comum argumentativo (*topos*), tanto parao Desembargador-Relator quanto para o auditório-julgador; deste modo, a premissa menor (Pm) foi ocultada por aquele em razão de ter sido presumidamente avaliada como sendo indubitável para as partes. Porém, tal presunção foi contestada pela Procuradoria Geral de Justiça, já que, segundo sua interpretação, a premissa maior deveria ter sido composta por outro regramento legal: o procedimento previsto no §7º do art. 17 da Lei nº 8.429/921(*ethos* de terceiro).

"Estranhamente, x requeridx apresentou manifestação espontânea, visto que não fora notificada para tal ato – e - a ação foi rejeitada sem a notificação dx requeridx e sem a análise da manifestação atravessada espontaneamente pelx mesmx" (p.3).	Ao ter iniciado a narrativa com o advérbio "estranhamente" (*pathos*), o Retor-Apelante sugeriu, estrategicamente (*logos*),uma quebra de padrão por parte do Desembargador-Relator, buscando diminuir, deste modo, a credibilidade de sua decisão; agiu assim, provavelmente, por apostar que o auditório-julgador com ele partilhariado entendimento de que o padrão (*topos*) a ser seguido seria o da citação das partes, conforme regramento do §7º do art. 17 da Lei nº 8.429/921 (*ethos* de terceiro). Seguiu o Retor-Apelante informando que, fora do padrão esperado, ou seja, sem ter sido citadx, x requeridx "apresentou manifestação espontânea". Sua estratégia aparenta ter sido a de enfatizar (*ethos* próprio) o descredito da narrativa do Desembargador-Relator perante o auditório julgador, em razão dos efeitos de sua ação extra procedimental: "visto que não fora notificada para tal ato" (*logos*); concluindo no mesmo sentido, dizendo que: na ausência da esperada citação, houve a rejeição da inicial, sem o julgamento do mérito (*logos*). A estratégia do Retor-Apelante aparenta, deste modo, ter sido a de alertar (*pathos*) o auditório julgador para o seguinte *topos* argumentativo: não se deve validar juridicamente um ato que ocorreu fora das balizas procedimentais legalmente postas (*logos*).
II – DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE	**II – DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE**
"O agravo regimental, previsto no art. 386 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, é o único recurso cabível no caso em tela" (p.3).	O Retor-Apelanteafirmou que, em razão da previsão do art. 386 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (*ethos* de terceiro), outra via recursal, diferente da escolhida, não estaria disponível.
"Conta-se com a adequação da via eleita, por não haver outra possibilidade recursal – e - por ser o agravo regimental um recurso previsto contra [...] *decisão* de Relatores, nos termos do §2º do art. 386 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas" (p.4).	Na sequência, condicionou a escolha da via recursal (agravo regimental) à sua especificação legal como sendo a via correta para contestar decisão de Relatores (do §2º do art. 386 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas) (*ethos* de terceiro). O tipo argumentativo no formato "se ... então" é, retoricamente, um entimema condicional, por partir de premissas que estão submetidas a

	determinados pré requisitos, no caso em tela, a respectiva previsão legal. O que merece destaque, do ponto de vista retórico, é que a estratégia retórica empregada teve por objetivo apresentar premissas verossímeis, "como se" elas fossem premissas verdadeiras, levando o auditório julgador a tomar aquilo que "faz sentido" como aquilo que "é lógico"; o que lhe garante maior grau de persuasividade.
"A tempestividade do recurso é evidente, uma vez que a intimação *pessoal* da decisão ocorreu em XX de outubro de XXXX, tendo o agravo regimental o prazo de 05 (cinco) dias, com o acréscimo de mais 05 (cinco) dias em relação ao **Ministério Público,** por força do art. 188 do Código de Processo Civil, circunstância que fixa o termo final em XX de outubro de XXXX" (p.4).	O Retor-Apelante argumentou em defesa da evidência da tempestividade do recurso em razão de sua previsão legal e da demonstração do cumprimento do prazo prescrito nela; importante do ponto de vista de uma pesquisa retórica, pois ela remete ao tema da prova daquilo que foi alegado (intimação) e a forma legal de contagem do respectivo prazo (tempestividade). Como as ações da intimação e da contagem de prazo ocorrem na dimensão extra sistêmica e a sua comprovação na dimensão sistêmica, tem-se, portanto, exemplo do processo dogmático que transforma eventos em comunicação, pois apenas esta pode ser sistemicamente processada. É justamente neste aspecto que a metaforologia pode ajudar na compreensão do funcionamento desta tecnologia dogmática: o processo de transformação dos eventos (fatos) em comunicação (conceito), ou, em outros termos, a transformação do "suporte fático" em "fato jurídico" em razão da "incidência". Isto permite, metaforicamente, a reflexividade especular entre o sistema e seu ambiente, fazendo com que ambos aparentem ser um só; pois, ocultando estrategicamente (erística) a diferença evento/comunicação, os juristas podem lidar com a simbolização do evento "como se" estivessem lidando com o próprio evento; exemplificando, para quem se olha no espelho, o que se enxerga, pela reflexividade, é o mesmo que se é ao olhar; de tal forma que dois (o refletido e seu reflexo) aparentam ser apenas um (o observador). Deste modo, a metaforologia jurídica descreve como é retoricamente eficaz empregar discursivamente as dicotomias, já que as mesmas permitem transitar estrategicamente, e de forma

	latente, entre os eventos e suas simbolizações para, assim, viabilizar a decidibilidade. Do ponto de vista semântico, a diferença aparenta ser sutil, mas do ponto de vista pragmático, o efeito dela é bastante eficaz, posto que garante a persuasão, fazendo o auditório-julgador aceitar a tese e os argumentos do retor como verdadeiros, mesmo que eles sejam apenas verossímeis.
III – DA DECISÃO RECORRIDA	**III – DA DECISÃO RECORRIDA**
"Insurge-se o Ministério Público, autor da ação acima referida, contra a decisão de fls. 34 e 35, que pôs fim ao processo sem julgamento do mérito [...] pois o Desembargador-Relator [...] quando apreciou o fundamento da pretensão, à guisa de aquilatar a propriedade da via escolhida, afirmou, *in verbis, que: "a Ação de improbidade, na forma como se encontra disciplinado pela Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992,* ***tem por finalidade específica a apuração de condutas que,*** *praticadas por agentes públicos ou políticos,* ***importem a obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida*** *em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade em órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal".* (sic) (sem grifos no original) (p.4 e 5).	Pela descrição do texto de decisão, o Desembargador-Relator (*ethos* próprio) aparenta, do ponto de vista hermenêutico, ter realizado uma interpretação gramatical, portanto, literal e localizada (*logos*), do dispositivo da respectiva regra: "Dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos Casos de **Enriquecimento Ilícito** no Exercício de Mandato, Cargo, Emprego ou Função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências" (Grifo nosso).
"Ainda no mesmo sentido, a decisão recorrida salientou que: ***"não se constitui via adequada para a apuração da responsabilidade em face de todo e qualquer ato praticado em razão do desempenho de função pública, mas sim, exclusivamente, daqueles que, mesmo sem a característica própria de ato administrativo, sejam cometidos com o intuito deliberado de obtenção de vantagem patrimonial ilícita, direta ou indiretamente afetando o patrimônio estatal, porque somente estes, na dicção da lei, é que são considerados como de improbidade administrativa".*** (sic) (sem grifos no original)" (p.5).	Ficou ainda mais evidente a verossimilhançado que foi descrito acima, quando o Desembargador-Relator, na sequência de sua narrativa, salientou (*ethos* próprio) que a regra especificou a exclusividade de sua incidência apenas sobre "ato praticado em razão do desempenho de função pública – que seja cometido - com o intuito deliberado de obtenção de vantagem patrimonial ilícita, direta ou indiretamente, afetando o patrimônio estatal [...] porque somente estes, na dicção da lei, é que são considerados como atos de improbidade administrativa (*logos*)".
"Feitas essas considerações,[...] fixou a primeira das premissas da decisão atacada – asseverando - que, embora existissem indícios de atos administrativos irregulares, não haveria nada que indicasse que teriam sido cometidos com o objetivo de obtenção de vantagens patrimoniais indevidas ou que, em razão dos mesmos, tivesse x demandadx	Do ponto de vista retórico, é criticável o uso exclusivo de um dos métodos hermenêuticos disponíveis (o gramatical), já que, teoricamente, ele deve unir-se, sequencialmente,aos demais. Aparentemente, o Desembargador-Relator (*ethos* próprio) estrategicamente *(log*os) escolheu o

enriquecido ilicitamente" (p.5).	mesmo, por ser aquele mais adequado à sua finalidade: a de desconsiderar a alegada tipicidade da ilicitude.
"Como reforço desse argumento, a decisão recorrida trouxe à baila a informação de que o Tribunal de Contas do Estado de Alagoas teria concluído no sentido de que as irregularidades seriam *releváveis,* sendo aceitáveis as justificativas apresentadas pelx demandadx, *o que dirigiria para a idéia* de que também não haveria evidência de dano ao patrimônio público" (p.6).	O Desembargador-Relator buscou amparo na credibilidade (*ethos* de terceiro) do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas, pois o mesmo concluiu sua análise (*logos*) avaliando os atos denunciados como sendo "releváveis", afastando, em decorrência, a alegação de dano ao patrimônio público. Ou seja, é aparentemente possível descrever que a estratégia empregada pelo Desembargador-Relator resultou nas teses da atipicidade (não houve ato de improbidade administrativa) e da irrelevância (os atos irregulares foram releváveis), as quais serviram de fundamento para sua posterior decisão.
"Apreciou, assim, todas as questões de fato contidas no volumoso processo (877 folhas em anexo, divididas em 04 volumes), fixando dessa forma a segunda premissa da decisão recorrida" (p.6).	O retor apelante destacou em negrito sua narrativa (*ethos* próprio) e entre parênteses seu conjunto probatório (*logos*); o tom por ele empregado foi irônico (*pathos*), tratando a ação decisória atacada como tendo sido fruto de diminuto esforço hermenêutico na construção de sua premissa menor (questões de fato). Do ponto de vista retórico, tanto o destaque quanto a ironia, possuem potencial persuasivo: o primeiro por chamar a atenção do auditório-julgador e a segunda por buscar sensibiliza-lo quanto à superficialidade no trato com o conjunto probatório acostado aos autos.
"Com base no analisado nas duas searas destacadas, o então Desembargador-Relator concluiu que o procedimento escolhido pelo **Ministério Público** seria impróprio, pois não estaria demonstrada causa de pedir compatível com a natureza da espécie processual escolhida, motivo que foi reputado suficiente para o indeferimento da petição inicial, com a extinção do processo sem julgamento do mérito. A decisão buscou fundamento nos arts. 295, inciso V e 267, inciso I, do Código de Processo Civil" (p.6).	O Retor-Apelante informou (*ethos* próprio) que, em razão das duas premissas fixadas (não comprovação da improbidade e escolha errada da via recursal), a decisão tomada concluiu pela extinção processual sem julgamento do mérito (*logos*), com "fundamento nos arts. 295, inciso V e 267, inciso I, do Código de Processo Civil" (*ethos* de terceiro). Do ponto de vista retórico, merece maior destaque a qualificação negativa das provas como sendo insuficientes para sustentar a pretensão; pois, sem a admissão processual delas, o recurso à metáfora da "verdade real" não foi possível. Ora, tal negativa, ao ter negado "incidência" normativa ao "suporte fático", manteve o mesmo na qualidade de "evento", ou seja, como sendo sistemicamente irrelevante, por não constituir comunicação na

	forma de um "fato jurídico". Mais uma vez, a metaforologia, instrumentalizada pela retórica realista em sua dimensão analítica, descreve à dependência que a metáfora analisada possui das outras três.
IV – DAS RAZÕES DO RECURSO **IV.a) DA CONTRARIEDADE À** **LEI FEDERAL Nº 8.429/92**	**IV – DAS RAZÕES DO RECURSO** **IV.a) DA CONTRARIEDADE À** **LEI FEDERAL Nº 8.429/92**
"A primeira premissa posta pelo então Desembargador-Relator [...] contraria e nega vigência aos arts. 10, 11 e 21, inciso I, da Lei nº 8.429/92" (p.6).	Ao emprego, por parte do Desembargador-Relator, do método hermenêutico gramatical, o Retor-Apelante (*ethos* próprio) opôs (*logos*) o recuso ao método hermenêutico, mantendo sua coerência argumentativa e apostando em um lugar comum (*topos*) mais atual.
"Cuida o art. 10 da referida lei federal *dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário,* independentemente de eventual enriquecimento ilícito do agente, pois desta hipótese trata o art. 9º da Lei nº 8.429/92" (p.7).	Lei nº 8.429/92, art. 10 (*ethos* de terceiro) - atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; Lei nº 8.429/92, art. 9 (*ethos* de terceiro) - independentemente de eventual enriquecimento ilícito do agente.
"O art. 11 da lei em comento especifica os *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração* [...] ainda que esteja ausente eventual enriquecimento ilícito" (p.7).	Lei nº 8.429/92, art. 11 (*ethos* de terceiro) - atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração [...] ainda que esteja ausente eventual enriquecimento ilícito.
"Já o artigo 21, inciso I, da Lei da Improbidade administrativa, estabelece peremptoriamente que: *"Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;"(p.7).*	Lei nº 8.429/92, art. 21, inciso I (*ethos* de terceiro) - A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Descritos em conjunto, os regramentos internos da regra escolhida pelo retor para compor a premissa maior (PM) de sua argumentação, atacaram as duas premissas que fundamentaram a decisão questionada: 1) os atos de improbidade administrativa, como sendo aqueles que causam prejuízo ao erário (art. 10) são assim tipificados,independentemente de enriquecimento ilícito (art. 9); 2) os atos de improbidade administrativa, como sendo aqueles que atentam contra os princípios da administração, são assim tipificados mesmo que não haja enriquecimento ilícito (art.11);

	3) Cabe sanção, aos atos de improbidade administrativa, independentemente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público (, art. 21, inciso I). A estratégia aparenta ter sido a de apresentar os argumentos na forma entimemática: PM - se, portanto, há regramentos que sancionam os ilícitos administrativos ao tipifica-los como "atos de improbidade", independentemente de efetivos enriquecimento ilícito, atentado aos princípios da administração pública e danos ao patrimônio público; C – então, estão refutados os argumentos fundantes da decisão atacada. A premissa menor (Pm) não preciso ser explicitada, por já ser de conhecimento comum, tanto do Retor-Apelante quanto do Auditório-Julgador. Mais uma descrição de aposta na crença no lugar comum da causalidade (se ... então) enquanto eficaz estratégia persuasiva.
"A ação civil do **Ministério Público,** conforme posto alhures, narrou e demonstrou a ocorrência de atos de improbidade administrativa que c**ausaram prejuízo ao erário** e de atos de improbidade administrativa que **atentaram contra princípios da administração pública.** Por serem hipóteses expressamente previstas em lei, deve ser considerada insubsistente a decisão do então Desembargador-Relator, posto que, em sua análise, contrariou e negou vigência aos referidos dispositivos da Lei Federal nº 8.429/92" (p.8).	O Retor-Apelante (*ethos* próprio) apresentou estrategicamente (*logos*) sua linha argumentativa no modelo silogístico: PM - As sanções para atos de impropriedade administrativa estavam previstas na Lei Federal nº 8.429/92. Pm - Foram comprovados atos de improbidade administrativa que causaram prejuízo ao erário e que atentaram contra princípios da administração pública. C – Deve ser considerada insubsistente a decisão que contrariou e negou vigência aos referidos dispositivos legais. Do ponto de vista retórico, o conteúdo constitutivo da premissa menor (prejuízo ao erário e atentado os princípios da administração) tornou mais persuasivo os argumentos que sustentaram a tese do retor apelante (os atos denunciados são legalmente tipificados como sendo de improbidade administrativa); já que o Desembargador-Relator havia argumentado

	justamente em sentido contrário, de que, apenas se comprovados tais requisitos legais, os atos praticados seriam tipificados como sendo de improbidade administrativa. Portanto, o fator decisivo para desconstruir a tese sentencial de que os atos praticados não foram, segundo regramento legal, de improbidade administrativa, foi a comprovação das condutas negativamente tipificadas ou, seja, a **"verdade real"** dos fatos. Conforme dito anteriormente, a metáfora da **"verdade-real"** processualé descritivamente dependente das metáforas que garantem a transformação de eventos extra sistêmicos (suporte fático) em comunicação sistêmica (fato jurídico). Sem tal combinatória, o efeito especular da linguagem técnica, empregada peloRetor-Apelante não terá suficiente persuasividadepara fazer o auditório julgador crer que o discurso sobre conceitos (comunicação) é "realmente" um discurso sobre fatos (eventos).
IV.b) DAS QUESTÕES DE FATO	**IV.b) DAS QUESTÕES DE FATO**
"Colhe-se da decisão recorrida que a ação civil do **Ministério Público** traria apenas indícios de meros atos administrativos irregulares. A decisão consignou que a apreciação do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas foi nesse mesmo sentido" (p.8).	O Desembargador-Relator argumentou (*ethos* próprio) que a ação ministerial era carente de provas, trazendo tão somente "indícios de meros atos administrativos irregulares" (*logos*), e que a mesma impressão foi relatada pela "apreciação do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas" (*ethos* de terceiro). Tal parte da narrativa serviu de fundamento para sustentar a sua primeira tese: (1) que não houve comprovação de improbidade administrativa em razão da não comprovação dos efetivos enriquecimento ilícito e danos ao patrimônio público. Chamou atenção, e merece destaque, o uso das expressões "apenas indícios" e "meros atos administrativos irregulares"; pois a primeira expressão atacou a narrativa do retor apelante de uma "evidente comprovação"acostada aos autos e a segunda, ao enunciar os atos administrativos como atípicos, de forma implícita, o que livrou os mesmos da acusação de ilicitude. Do ponto de vista retórico, a estratégia empregada foi, a de partindo dos constrangimentos

	pragmáticos (eventos), adaptar a semântica conceitual (comunicação) para construir as condições ideais de apresentação e justificação da decisão então contestada. Ou seja, uma ação retórica de instrumentalização metafórica.
"Não se pode aquiescer com tais argumentos. Primeiramente porque a petição ministerial, acompanhada de farta documentação comprobatória, imputou a prática de **atos ilícitos,** atos de improbidade administrativa que causaram *prejuízo ao erário e atentaram contra os princípios da administração pública" (p.8).*	Obviamente, em sede de contra-argumentação, o Retor-Apelante (*ethos* próprio) manteve o teor de sua narrativa (*logos*): "farta documentação comprobatória, avalioucomo "ilícita", e não meramente "irregular", a prática dos atos administrativos investigados,em razão da descrição de seus efeitos: (1) prejuízo ao erário e (2) atentado aos princípios da administração pública. Do ponto de vista retórico, é preciso destacar o uso estratégico de distintos significantes legais (semântica): enquanto o Desembargador-Relator empregou "dano ao patrimônio público" e "enriquecimento ilícito", o retor apelante preferiu "prejuízo ao erário" e "atentado aos princípios da administração pública". Muito embora sejam cambiáveis entre si, podem resultar em diferentes efeitos (pragmática): 1) o significante legal "dano ao patrimônio público" amplia a discricionaridade interpretativa em comparação ao significante legal "prejuízo ao erário", já que este é restrito às questões financeiras e, além disso, seu efeito *patético,* do *pathos* retórico, aparenta possuir maior grau de persuasão, por ter o potencial de atingir o senso de indignação do auditório julgador; 2) em sentido análogo, o significante legal "enriquecimento ilícito" parece suscitar maior indignação do que o significante legal "atentado aos princípios da administração pública". Portanto, neste aspecto, a descrição retórica infere que o emprego estratégico de significantes legais, cujo âmbito semântico seja mais ampliado, permite maios espaço de manobra semântica para propor significados pragmáticos que possuam maior potencial persuasivo. Logo, a contingência pragmática aparenta ser fator relevante no processo de (re)adaptação da arte discursiva dos juristas; e tais estratégias de ação podem ser melhor explicadas com recurso à metáfora das "regras de calibração" (Ferraz Jr.

	2018, p.16), quando o sistema tem modificado, de forma latente, seu padrão de processamento de comunicação, mantendo a aparência de aquele não ter sido modificado. Configura, portanto, uma estratégia erística, que permanece oculta ao controle público da linguagem (Adeodato, 2023, 49).
"Em segundo plano, nas não menosimportante, não se pode afastar a cogência do art. 21, inciso II, da Lei nº 8.429/92, que assim reza: *"Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: II –* ***da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal"*** *(p.8 e 9).*	Neste ponto da narrativa, o Retor-Apelante (*ethos* próprio) atacou (*logos*), o recurso estratégico do Desembargador-Relator à credibilidade institucional, seja ela interna ou externa, como no caso analisado (Tribunal de Contas); por meio de referência à preceito legal (Art. 21, inciso II da Lei nº 8.429/92. Merece destaque a estratégia retórica de empregar a figura de linguagem da personificação (prosopopeia) para atribuir características humanas e sacerdotais ao texto de lei: o artigo legal "assim reza". Sendo um resquício medieval da origem hermenêutica de nossa cultura interpretativateológica, em razão do seu longo uso e demonstrada eficácia, a mesma passou a ser um lugar comum argumentativo (*topos*), tanto para os retores quanto para os auditórios-julgadores.
"A decisão recorrida não analisou as imputações de improbidade administrativa e suas provas. Verificando que não havia acusação de enriquecimento ilícito (uma das três modalidades de improbidade administrativa), tomou os fatos narrados por meras irregularidades administrativas sanáveis e afirmou que, não sendo o caso de imputação de enriquecimento ilícito de agente público em detrimento do patrimônio estatal, não se estaria absolutamente diante de improbidade administrativa" (p.9).	Neste ponto da narrativa, o alvo da contra-argumentação (logos) do Retor-Apelante (*ethos* próprio) foram as teses sustentadas pelo Desembargador-Relator; (1) como não houve análise das imputações de ilicitude e de suas comprovações, foi decidido que (2) as ações narradas deviam ser qualificadas como "meras irregularidades administrativas sanáveis" diante da falta de evidência de efetivo "enriquecimento ilícito de agente público em detrimento do patrimônio estatal". Nesta parte, o uso estratégico da figura de linguagem da personificação (prosopopeia), por parte do Desembargador-Relator, buscou atribuir características humanas à própria decisão: "a decisão [...] não analisou [...] tomou os fatos [...] e afirmou".
"Entretanto, a ação civil proposta pelo **Ministério Público** não se reportou a irregularidades administrativas sanáveis. Em nenhum momento a	Na sequência, contra-argumentou (*logos*), o Retor-Apelante (*ethos* próprio) que (1) houve uma discrepância (semântica) entre as narrativas do

petição inicial assim classificou os **atos ilegais** descritos. Então, não poderia o Julgador, sem analisar cada acusação especificamente, classifica-las de forma genérica como meras irregularidades *releváveis*" (p.9).	Ministério (atos ilegais) e da Relatoria (irregularidades sanáveis), em razão da análise seletiva e superficial realizada pelo Desembargador-Relator. Agindo de tal forma, sua estratégia retórica aparentemente objetivou desqualificar tanto a credibilidade de quem decidiu quanto a verossimilhança do que foi decidido, diminuindo, deste modo, o grau de persuasividade daquela narrativa.
"Mudando a natureza dos fatos trazidos pela ação, sem aprecia-los e sem fundamentar seu entendimento, a decisão recorrida construiu artificialmente a razão do indeferimento da petição inicial" (p.9).	Despertou atenção retórica dois aspectos deste momento narrativo: (1) a acusação de mudança na natureza dos fatos interpretados; (2) a acusação de construção artificial do fundamento do indeferimento da inicial sem julgamento do mérito. Obviamente, o emprego estratégico da expressão "mudança na natureza dos fatos" criticou sua metaforicidade desde sua pretensa literalidade, pois, de forma latente (erística), o Retor-Apelante partiu da crença comum na (pretensa) univocidade semântica dos significantes técnicos, "como se" o Desembargador-Relator estivesse "naturalmente" constrangido a interpretar "os fatos trazidos pela ação" de uma única maneira, a qualificada como sendo certa ou verdadeira. A crítica retórica vem descrevendo, em suas análises de decisões colegiadas, a regularidade no uso, pelos retores e auditórios julgadores, dessa tópica (semanticamente) comum e de sua respectiva eficácia pragmática. O resultado de tais avaliações é o de que, aquilo que se perde pela via da verossimilhança, aparentemente é suprido pelo que se ganha ao se optar pela via da credibilidadee da sensibilidade (Falcão, 2023, p.76 e 77).
"Por ter subvertido o caráter dos fatos narrados, sem análise ou justificativa, como se o próprio **Ministério Público** os tivesse classificado como meras irregularidades administrativas de somenos importância, a decisão atacada carece de coerência lógico-jurídica, devendo ser	Por fim, argumentou (logos), o Retor-Apelante (*ethos* próprio): (1) pelo motivo da decisão atacada ter sido proferida sem coerência lógico-jurídica.

reconhecida a sua invalidade e impondo-se a sua reforma" (p.9).	(2) em razão de "haver subvertido o caráter dos fatos narrados, sem análise ou justificativa". (3) imputado levianamente ao autor toda responsabilidade pela apresentação de meros indícios dos atos atacados e pela escolha indevida da via recursal. (4) deve ser a mesma reconhecida como sendo juridicamente inválida e passível de reforma. A estratégia retórica do Retor-Apelante aparentemente apostou na coerência narrativa (apresentação sequencial da crítica); na verossimilhança do argumento e na apresentação estrutural silogística (se 1, 2, 3, então deve-ser) 4) como tendo maior grau de persuasividade perante o auditório julgador.
IV.c) CONCLUSÃO	**IV.c) CONCLUSÃO**
"Conforme foi demonstrado, a decisão recorrida partiu de premissas falsas e, inevitavelmente, expôs em sua parte dispositiva uma determinação incompatível com o sistema jurídico brasileiro (Lei nº 8.429/92) e com os fatos narrados na petição inicial" (p.10).	Na primeira parte do *epílogo* (conclusão), o Retor-Apelante recorreu mais uma vez ao modelo silogístico (*logos*), para apresentar sua linha de raciocínio, pretendendo, angariar para sua narrativa (*ethos* próprio) a credibilidade (*ethos* de terceiro) que possui a lógica formal: "a decisão recorrida partiu de premissas falsas e, inevitavelmente, expôs [...] uma determinação incompatível (C) com o sistema jurídico brasileiro (Lei nº 8.429/92) (PM) (*ethos* de terceiro) e com os fatos narrados na petição inicial (Pm).
"A alegação de que a ação civil pública de responsabilidade por atos de improbidade administrativa não seria o procedimento adequado para a responsabilização de agente que praticou atos de improbidade administrativa (prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da administração pública), cerne da decisão recorrida, não encontra guarida em nenhuma norma jurídica" (p.10).	Na segunda parte do epílogo (conclusão), o Retor-Apelante (*ethos* próprio) apontou (logos), para a falta de amparo legal que justificasse a segunda tese do Desembargador-Relator: "a de que a ação civil pública de responsabilidade por atos de improbidade administrativa não seria o procedimento adequado para a responsabilização de agente que praticou atos". Do ponto de vista retórico, como o discurso decisório é procedimental, a acusação de desrespeito a regramento legal, qual seja, o fundamento amparado pelo princípio da legalidade, fulmina todo o potencial persuasivo de qualquer narrativa decisória.
"A iniciativa do **Ministério Público** está amparada pelo caput do art. 17 da Lei nº 8.429/92. *A ação de responsabilidade por atos de improbidade*	Na terceira parte do *epílogo* (conclusão), o Retor-Apelante (*ethos* próprio) argumentou (*logos*) em defesa da via escolhida: a estratégia recursal

administrativa é uma ação civil, pois se refere a ilícitos civis e não a tipos criminais, tendo por objetivo a reparação de eventuais danos e a aplicação de sanções civis. Também é uma *ação pública,* pois todas as ações propostas pelo **Ministério Público** são ações públicas. Logo, trata-se de uma *ação civil pública* que, por suas peculiaridades, a Lei nº 8.429/92 conferiu o rito ordinário" (p.10).	escolhida encontrou amparo no "caput do art. 17 da Lei nº 8.429/92" (*ethos* de terceiro), que conferiu o rito ordinário, já que: 1) "A *ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa* é uma *ação civil,* pois se refere a ilícitos civis [...] tendo por objetivo a reparação de eventuais danos e a aplicação de sanções civis"; 2) A *ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa* é "uma *ação pública,* pois todas as ações propostas pelo Ministério Público são ações públicas". A estratégia retórica, por ele escolhida, aparentemente visou descrever como, no texto da referida legislação, havia regramento que justificava a via recursal ministerialmente escolhida: ação civil pública submetida ao rito ordinário.
"Dessa forma: 1) por ser a ação (civil pública) de responsabilidade por atos de improbidade administrativa a via adequada para se alcançar a responsabilização de agentes que cometeram atos de improbidade administrativa; 2) por serem as condutas de causar prejuízo ao erário e desrespeitar os princípios da administração pública atos de improbidade administrativa; 3) por ter a ação do **Ministério Público** se reportado a atos de improbidade administrativa (e não a meras irregularidades sanáveis)" (p.10).	O Retor-Apelante (*ethos* próprio), então, sintetizou (*logos*) sua linha argumentativa em três partes, atualizando de forma organizada, a memória do auditório-julgador, visando, do ponto de vista retórico, sua persuasão: 1) a adequação, segundo a lei, da via escolhida para a devida responsabilização do(s) praticante(s) de improbidade administrativa; 2) a tipicidade legal de improbidade para as condutas administrativas que resultaram em prejuízo ao erário e desrespeito aos da administração pública; 3) pelo uso, na ação, do significante atos de improbidade administrativa e não o de "meras irregularidades sanáveis. As estratégias retóricas de memória e síntese são complementares, pois visam apresentar, de forma unitária, tudo o que havia sido espaçadamente narrado. Elas combinam efeitos triplos: credibilidade de quem disse, de como disse e para quem disse.
Conclui-se que: ***A decisão recorrida operou contrariamente ao direito, devendo ser reformada (p.11).***	E, como consequência do que havia sido por ele exposto, concluiu (*ethos* próprio) com sua tese (*logos*): em razão de haver atentado contra o princípio da legalidade, a decisão deve ser reformada.

V – DOS PEDIDOS	V – DOS PEDIDOS
"Considerando todo o exposto, o **Ministério Público** requer a Vossa Excelência que: 1) Conforme o permissivo do art. 387 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, **RECONSIDERE** a decisão do então Desembargador-Relator às fls. 34 e 35 dos autos, tornando sem efeito a rejeição da petição inicial e a extinção do processo sem julgamento do mérito, **PROSSEGUINDO** com o feito nos termos da legislação processual em vigor" (p.11).	Na parte final do recurso apresentado, o Retor-Apelante (*ethos* próprio) requereu (*logos*) ao auditóriojulgador: 1) Reconsideração da decisão, com determinação da nulidade de seus efeitos, repristinando, pela via processual, a validade inicial da petição inicial, bem como a de seu pedido para a devida apreciação do mérito; Aqui, retoricamente, importa o que já foi dito no tópico anterior sobre memória e síntese.
"2) No caso de o Ilustre Desembargador-Relator decidir contrariamente ao pleito ministerial no juízo de retratação, solicita o **Ministério Público** que o presente *agravo regimental* seja submetido ao julgamento do Plenário desse Egrégio Tribunal de Justiça. Pede deferimento" (p.11).	2) E no caso de decisão contrária ao requerimento anterior, que o *agravo regimental* fosse submetido ao julgamento do Pleno do Tribunal (*ethos* próprio e *logos*). Merece destaque a preocupação do retor apelante com a estrutura e com o conteúdo do instrumento recursal elegido (no presente), bem como com a sua possível rejeição por parte do novo Desembargador-Relator (no futuro), pleiteando, de pronto, nova sequência recursal.

No próximo tópico (quantitativo), serão quantificados os dados colhidos neste tópico (qualitativo), objetivando poder atingir os objetivos da investigação.

3.2. Análise quantitativa.

I – Narrativa do Retor-Apelante.

Ethos próprio - 20
Ethos de terceiro - 15
Pathos - 5
Logos – 21
Topoi - 4
Silogismo - 2
Entimema - 3
Erisma - 0

Os dados quantitativos, apresentados na tabela acima, indicaram: (1) quanto às provas retóricas: expressiva recorrência à estratégia de reforço à própria credibilidade e a de terceiros (20 e 15 incidências), neste caso, das fontes legislativas e pouco emprego de estratégia de sensibilização do auditório julgador (5 incidências); (2) significativo trato estratégico com a coerência argumentativa (21 incidências) e com sua apresentação (2 e 3 incidências); (3) pouco uso estratégico de lugares comuns argumentativos (4) e (3) ausência de uso estratégico de erismas, seja para ocultar procedimentos ou para induzir ao erro. Deste modo, a narrativa analisada foi tecnicamente bem construída, sendo eticamente bem avaliada, espelhando a experiência e o compromisso do jurista por ela responsável.

4. Conclusão

A descrição retórico analítica (Adeodato), por meio da instrumentalização da metaforologia jurídica (Castro Jr.), em sede de complementaridade, comprovou a hipótese da pesquisa: a metáfora da "verdade real" depende das metáforas do "suporte fático", da "incidência", e do "fato jurídico", pois as últimas representaram a via estratégica pela qual aquela, ao passar pelo processo dogmático de transformação de evento em comunicação, pôde ser sistemicamente operacionalizada.

Conclui-se sob inspiração nietzschiana: nós humanos habitamos metaforicamente uma realidade simbolicamente posta por nossa linguagem; um reino cujas fronteiras não permitem um além e, no qual, tudo é contextualizado e contingente, dialogicamente acordado e encerrado; onde apenas partes das narrativas são estrategicamente disponibilizadas ao controle público, enquanto outras lhes são estrategicamente ocultadas. Contudo, a grande maioria de seus habitantes aparenta desejar algo a mais do que a verossimilhança possível e passam a crer em um ideal, capaz de solucionar todas as dúvidas e de encerrar todas as divergências: a verdade. E, por tal crença comum, tais idólatras vivem vagando em busca de sua relíquia sagrada, da qual desconhecem não só o paradeiro, mas também a forma e, em especial, a essência. Entretanto, eles possuem um indício, registrado em um velho livro profeticamente inspirado, escrito por alguns de seus antepassados, o qual, lido por incontáveis gerações, adquiriu ares de sacralidade: a gramática. Para os não crentes, é justamente nela que habita a tal "verdade"; mas como apontar o norte aos que conservam os olhos fixos no sul?

Esta é, portanto, a contribuição deste artigo, expresso na forma de um convite à reflexão coletiva de tão relevante temática jurídica.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BEDA, Caroline A. de F. A busca da verdade real como uma estratégia retórica: legitimação do poder punitivo através da promessa de segurança jurídica. Disponível em: https://oasisbr.ibict.br/vufind/Record/UNB2_f2f8c0f7977a5bd82a91a062e7447588. Acesso em: 05/02/2025.

CASTRO Jr., Torquato. A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente. São Paulo: Ed. Noeses, 2009.

CASTRO Jr. Torquato. Metáfora e literalidade no discurso jurídico: Invertendo Aristóteles. ADEODATO, João Maurício (Org.) A retórica de Aristóteles e do direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica. Curitiba, CRV, 2014.

CASTRO Jr. T. Metáforas na teoria do fato jurídico. Revisitando a teoria do fato jurídico. Coordenadores: Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

FALCÃO, Pablo R. de L. Nascituro meroencefálico e STF: entre as retóricas da condicionalidade e da incondicionalidade vital e as vias para fixação de seu status jurídico. Recife: EDUFPE, 2010.

FALCÃO, Pablo R. de L.A retórica do argumento daobjetividade decisória no STF nas ADPF's 701,810 e 811. Direito, Processo e Cidadania, Recife, v. 2, n.1, p.60-82, jan./abr., 2023.DOI:https://doi.org/10.25247/2764-8907.2023.v2n1.p.60-82

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão,dominação. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

GRUBBA, Leilane Serratine. Averdade no processo penal: (im)possibilidades.Revista do Direito Público, Londrina, v.12, n. 1, p.266-286, abr. 2017. Disponível em: https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/28587. Acesso em: 05/02/2025.

Metodologia científica na pesquisa jurídica. 9ª ed. ver. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

PARINI, Pedro. A retórica da metáfora dos modelos na teoria do direito. Disponível em:https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2013v34n6781. Acesso em: 05/02/2025.

PEREIRA, Bianca Vilhena C.As antilogias ou discursos duplos no pensamento de Protágoras: as influências de Heráclito e Parmênides. Revista Ética e Filosofia Política. Número XIX – Volume II – dezembro de 2016. www.ufjf.br/eticaefilosofia. ISSN:1414-3917.

SOBOTA, Katharina. The rhetorical construction of law. in: International Journal for theSemiotics of law. Vol. V, n. 13, p. 39-54, 1992.

Norma jurídica penal: Apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova

Beclaute Silva

Introdução

Foi com muita alegria que recebi o convite do querido amigo Dr. Coaracy José Oliveira da Fonseca para participar desta coletânea de Direito Penal, em homenagem ao querido Procurador de Justiça aposentado e professor aposentado da FDA/Ufal, Dr. Dilmar Lopes Camerino. Sou um de seus eternos alunos e com muita honra e felicidade recebi o convite para participar desta obra.

O desafio que me fora proposto não foi singelo: escrever em uma coletânea de Direito Penal ao lado de grandes Professores desta difícil disciplina, principalmente para mim, cuja quadra se cinge à Teoria Geral do Direito e ao Processo Civil. Por esta razão peço vênia, pois meu texto, possivelmente, seja o que menos erudição terá. Além disso, procuro, a partir de um dos maiores pensadores que o Brasil já produziu, Lourival Vilanova, ler o Direito Penal. É um desafio hercúleo que tenho pela frente. Se conseguir chegar a um bom termo, foi graças ao suporte que a teoria construída pelo Jusfilósofo pernambucano me proporcionou.

Como já delineado, pretende-se com o presente ensaio, a partir da contribuição teórica de Lourival Vilanova[1] acerca da estrutura da norma jurídica completa, analisar a conduta objeto de verificação do Direito Penal.

A norma jurídica será analisada como estrutura bimembre formada por duas estruturas hipotéticas unidas pelo disjuntor *ou.*

Para realizar tal mister, se constituirá um item demarcando, segundo o pensamento de Lourival Vilanova e de seus discípulos, como Paulo de Barros Carvalho, Eurico de Santi e Gabriel Ivo, o que se entende por norma jurídica, já que este conceito varia de concepção teórica para concepção teórica, havendo autores que confundem, no corpo de sua obra, o conceito.

Após, demarcar-se-á como a estrutura bimembre se manifesta e por que a sua formulação é um imperativo para o Estado de Direito.

Logo após, os conceitos estipulados nos itens anteriores serão testados na esfera do Direito Penal. Para isso se verificará como a norma primária atua na determinação do objeto material e jurídico tutelado pela norma penal sancionatória. Avançando neste ponto

[1] Autor que sofreu notável influência de Hans Kelsen e também de Carlos Cossio.

se buscará a demarcação do antecedente e do consequente da norma secundária. No antecedente, o fato jurídico ilícito, com sua riqueza fenomênica. No consequente, a reprimenda estatal ao ilícito penal com sua especificidade e exclusividade. Aqui se demonstrará o conteúdo processual da norma secundária, seja penal, seja cível.

Não se pretende nos lindes deste ensaio analisar os conteúdos das condutas típicas, suas excludentes, as penas e as suas formas de aplicação, bem como a vastidão das categorias tratadas pelo Direito Penal. A preocupação neste trabalho é modesta. Consiste em analisar como se organizam, topologicamente, algumas das categorias trabalhadas pela Ciência Penal, dentro das quadras da norma jurídica, segundo construção de Lourival Vilanova.

Por fim, se delimitará a norma completa que possui na tutela penal a forma de proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Tal é o percurso que se pretende trilhar neste pequeno ensaio.

1. Norma jurídica – estipulando pressupostos

A norma jurídica não se confunde com o texto legislativo (suporte físico) que a veicula. Conforme escólio de Gabriel Ivo, os textos legislativos são enunciados linguísticos, de conteúdo prescritivo, emitidos por autoridade competente do sistema. Eles "são enunciados prostrados em silêncio. Em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido".[2]

Neste ensaio, a norma jurídica não será tomada como conteúdo involucrado da lei, como pensa, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt,[3] pois o sentido é construído pelo intérprete, seja no ato de aplicação estatal[4], seja no ato de atendimento ao comando pelos destinatários, seja no ato de compreensão realizada pela ciência do direito.[5] Conforme escólio de Lourival Vilanova,

> A interpretação está inserida no processo de criação normativa (*innerhalb des Erzeugungsverfahren*): não é um ato ab extra, em que o sujeito interpretante se contrapõe à norma interpretanda: é um momento que não rompe a série contínua norma/ato/norma."[6]

[2] IVO, Gabriel. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 48.

[3] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 11ª. ed., autal. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

[4] "Quando é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas." (Destacou-se). KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 387.

[5] "Mas também os indivíduos que têm – não de aplicar, mas – de observar o direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um direito positivo, tem de interpretar as suas normas." (Destacou-se). KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 387-388.

[6] VILANOVA, Lourival. Níveis de Linguagem em Kelsen. In Escritos Jurídicos e Filosóficos. São Paulo: Axis Mvndi e IBET, 2003, p. 236.

Na linguagem científica, em que as proposições são regidas pelos princípios da lógica apofântica, os juízos são produzidos da seguinte forma: “a árvore é verde”, em que tanto o termo árvore como o termo verde são significações que se referem ao ser árvore e ao ser verde. No âmbito normativo (direito, moral, religião etc.), opera-se o modal próprio da lógica deôntica, o **dever-ser.** Assim, da análise do suporte físico – lei enquanto manifestação linguística – constrói-se o conceito do dado de fato (natural, social, ou social juridicizado), aqui entendido como aquilo que se diz do evento, conforme escólio de Tércio Sampaio[7]: a significação de prestação de alguém em relação a outrem que se refere às possibilidades de conduta no mundo fenomênico (significados).

A partir do relacionamento das significações - dados de fato e de prestação de A em relação a B, “mediante a cópula do conectivo condicional, modalizado pelo functor deôntico neutro”[8], gera-se a proposição jurídica que é expressa a partir da equação: "deve-ser que dada à conduta referida, deve-ser C"; ou "deve-ser que dado A, deve ser C" (significação).[9] O functor deôntico (dever-ser) que incide sobre a proposição não se modaliza; é neutro e tem o condão de tornar o que toca em jurídico,[10] tal qual o rei Midas, que transformava em ouro tudo o que tocava.

Em face disso, fica assentado que a lei, *lato sensu,* não é norma, mas enunciado, suporte físico que irá fomentar, no sujeito cognoscente, a partir de uma operação gnosiológica e volitiva, a construção da norma jurídica, que é a significação construída a partir dos textos de direito positivos e estruturada sob a forma lógica de juízos condicionais compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas[11], desde que manifeste a "unidade mínima e irredutível de significação do deôntico".[12] Com acerto, vaticina Lourival Vilanova: “o enunciado da lei não se confunde com a lei mesma”.[13]

Bastante elucidativa é a lição de Paulo de Barros Carvalho, que se transcreve:

> Nunca é demais repetir que as normas jurídicas são as significações que a leitura do texto desperta em nosso espírito e, nem sempre, coincidem com os artigos em que o legislador distribui a matéria, no corpo escrito da lei. Advém daí que, muitas vezes, um único dispositivo não seja suficiente para

[7] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito Técnica, Decisão, Dominação. 2 ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 278.
[8] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. 2 ª ed., rev., amp. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35.
[9] GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. Iura Novit Cúria y Aplicación Judicial del Derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 67.
[10] VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 141.
[11] CARVALHO, Paulo de Barros, Direito Tributário Fundamentos Jurídicos da Incidência. 4. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.
[12] CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Fundamentos Jurídicos da Incidência. Op. cit., p. 18.
[13] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 9.

> a compreensão da regra jurídica, em sua integridade existencial. Vê-se o leitor, então, na contingência de consultar outros preceitos do mesmo diploma e, até sair dele, fazendo incursões pelo sistema.[14]

As proposições prescritivas são cada elemento constitutivo da norma, também denominado fragmento normativo.[15] Nesta denominação também se inclui a parte componente do antecedente e do consequente, uma vez que ingressa como elemento relevante para a modalização jurídica da conduta humana. No consequente da norma primária e da norma secundária, o dever se modaliza sob a forma: permitida, proibida e obrigada.

O direito se utiliza, assim, das parcelas componentes de uma norma para construir novas hipóteses e novas consequências. Com isso se quer afirmar que são possíveis, no direito positivo, significações que não sejam normas, mas fragmentos de normas. E por quê? A construção da norma, como se verá, exige do intérprete e/ou aplicador o tráfego entre o suporte físico, as significações e a norma. O revestimento linguístico dos enunciados prescritivos não obedece a uma forma padronizada, dada a peculiaridade de cada idioma; por esta razão cabe ao teórico do direito, segundo Lourival Vilanova:

> Reduzir as múltiplas modalidades verbais à estrutura formalizada da linguagem lógica para se obter a fórmula: *se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S', deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S",* que representa o primeiro membro da proposição jurídica completa.[16]

As estruturas lógicas não são, assim, questiúnculas acadêmicas. Na realidade, toda vez que se produz o direito, a sua formulação, na versão deôntica, faz-se presente, mesmo que o agente produtor não saiba o que faz. A sua existência é um poderoso instrumento auxiliador do modo de pensar juridicamente. Graças às reflexões acerca das suas categorias é possível verificar se determinada prescrição atende às exigências mínimas de formulação do deôntico. No caso deste ensaio, as estruturas lógicas deônticas serão fundamentais para analisar a conduta ilícita penal. É a lógica deôntica a serviço do Estado de Direito.[17]

[14] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 235
[15] SILVA, Beclaute Oliveira. A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 43-44.
[16] VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 95
[17] SILVA, Beclaute Oliveira. A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 44.

Ademais, tanto os antecedentes das normas primárias e das normas secundárias como os consequentes das normas primárias e das normas secundárias são formados por significações (proposições), construídas pelo intérprete. A combinação das significações poderá dar origem a normas distintas. O vínculo entre antecedente e consequente é determinado pela causalidade jurídica, ou seja, aquela imputada pelo direito positivo, possuindo natureza deôntica.[18]

A norma jurídica, como formulação linguística que é, tem por escopo alterar o mundo social.[19] Esta constitui a função pragmática da linguagem normativa. Tal mister se realiza a partir da aferição de sentido às condutas que regra. Assim, se 'A', a despeito de ser credor de 'C', subtrai-lhe um bem, não estará, juridicamente, solvendo seu débito, apesar de o sentido subjetivo do ato ser esse, mas possivelmente cometendo o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal Brasileiro).

Por essa razão, Hans Kelsen afirma que nem sempre o sentido subjetivo dado ao ato pelo sujeito corresponde ao sentido objetivo expresso no ordenamento jurídico. Nesse aspecto, a norma funciona como esquema de interpretação.[20]

2. Estrutura bimembre da norma jurídica

Sendo a norma jurídica a significação que o sujeito cognoscente constrói do enunciado, é expressa em proposição[21], sob a forma bimembre: norma primária e norma secundária. Este é o entendimento de Lourival Vilanova[22] e de Carlos Cossio[23], por exemplo.

No presente estudo, diferentemente de Kelsen, na **Teoria Pura do Direito,** a norma primária (endonorma na linguagem de Cossio) será concebida como a que estabelece a conduta devida e a secundária (perinorma no léxico de Cossio), a que possui por pressuposto a inobservância da conduta prescrita e estabelece a consequência sancionatória a cargo do órgão estatal.[24]

A estrutura bimembre é tomada como necessária, visto que "a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária, sem a primária, reduz-se a instrumento, meio,

[18] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relaçãono Direito. Op. cit., p. 117-118.
[19] VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. Op. cit., p. 40.
[20] KELSEN, HANS. Teoria Pura do Direito. Op. cit., p. 3.
[14] Quando se afirma que a norma jurídica é uma proposição, quer-se dizer que é um conjunto de palavras com sentido, conforme escólio de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto, Teoría General do Derecho. Trad. de Jorge Guerrero R. 2. edição, 2. reimp. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997, p. 43). No mesmo sentido, VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. Op. cit., p. 197.
[22] VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. Op. cit., p. 111. VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 122.
[23] COSSIO, Carlos. La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944, p. 191.
[24] VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. Op. cit., p. 111.

sem fim material".[25] Noutra passagem, Lourival Vilanova assevera: "se de uma norma jurídica suprime-se a norma secundária sancionadora da norma primária, fica a norma primária desprovida de juridicidade. Poderá permanecer como norma do uso, do costume, como norma social, desjuridicizando-se assim."[26] Acerca dessa característica da norma, Cossio vaticina:

> *Si la conducta está conforme con el primer miembro de la norma (la endonorma), la conduta es lícita o jurídica (en la acepción preponderante de este vocablo), si está conforme con el segundo miembro, (la perinorma), la conduta es ilícita o antijurídica".*[27]

Esta bimembridade decorre de uma simplificação lógica. Os que entendem que a norma jurídica não necessita ser bimembre não distinguem, em última análise, a lei enquanto enunciado expressional (suporte físico) e a norma (significação sob a forma lógica deôntica anteriormente descrita). Deve-se salientar que não há contradição entre a norma primária e a secundária. Isto se dá graças ao disjuntor *ou (v),* que une as duas normas. "O functor *v* é o disjuntor: deve ser a primeira implicação, *ou* a segunda implicação"[28] Ademais, ambas as normas são simultaneamente válidas[29], pois emitidas por autoridade competente do sistema. Segundo Lourival Vilanova, a norma jurídica completa é formada por "duas estruturas hipotéticas relacionadas disjutivamente".[30]

3. Estrutura bimembre da norma penal

A estrutura lógica da norma, por ser categoria da teoria geral do direito e da lógica jurídica, aplica-se perfeitamente às categorias normativas penais. Para isso, por fins didáticos, faremos um corte entre a norma primária e a norma secundária.

3.1. Norma primária no âmbito penal

A norma primária estipula a conduta devida. A conduta lícita se encontra ali presente. Mas, não só. A norma primária, segundo Lourival Vilanova, pode aparecer com

[25] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 124.
[26] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 113.
[27] COSSIO, Carlos. La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944, p. 303.
[28] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relaçãono Direito. Op. cit., p. 53.
[29] VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. Op. cit., p. 119.
[30] VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. Op. cit., p. 141.

duas estruturas: uma norma primária dispositiva e uma norma primária sancionatória.[31] Na primeira estabelece a conduta devida e na segunda estabelece, por exemplo, a multa pelo descumprimento da obrigação devida. Tal comando é adjeto, acessório à norma primária, que tem conteúdo dispositivo (por não ter aspecto sancionatório) e terá por hipótese o inadimplemento da tese disposta no comando primário dispositivo. Não é uma norma secundária, pois tem por conteúdo relações jurídicas de direito material, não tendo em seu bojo a coercibilidade, conforme adverte Lourival Vilanova.[32] Esta sanção que tem por pressuposto o descumprimento de deveres negociais é integrante da norma primária (*e.g.*: multa pelo atraso no pagamento de conta de luz).[33]

Tem-se assim uma norma primária assim inscrita: D *(p → q). (-q → r)*. Deve-ser que dado *p,* deve-ser *q* e não dado *q,* deve-ser *r.*[34] A primeira, *(p → q),* representaria a primária dispositiva; a segunda, *(-q → r),* representaria a primária sancionatória. A segunda não seria secundária, pois a sua averiguação independe de atuação judicial. No campo penal, a norma que nos interessa é a primária dispositiva, já que a sanção penal, como a sanção cível, prevista na norma secundária é de conteúdo processual, como se verá, logo estipulada na norma secundária. Neste sentido, lição de Paulo de Barros Carvalho:

> O vocábulo "sanção" comparece aqui na sua acepção estrita, equivalente a dizer "norma jurídica em que o Estado-Juiz intervém como sujeito passivo da relação deôntica, sendo sujeito ativo a pessoa que postula a aplicação coativa da prestação descumprida. Mas há outra proporção significativa ligada a essa, qual seja, a de "sanção" como sentença condenatória, ao cabo de processo judicial e ensejadora de procedimento coativo propriamente dito.[35]

Com relação à norma primária, seu antecedente descreve um fato de possível ocorrência. O consequente que lhe é imputado descreve uma relação jurídica entre sujeitos de direito distintos, sob pena de extinção em face da confusão. Nesta relação as condutas são modalizadas em permitida, proibida ou obrigada. Há aqui o surgimento do direito subjetivo (aquele que está submetido ao poder de um sujeito), que tem por correlato um dever subjetivo. Esta relação intersubjetiva, como é cediço, dá-se entre sujeitos em torno de um objeto.

[31] Paulo de Barros Carvalho denomina-a "sanção extrajudicial". Segundo o mesmo autor, coube a Eurico de Santi a designação de norma primária dispositiva e sancionatória. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. Op. cit., p. 40.
[32] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 127.
[33] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 126.
[34] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito. In SANTI, Eurico, Marcos Diniz de. (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12-13.
[35] CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. Op. cit., p. 41.

É no consequente da norma jurídica primária dispositiva, doravante denominada de norma primária, que o direito estatui os sujeitos e titulares dos bens jurídicos, que serão tutelados pelo Estado quer por sanção cível, quer por sanção penal.

O sujeito ativo da relação jurídica aqui disposta pode ser um sujeito (pessoa física ou jurídica) determinado ou a coletividade (no caso de direitos difusos e/ou coletivos). Aqui, na norma primária, encontram-se os potenciais sujeitos passivos da conduta delineada como ilícita no antecedente da norma secundária, definidos por Cláudio Brandão como "titular do bem jurídico agredido".[36]

Também imerso na relação jurídica da norma primária encontra-se o objeto tutelado pela ordem jurídica. O objeto se apresenta sob duas facetas: objeto material e objeto jurídico. O primeiro é definido por Cláudio Brandão como pessoa ou coisa em que recai a ação delituosa (*e.g.*: no furto, o objeto material é a coisa móvel subtraída).[37] Já o segundo, na ótica do aludido autor, seria o "valor tutelado pela norma".[38] Tomando-se o exemplo do furto, o objeto jurídico tutelado seria o patrimônio.[39] No homicídio, por exemplo, o bem jurídico protegido é a vida[40] e esta decorre da norma jurídica construída a partir do enunciado prescritivo previsto na Constituição (art. 5º, *caput,* da CF/88).

As normas primárias são produzidas por enunciados de outros ramos do direito, mas são essenciais para que o Direito Penal cumpra sua função, ainda que seja a *ultima ratio* para a tutela estatal dos bens jurídicos. A inexistência de bem jurídico, implica uma das forma de crime impossível.[41]

Assim, como salienta Lourival Vilanova, o que torna jurídica uma conduta é a possibilidade de o sistema sancionar, de alguma forma, sua violação. Nada impede que um bem jurídico possua proteção na esfera penal, administrativa, civil etc.[42] Caso possua, terá conteúdo sancionatório, logo de matiz processual.

3.2. Norma secundária no âmbito penal

Segundo Lourival Vilanova, a norma secundária tem natureza de direito processual, "direito adjetivo", como prefere.[43] Ela tem por destinatário o Poder Judiciário.[44] Com relação à norma secundária, afirma que:

[36] BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. 1ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 105.
[37] BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Op. cit., p. 107.
[38] BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Op. cit., p. 107.
[39] BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Op. cit., p. 107.
[40] BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. 1 ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.
[41] BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Op. cit., p. 228.
[42] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 124.
[43] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 123.
[44] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 53.

> Na segunda, a hipótese fática, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de **exigir coativamente perante órgão estatal** a efetivação do dever constituído na norma primária". (Destacou-se)[45]

Tanto a norma primária como a secundária são necessárias. Uma dá arrimo para a outra. "A norma sancionadora pressupõe, primeiramente, a norma definidora da conduta exigida".[46] Partindo de outras premissas, mas chegando ao mesmo resultado, encontramos a contribuição de Cláudio Brandão, a seguir transcrita: "o Direito Penal ganha legitimidade quando se reveste na função de proteger bens jurídicos, por isso é uníssono na doutrina afirmar-se que tutelar os bens jurídicos é a missão do Direito Penal".[47] Enquanto Cláudio Brandão vê neste acoplamento uma questão de legitimidade, Lourival Vilanova vislumbra-o como lógico-jurídico.

Colocar no arcabouço lógico da norma penal completa tanto o aspecto do objeto jurídico como do ilícito confere unidade de sentido ao Direito Penal, pelo menos do ponto de vista lógico-sintático.

O fato de a norma secundária ter cunho processual não empurra o estudo do crime para os lindes do Direito Processual; da mesma forma, o estudo do objeto jurídico não torna a análise desse ponto estudo de Direito Civil (no caso do crime de roubo) ou de Direito Constitucional (no caso do crime doloso contra a vida). O ilícito penal é de direito material. Não possui estrutura lógica de norma, conforme construção de Lourival Vilanova; trata-se de fragmento de norma, pois atua na função de antecedente. A norma secundária, enquanto proposição completa, formada por um antecedente implicando um consequente, por se destinar ao Poder Judiciário possui natureza processual. Por outros caminhos, mas chegando a conclusões similares, encontra-se a lição de Eugénio Raúl Zaffaroni, a seguir transcrita:

> *Un discurso jurídico-penal es una elaboración intelectual que se ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leys vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar).*[48]

Comentando o texto do professor argentino, Cláudio Brandão conclui que "a

[45] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 123.
[46] Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. Op. cit., p. 111.
[47] BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Op. cit., p. 7.
[48] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En torno de la cuestión penal. Montivideo – Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 74.

dogmática procura fazer previsíveis as decisões judiciais."[49] Esta conclusão antes já esteve em Hans Kelsen, que afirma:

> A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o direito.[50]

Tomando como ponto de partida Hans Kelsen, Lourival Vilanova colocará na estrutura da norma jurídica o caráter processual de aplicação da sanção, seja cível, seja penal. Já em Zaffaroni, esta vertente constitui uma proposta ou programa político do Poder Judicial, que é, em sua ótica, governo.[51] Opta-se por Lourival Vilanova.

Cabe ao Direito Penal formular as significações normativas aptas a compor a norma jurídica, quer seja de natureza material – a primária –, quer seja de natureza processual – a secundária.

Passa-se a analisar o antecedente e o consequente da norma secundária.

a - Antecedente da norma secundária: ilícito penal

A norma secundária é formada por um antecedente e um consequente, como salientado. Cada um deles é fragmentos de normas (proposições prescritivas), que podem ser formados por outros fragmentos de normas. O ilícito penal está estipulado no antecedente da norma secundária. A sanção, no consequente.

No antecedente, encontram-se conduta(s) violadora(s) do consequente da norma primária dispositiva. Do ponto de vista lógico-sintático, o ilícito penal[52], como qualquer ilícito, aparece como *–C* (conduta contrária à estipulação do consequente da norma primária dispositiva). Como salienta Lourival Vilanova:

> O 'não', aí, é includência de elemento pertencente ao sistema de normas, que demarca o conjunto total. A antijuridicidade é opoente contrário à juridicidade, como licitude. Em termos lógicos, 'estar conforme ao direito'

[49] BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-constitucional do Direito Penal. In PRADO, Luiz Regis. (Coord.). Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, p. 122.
[50] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Op. cit., p. 395-396.
[51] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En torno de la cuestión penal. Op. cit., p. 74.
[52] Utiliza-se esta expressão ilícito penal pois não há diferença ontológica entre crime e contravenção, sendo a classificação um problema de política legislativa, tomando por critério a gravidade do delito. Neste sentido, vide Cláudio Brandão, que prefere a expressão infração penal. BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-constitucional do Direito Penal. Op. cit., p. 120.
[53] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 4ª ed., rev., atual., amp. São Paulo: RT, 2000, p.

> é equívoca: o fato ou conduta que se insere quer na norma primária, quer na norma secundária (sancionadora), ingressam em tipos normativos. Realizam o tipo na concrescência dos fatos e condutas.[53]

Em outra passagem, assevera*: "Os fatos puníveis são preenchentes dos tipos normativos* do ilícito. O crime realiza, no mundo dos fatos, a antijuridicidade punitivamente sancionada".[54]

que torna o ilícito uma categoria penal é a composição semântica das proposições que estruturam o antecedente. Aqui, o ilícito penal é categorizado como conduta típica, antijurídica e culpável.[55] O bem jurídico e o material ofendidos encontram-se no consequente da norma primária dispositiva.

Na hipótese de insignificância, por exemplo, não há crime ou porque a conduta é atípica ou porque é antijurídica, como demonstrou Ivan Luiz da Silva.[56] Quer-se dizer que as excludentes de tipicidade, de antijuridicidade, de culpabilidade devem ser aferidas para que se possa afirmar a existência ou não do antecedente da norma secundária. Adota-se aqui a posição defendida por Cláudio Brandão de que a culpabilidade integra o conceito de crime, não sendo pressuposto da pena, até porque "a pena é a *consequência jurídica do crime".*[57]

Cabe ao Direito Penal, dentre outras atribuições, o estudo dos elementos que compõem o crime, bem como aquilo que exclui determinada conduta do aludido conceito. Quer-se com isso afirmar que não configura *–C* apenas a expressão "matar alguém" (art. 121, *caput,* do CPB). Esta proposição poderá compor o antecedente da norma que irá configurar o fato jurídico ilícito denominado crime de homicídio simples, pois "matar alguém", em tese, configura ato contra a vida, bem jurídico tutelado pela ordem jurídica, mediante uma norma primária que logicamente antecede a norma secundária. A norma primária, que a antecede, como já afirmado, no caso do homicídio, tem natureza constitucional, pois lá se encontram as disposições e condições que estipulam o direito à vida.

Até aqui se analisou um dos fragmentos da norma secundária, o antecedente. Passa-se ao consequente.

b - Consequente da norma secundária: a sanção

A sanção vem a ser a estipulação de uma consequência para o ilícito, no caso penal, a pena. Estudado isoladamente, é um capítulo do Direito Penal, mas no arcabouço

[54] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Op. cit., p. 301.
[55] BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Op. cit., p. 12.
[56] SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2004, p. 164-165.
[57] BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Op. cit., p. 14.

normativo é elemento compositivo de norma secundária sancionatória, logo se trata de norma de caráter processual. Para isso se toma a estipulação de Carlos Cossio, que assim demarca a estrutura da norma jurídica completa:

> *Dado un hecho con su determinación temporal (1), debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien (5) – endonorma –; o (6) si es la no prestación (7), debe ser (2) la sanción (8) a cargo de un órgano obligado (9) por la pretensión de la comunidad (10) – perinorma.*[58]

Dando-se ênfase à norma sanção, percebe-se que esta se encontra a cargo de um órgão estatal apto a aplicá-la. "O que destaca a sanção jurídica é a sua previsibilidade típica e a possibilidade do uso da coação organizada (através de órgão jurisdicional) pra fazer valer as obrigações principais e as obrigações secundárias."[59] Assim, é o Judiciário o órgão destinatário da norma sancionatória, não só no âmbito penal. Acrescente-se, ainda, que a pena, malgrado prevista de forma hipotética no texto da lei penal, é apenas parâmetro a ser mensurado pelo magistrado, em caso de condenação. Cabe ao Poder Judiciário reconhecer o *–C* e aplicar a sanção cabível, uma vez constatado judicialmente, mediante a observância do devido processo legal, no caso brasileiro, o crime. Ademais, só haverá condenação após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme imperativo constitucional (art. 5º, LVII, da CF/88).

Fica estabelecido que, apesar de o Direito Penal definir o crime e até as modalidades de pena, dentre outras categorias, é no devido processo legal que a norma secundária toma forma, pois pressupõe a atuação judicial, no caso pátrio. É necessária a norma processual penal para aferir a ilicitude penal da conduta, estipulando a pena. No cível, por exemplo, a constatação da ilicitude da norma primária sancionatória não necessita de manifestação judicial. A exigência do processo, no cível e no penal, só ocorrerá quando da atuação da norma secundária. Por esta razão, é possível afirmar que, no cível, a norma secundária também tem natureza processual, tal qual no penal.

A inexistência de parâmetro legal para a pena implicará inexistência de norma penal sancionatória, pois sem o efeito, não há sentido para a causa.[60] Corta-se a cadeia implicacional deôntica que possibilita o surgimento da norma (dado -C, deve-ser S). Como o crime (-C) é a causa da pena (S), se esta não existe, as proposições construídas pelo Direito Penal acerca do crime não encontrará a cópula para formulação na norma que se destina. É uma causa insuficiente, proposição prescritiva sem-sentido deôntico.

Acresça-se ainda que, no direito brasileiro, a ação penal é veiculada por órgão

[58] COSSIO, Carlos. La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad. Op. cit, p. 191.
[59] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 113.
[60] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25-27.

estatal, em regra, ou pela parte interessada (ação penal privada). Não há uma atuação *ex officio,* do Poder Judiciário, salvo na aplicação da pena.

A construção da norma penal completa pressupõe do teórico do direito tramitação em diversas searas da ciência do direito. Por esta razão, a teoria da norma é um capítulo da Teoria Geral do Direito e da Lógica Jurídica, já que sua aplicação vai além da quadra particular de uma disciplina jurídica específica.

3.3. Norma penal completa

Partindo da premissa estipulada por Lourival Vilanova, de que a norma jurídica é aquela formada por duas estruturas hipotéticas unidas pelo disjuntor ou, podemos afirmar, no âmbito penal, que esta pode ser escrita da seguinte forma: D (A → C) v (-C → S). Saturando as constantes, com as tintas do Direito Penal, tem-se: Deve-ser que dado o fato de alguém, ser humano, nascer com vida (A), deve-ser (→) o dever de todos respeitar-lhe a integridade física, não lhe causando ferimento que o leve à morte (C); (v) ou tendo Tício, de forma típica, antijurídica e culpável causado a morte de Nécio[61] (-C), deve-ser a pena de 7 anos de prisão, aplicada pelo Estado Juiz ao agente, respeitadas as regras do devido processo legal, mediante decisão transitada em julgado que reconheça a existência do antecedente da norma secundária (-C). Eis o arcabouço de uma norma penal completa para o crime de homicídio.

Nesse contexto, o Direito Penal fornece ao aplicador as significações aptas para o Poder Judiciário formular a norma penal completa.

Com isso se pode montar, de forma interdisciplinar, ainda que formalmente, a estrutura normativa regulada pelo Direito Penal, categoria jurídica encarregada de proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade.

4. Conclusão

A proposta lançada na introdução foi analisar, a partir da contribuição de Lourival Vilanova, como a norma penal completa se manifestaria. Percebeu-se, levando-se às últimas consequências a visão processual da norma secundária, que o crime acaba por compor a norma destinada ao Poder Judiciário, que se encarrega de defini-lo no caso concreto, aplicando a sanção construída a partir dos parâmetros fixados na lei.

Graças a este estudo, mediado pelas lições daquele que, possivelmente, é um dos maiores filósofos do direito que o Brasil, no século XX , produziu – Lourival Vilanova –, é possível lançar as seguintes notas conclusivas:

1 - O texto da lei é o suporte físico. A norma, a significação que o intérprete/aplicador

[61] Ser humano.

constrói a partir da leitura dos textos de direito positivo.
2 - A significação tem por destinatários campos específicos da realidade. Eis o significado: vetor direcional que a significação ou o sentido aponta.
3 - A norma jurídica é uma significação complexa. Possui unidade lógico-sintática. Formalmente pode-se representá-la: "Deve-ser que dado A, deve-ser C ou, não-C, deve-ser S". Nela se encontram inúmeras significações construídas, muitas vezes, com diversos textos de lei. Cada parcela componente da norma são proposições ou significações denominadas de fragmento de norma. Decodificando: A= antecedente; C= consequente; não-C= descumprimento da estipulação no consequente; S= sanção.
4 - As constantes A e C, são, respectivamente, o antecedente e o consequente da norma primária. Não-C e S são, respectivamente, o antecedente e o consequente da norma secundária.
5 - Lourival Vilanova opta por uma norma jurídica completa de natureza bimembre.
6 - A norma primária prescreve a conduta devida. A norma secundária reprime o descumprimento da conduta estipulada no antecedente.
Normativamente, a conduta é modalizada no consequente da norma em permitida, proibida ou obrigada. Eis os modais deônticos.
7 - Tem natureza de direito material a norma primária, e processual a norma secundária. A norma primária pode se desmembrar em duas: primária dispositiva e primária sancionatória. Para o estudo da norma penal, a norma primária será tomada apenas como a dispositiva.
8 - A norma primária estabelece o objeto jurídico e material tutelado pela esfera penal, além do sujeito titular do bem da vida protegido, pela norma penal. Este será, no antecedente da norma penal, o sujeito passivo da conduta delituosa.
9 - As normas primárias são produzidas por proposições construídas a partir de textos de direito positivo não penais. Entretanto, sua formulação é necessária para estipulação do antecedente da norma penal sancionatória.
10 - O acoplamento entre a norma primária e a secundária é visto por Lourival Vilanova como necessidade lógica. Já Cláudio Brandão vislumbra-o no âmbito penal, como imperativo de legitimidade.
11 - Compete ao Direito Penal a proteção dos bens jurídicos mais valiosos da sociedade. Ele é quem fornece as proposições que irão compor a norma secundária.
12 - A norma secundária tem natureza processual, pois destinada ao Poder Judiciário. Esta distinção tem escopo político, na visão de Raul Zaffaroni e lógico-jurídico, na visão de Lourival Vilanova.
13 - O antecedente da norma secundária (-C) estipula o crime, aqui visto como conduta típica, antijurídica e culpável. Matéria objeto do Direito Penal.
14 - O consequente estabelece a sanção penal. Esta vem a ser a consequência jurídica do ilícito previsto no antecedente. Aqui também é disciplina afeta ao Direito Penal.
15 - A não estipulação legal de pena implicará um sem-sentido deôntico, pois não existe

norma sem consequente.

16 - Neste contexto, o Direito Penal fornece ao aplicador as significações aptas para o Poder Judiciário formular a norma penal completa.

17 - A cópula do antecedente (-C) e do consequente (S) sob a forma lógico-deôntica faz eclodir a norma secundária de natureza processual destinada ao Poder Judiciário.

18 - Neste sentido, pode-se escrever a norma jurídica completa da seguinte forma: D (A C) v (-C S). A primeira descreve a conduta lícita devida. A segunda pune o descumprimento da conduta estipulada no consequente da norma primária (-C), mediante o respeito ao devido processo legal.

Aqui concluo minha singela homenagem ao querido Professor Dilmar. Não é um ponto final. Conclusões não fecham portas, abrem horizontes. Meu agradecimento ao mestre que com dedicação soube conduzir gerações de alunos ao estudo sério do direito. O meu muito obrigado, Professor. Somos os frutos que semeastes neste nosso mundo.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 11ª. ed., autal. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto, Teoría General do Derecho. Trad. de Jorge Guerrero R. 2. edição, 2. reimp. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. 1ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____ . Teoria Jurídica do Crime. 1 ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____ . Significado Político-constitucional do Direito Penal. In PRADO, Luiz Regis. (Coord.).

Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros, Direito Tributário Fundamentos Jurídicos da Incidência. 4. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ . Curso de Direito Tributário. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSSIO, Carlos. La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. Iura Novit Cúria y Aplicación Judicial del Derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000.

IVO, Gabriel. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. 2ª ed., rev., aum. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____ . Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito. In SANTI, Eurico, Marcos Diniz de. (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Beclaute Oliveira. A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial. Salvador: Juspodivm, 2007.

VILANOVA, Lourival. Níveis de Linguagem em Kelsen. In Escritos Jurídicos e Filosóficos. São Paulo: Axis Mvndi e IBET, 2003.

_____ . As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____ . Causalidade e Relação no Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____ . Causalidade e Relação no Direito. 4ª ed., rev., atual., amp. São Paulo: RT, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En torno de la cuestión penal. Montivideo – Buenos Aires: BdeF, 2005.

Transferência de pessoa condenada entre Estados

Paula Ritzmann Torres

Introdução: criminalidade transnacional e aumento da população carcerária estrangeira

Não é recente a constatação de que os limites territoriais à jurisdição estatal impõem a rediscussão da relação entre o direito internacional e o direito interno[1]. A globalização e a livre circulação de pessoas, bens, serviços e informações tornaram os fatos transnacionais parte do cotidiano. A prática de crimes e a sua persecução também evoluíram com a fluidez de fronteiras, multiplicando-se os delitos transnacionais e a criminalidade globalizada.

A realidade transfronteiriça maximizou a necessidade de se obter ajuda entre Estados na adoção de providências essenciais à prestação jurisdicional interna[2]. Nesse contexto, a cooperação jurídica internacional operacionaliza demandas que dependem da realização de atos em outros Estados, sendo impossível negar a sua relevância e utilidade, sob pena de inviabilizar a persecução penal e isolar o Brasil no contexto global de repressão ao crime internacional.

Parte do tema está na moda: mandado internacional de captura de fugitivos, extradição, cooperação para obtenção de provas e transferência de processos e de execução da pena são alguns exemplos da utilização atual da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

O outro lado, menos conhecido, da cooperação jurídica internacional penal é a sua utilização para atos que ocorrem posteriormente à persecução penal.

Com o aumento da população carcerária, os dilemas que envolvem a execução da pena de estrangeiros ganham maior repercussão. No Brasil, é indiscutível a necessidade de melhoria das condições dos presídios, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347 (2015) reconhecido *o estado de coisas inconstitucion*al na

[1] Este artigo é uma versão revisada e atualizada do artigo "Transferência de Pessoa Condenada: Resistência à cooperação jurídica internacional na execução da pena", que integra a obra "PEREIRA, Antônio Alves Celso. (Org.). A expansão sistêmica do Direito Internacional: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes. 1ed.Belo Horizonte: Arraes, 2023, p. 801-819".

[2] MCCLEAN, David. International co-operation in civil and criminal matters. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 149 e ss. Também, MENEZES, Wagner. Cooperação jurídica internacional e seus paradoxos. In: CARVALHO RAMOS, André de; MEZENES, Wagner (orgs.). Direito Internacional Privado e a nova cooperação jurídica internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 17-52.

situação do sistema penitenciário, caracterizado pela "violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária"[3].

O panorama atual impõe uma gestão diferenciada do sistema prisional em prol da integridade física e dos demais direitos humanos dos presos. O tema ganhou contornos ainda mais dramáticos com a pandemia global do COVID-19, de elevado risco epidemiológico sobretudo em ambientes em que não se adotam as apropriadas medidas de higiene, segurança e distanciamento social. A aglomeração de pessoas e a insalubridade das instalações, aliadas à elevada transmissibilidade do vírus, favoreceram a sua propagação em estabelecimentos prisionais, colocando os detentos em situação de especial vulnerabilidade.

O aumento da população carcerária estrangeira – decorrência da circulação internacional de pessoas, dos fluxos migratórios e da multiplicação das famílias transnacionais – agrega um novo tópico à complexa discussão sobre os direitos das pessoas presas no Brasil. Segundo levantamentos feitos pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, em junho de 2023 havia 2.316 estrangeiros no sistema prisional brasileiro[4].

Já o número total de transferências realizadas entre 1998 e 2017 não é proporcionalmente significativo: foram transferidos 150 estrangeiros do Brasil para outros Estados e 171 presos foram transferidos do exterior para cumprimento de pena no Brasil[5].

Os números aumentaram um pouco nos últimos anos. Em 2018, 48 pedidos ativos, sendo 8 efetivados e 26 pedidos passivos, sendo 8 efetivados; Em 2020,foram 68 pedidos ativos, sendo 15 efetivados e 17 pedidos passivos, sendo 9 efetivados; em 2022, foram 54 pedidos ativos, sendo 11 efetivados e 9 pedidos passivos, sendo 2 efetivados. Em 2024, os números aumentaram um pouco: foram 83 pedidos ativos e 8 pedidos passivos (sem, todavia, informação de transferências efetivadas)[6].

Analisando as estatísticas, questiona-se: os números refletem a falta de interesse na transferência, impedimento burocrático, inviabilidade prática da efetivação do pleito ou mero desconhecimento? A pergunta não apresenta uma resposta pronta, tornando oportuno o estudo sobre esta espécie cooperacional de cunho humanitário.

[3] STF, ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015.

[4] SISDEPEN. Relatório de informações penais - RELIPEN 1º semestre 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semestre-de-2023/relipen . Acesso em: 19.3.2025.

[5] GUERRERO, Hermes Vilchez. A transferência da execução penal para o país do condenado. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

[6] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ESTATÍSTICAS ANUAIS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/indicadores . Acesso em: 19.3.2025.

1. De volta às origens: o surgimento da cooperação jurídica internacional em matéria penal em prol do preso estrangeiro

A preocupação com os direitos dos presos estrangeiros na execução da pena, faz parte da tendência contemporânea de centralidade do ser humano como sujeito interno e internacional de direitos humanos, que impulsionou o desenvolvimento dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos[7].

O artigo 10.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592/1992, estipula o tratamento com humanidade ao preso e o objetivo de reabilitação da pena.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no Brasil pelo Decreto n. 678/1992, prevê, em seu preâmbulo, que os direitos essenciais do homem possuem como fundamento os atributos da pessoa humana independentemente do fato de ser nacional de determinado Estado. O artigo 5.6 dispõe que "as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados" e o artigo 17 prevê o direito de proteção da família como elemento fundamental da sociedade.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (*Regras Nelson Mandela*), norma com natureza *soft law*[8], reitera o princípio da humanidade na execução da pena (convívio familiar mínimo) e reafirmam que o atendimento aos objetivos do cumprimento da pena depende da reintegração dos presos à sociedade após sua soltura (Regra 4).

Entre os órgãos internacionais de supervisão e controle do respeito aos direitos humanos, o Comitê de Direitos Humanos possui Comentário Geral do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Comentário n. 21) especificamente sobre o tratamento com humanidade aos indivíduos privados de liberdade, no qual se enfatiza a função ressocializadora da pena.

A própria Corte Internacional de Justiça possui precedentes relacionados à violação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares no contexto de prisão, condenação e execução de estrangeiros em violação às regras de assistência consular - casos *Breard* (Paraguai vs. Estados Unidos, 1998)[9], *LaGrand* (Alemanha vs. Estados Unidos, 2001)[10] e *Avena* (México vs. Estados Unidos, 2004)[11].

[7] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111.

[8] Sobre o conceito de soft law, JACQUÉ (1991, p. 389) anota que: "Si les règles de soft law ont leur importance propre sur le plan politique et jouent un rôle dans le processus coutumier, elles ne doivent pas être considérées comme faisant partie du droit positif en tant que normes juridiques. Les modèles de comportement qui ne sont pas obligatoires ne sauraient entrer dans le champ juridique comme le montre la discussion sur les actes non obligatoires".

[9] CIJ, Caso da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai vs. Estados Unidos), julgamento de medidas provisórias em 09 de abril de 1998.

[10] CIJ, Caso LaGrand (Alemanha vs. Estados Unidos), julgamento de 27.6.2001.

[11] CIJ, Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos), julgamento de 31.3.2004.

Em âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável por realizar controle de convencionalidade à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, examinou casos que, indiretamente, relacionam-se com a prisão de estrangeiros. As garantias na prisão cautelar foram objeto dos casos *Acosta Calderon vs. Equador (2005)*[12] *e Mulheres vítimas de tortura sexual vs. México* (2018)[13], os direitos do preso à luz do artigo 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos foram analisados no caso *Tibi vs. Equador* (2004)[14] e a extradição foi o tema central do caso *Wong Ho Wing vs. Peru* (2015).[15]

Na jurisprudência brasileira, destaque merece ser dado para decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que proíbem tratamento discriminatório ao estrangeiro, especialmente em relação as garantias processuais penais e aos direitos básicos da execução penal[16],[17].

Percebe-se que a situação dos presos estrangeiros ultrapassa a dificuldade linguística, cultural, política, econômica e religiosa, abarcando a ausência de assistência jurídica adequada, a falta de isonomia de tratamento e a discriminação frente ao preso nacional.

Entre os principais problemas enfrentados estão: (i) discriminação institucional, com a recusa de pedidos de saída temporária e livramento condicional; (ii) diferenças étnico-culturais e barreiras de comunicação delas decorrentes; e (iii) fatores socioeconômicos[18] .

Além do estigma social, o preso estrangeiro possui maior dificuldade na progressão de regime de cumprimento da pena, que é associada a realização de trabalho lícito e a existência de vínculos com a comunidade; e, finda a pena, o estrangeiro é expulso do Estado (artigo 54 e seguintes da Lei de Migração).

Assim, passou-se a questionar se a ressocialização pode ser atingida quando o

[12] CORTE IDH, caso Acosta Calderon vs. Equador, exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 24.6.2005.

[13] CORTE IDH, caso Mulheres vitimas de tortura sexual vs. México, Exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 28.11.2018.

[14] Corte IDH, Caso Tibi vs. Equador, Exceções preliminares, mérito, reparação e custas, sentença de 7.7.2004, em especial parágrafo 154.

[15] Corte IDH, Caso Wong Ho Wing vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 30.6.2015.

[16] A título de exemplo citam-se os seguintes precedentes: STF, HC 94016. 2a Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 16.09.2008; STF, HC 97.147. 2a Turma, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, j. em 04.08.09. STJ, HC 217149, 6a Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 16.08.2012.

[17] No julgamento do Habeas Corpus n. 186490 (2011), em se discutia constrangimento ilegal decorrente do indeferimento de livramento condicional a estrangeiro exatamente pela sua condição de estrangeiro, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura consignou em seu voto que "na execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena". STJ, HC 186490, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 15.12.2011.

[18] MACHADO, Vitor Gonçalves; RIBEIRO NETO, Pedro Machado. Presos estrangeiros no Brasil e o problema da seletividade penal. In: Derecho y Cambio Social, ISSN-e 2224-4131, Año 11, No. 35, 2014, p. 15-16.

condenado cumpre pena em Estado com o qual não possui vínculos sociais, culturais e familiares; e pior, ao qual, cumprida a pena, não será reintegrado, mas, ao contrário, expulso e proibido de reingressar (por certo período)[19].

Nesse panorama, deve existir, ao lado da cooperação jurídica internacional para combater o crime, uma "consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria"[20].

Vários motivos impulsionaram a criação e desenvolvimento de um instituto jurídico específico para possibilitar o translado de um indivíduo que cumpre pena em um Estado para que o faça no Estado de sua nacionalidade, residência habitual ou vínculo pessoal.

O *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas enfatiza a importância da transferência de pessoas condenadas para fins de reabilitação, ressocialização e reintegração, questões humanitárias, efetividade no cumprimento da pena, cooperação internacional, relações internacionais e questões práticas[21].

Ênfase é dada para o fato de que ressocialização do condenado possui mais possibilidades de ser atingida se dada ao condenado a possibilidade de cumprir pena no Estado de sua nacionalidade ou residência. A realidade contemporânea das famílias transnacionais demanda a cooperação em prol do desenvolvimento familiar e a evolução na interpretação de dispositivos legais tradicionais de cooperação jurídica internacional.

A relevância do instituto da transferência de pessoa condenada decorre da sua relação com a implementação do direito ao convívio familiar, liberdade e integridade física, além da vedação a penas cruéis e degradantes.

Essa espécie cooperacional também abarca direitos procedimentais específicos que devem ser garantidos durante o procedimento de transferência de pessoa condenada (conforme será visto abaixo), além das garantias processuais penais gerais a todos os procedimentos, as quais incluem o direito obter informações sobre o procedimento de transferência, de ter tradutor e assistência jurídica no Estado recebedor.

[19] CASTILHO, Henrique de Castro. Transferência internacional de presos: medida de cooperação entre Estados ou direito fundamental do sentenciado? In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 23, no 266, jan. 2015, pp. 12-13.

[20] GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: Revista Forense, v. 373, mai-jun 2004, pp. 03-18, cit. p. 03.

[21] UNDOC. Handbook on International Transfer of Sentenced Persons. United Nations. Nova York, 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/TransferofSentenced PersonsEbookE.pdf . Acesso em: 30.02.2025. Para uma visão crítica sobre o efeito de reabilitação da transferência de pessoa condenada, ver DE WREE DE WREE, Eveline; VERMEULEN, Gert; VANDER BEKEN, Tom. The Transfer of Sentenced Persons in Europe. Much Ado About Reintegration. Punishment and Society, 11(1), 2009, pp. 111-128; MONTALDO, Stefano. Offenders' rehabilitation and the cross-border transfer of prisoners and persons subject to probation measures and alternative sanctions: a stress test for EU judicial cooperation in criminal matters. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 2, mai-ago, 2019, pp. 925-960.

Sendo tais direitos previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é necessário conhecer e estimular a utilização da transferência de estrangeiros que desejam cumprir pena no Estado com o qual possuem maiores vínculos, não se admitindo, na linha dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que normas e ações internas sejam utilizadas como justificativa para o não cumprimento de obrigação internacionalmente imposta[22].

2. Regulação múltipla da transferência de pessoa condenada

A transferência de pessoa condenada é instituto recente, decorrente da globalização e pressupõe a interação de fontes internacionais e nacionais.

Entre as fontes internacionais, os primeiros tratados sobre o tema são o tratado bilateral entre Líbano e Síria, em 1951, o Acordo de Helsinque entre Finlândia, Islândia, Noruega e Dinamarca, em 1963 e os Tratados entre Estados Unidos e México e entre Estados Unidos e Canadá, ambos em 1977[23].

Na década de 1980, a transferência de pessoas condenadas ganhou maior impulso, a partir de iniciativas europeias e da ONU. Em 1983, entrou em vigor o Tratado europeu de transferência de pessoas condenadas, o qual, além de membros europeus, admite a adesão de outros Estados, sendo, até hoje, considerado o principal tratado internacional na temática. Ainda, em 1985, durante o 7o Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Crimes e Tratamento de Delinquentes, foi adotado o *Model Agreement on the Transfer of Foreign Prisoners and Recommendations on the treatment of foreign prisoners,* que contém o modelo para elaboração de tratados bilaterais e multilaterais em matéria de transferência de pessoas condenadas[24].

Atualmente, coexistem vários regimes internacionais (em âmbito multilateral global, regional e em nível bilateral) de transferência internacional de pessoa condenada dos quais o Brasil é parte.

Em nível global, a transferência de pessoas condenadas por crimes específicos é autorizada no artigo 17 da Convenção de Palermo contra o crime organizado transnacional (internalizada pelo Decreto 5.015/2004), no artigo 12 da Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (internalizada no Decreto nº 154/1991) e no artigo 30 da Convenção de Mérida das Nações Unidas contra a Corrupção

[22] A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é assente em afirmar que o Direito Internacional vê o Direito Interno como mero fato, que não pode ser utilizado como obstáculo ao cumprimento de obrigação internacionalmente imposta. CORTE IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 18 de setembro de 2003; CORTE IDH, caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006.

[23] WIECKO VOLKMER DE CASTILHO, Ela. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 71, mar/abr 2008, pp. 233-249.

[24] Para mais detalhes sobre a evolução histórica dos tratados sobre a transferência de pessoas condenadas, ver MIOTTO (1986, pp. 119-141) e GUERREIRO (2017, p. 33-41).

(internalizada no Decreto nº 5.687/2006).

Em nível regional, o tema é objeto de disciplina específica na Convenção Interamericana de Manágua sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (internalizada pelo Decreto 5.919/2006), na Convenção de Praia sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (internalizada no Decreto n. 8.049/2013) e no Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul (internalizado no Decreto n. 8.315/2014). Recentemente, o Brasil ratificou a Convenção do Conselho da Europa relativa à Transferência de Pessoas Condenadas (Decreto nº 12.056/2024)[25].

Ademais, o Brasil ratificou, até o momento, 20 tratados bilaterais, especificamente sobre transferência de pessoa condenada com: Argentina (Decreto nº 3.875/2001), Bélgica (Decreto nº 9.239/2017), Bolívia (Decreto nº 6.128/2007), Canadá (Decreto nº 2.547/1998), Chile (Decreto nº 3.002/1999), Espanha (Decreto nº 2.576/1998), Índia (Decreto nº 9.900/2019), Lituânia (Decreto nº 11.741/2023), Japão (Decreto n. 8.718/2016), Marrocos (Decreto nº11.613/2023), Panamá (Decreto nº 8.050/2013), Paraguai (Decreto nº 4.443/2002), Peru (Decreto nº 5.931/2006), Polônia (Decreto nº 9.749/2019), Reino dos Países Baixos (Decreto nº 7.906/2013), Reino Unido (Decreto nº 4.107/2002), Suíça (Decreto nº 11.519/2023), Suriname (Decreto nº 8.813/2016), Turquia (Decreto nº 9.752/2019) e Ucrânia (Decreto nº 9.153/2017).

Nos casos em que o Brasil não possui tratados, a transferência de pessoa condenada pode ser solicitada com base no tradicional princípio da promessa de reciprocidade entre Estados.

Contrastando com a regulamentação internacional do tema, a transferência de pessoa condenada não possuía, até pouco tempo, regramento específico no Brasil. Após a edição de capítulo específico no Código de Processo civil sobre Cooperação Jurídica Internacional (artigos 26 a 41), a Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), passou a disciplinar as medidas de cooperação jurídica internacional, entre as quais, em seção própria, a transferência de pessoa condenada (artigos 103 a 105).

O tema foi complementado, ainda, pelo Decreto 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração e pela Portaria do Ministério da Justiça n. 89/2018, que estabelece os procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos pedidos ativos e passivos de transferência de pessoas condenadas no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

3. Sistematizando a transferência de pessoa condenada: fundamentos e requisitos

A transferência internacional de pessoas condenadas é uma ferramenta de

[25] Embora a Convençãorelativa à Transferência de Pessoas Condenadastenha sido elaborada sob os auspícios do Conselho da Europa, o seu art. 19 admite a adesão por Estados não membros.

cooperação jurídica internacional em matéria penal de cunho também humanitário que facilita a reabilitação social do condenado, garantindo efetividade no cumprimento de um direito fundamental ao operacionalizar o retorno ao seu Estado de origem para cumprimento da sentença penal.

A transferência de pessoa condenada não se confunde com outros institutos de cooperação jurídica internacional. Se distingue da deportação e da expulsão, que se caracterizam como medidas unilaterais do Estado visando a retirada de estrangeiro do seu território. Difere da transferência de processos, em que um caso é transferido para outro Estado, que processa e julga o réu em seu lugar. Se diferencia, ainda, da Transferência de execução da pena, prevista no artigo 100 da Lei de Migração e que propicia o deslocamento da execução penal para o Estado em que a pessoa evadida se encontra pela impossibilidade de extradição para o Estado em que foi condenada[26].

A transferência de pessoa condenada também se diferencia da extradição, que objetiva a captura de pessoa que não quer se submeter, espontaneamente, à justiça de um Estado. Todavia, a transferência de pessoa condenada pode ser uma condição para a extradição: extradita-se com a condição de que, em caso de condenação, proceda-se a transferência de pessoa condenada para cumprimento de pena no Estado de origem[27].

O caráter distintivo da transferência de pessoa condenada relaciona-se ao seu objetivo primordial ser melhorar a qualidade de vida do preso estrangeiro e, apenas de modo secundário, atender aos interesses do Estado da persecução penal[28].

Tendo em vista exatamente o seu caráter humanitário, a transferência de pessoa condenada possui, ao menos teoricamente, ampla aplicabilidade. Não havendo restrição expressa a uma espécie específica de pena, não se vislumbra óbice à possibilidade da sua incidência tanto em casos de transferência de pena privativa de liberdade, como de pena restritiva de direitos, medida de segurança e medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Partindo da análise estruturalista da cooperação jurídica internacional[29], a transferência de pessoa condenada é uma espécie cooperacional que utiliza o canal de comunicação da autoridade central (quando há previsão em tratado) ou a via diplomática

[26] Para a distinção entre transferência de pessoa condenada, transferência de processos, transferência de execução da pena e extradição, ver MENDONÇA, Andrey Borges de. Cooperação internacional no processo penal: A transferência de processos. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 131-156.

[27] BASSIOUNI, M. Cherif. International extradiction. United States Law and Practice. 6a ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 110- 114.

[28] Nesse sentido, também, ABADE, Denise Neves. Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245-246.

[29] Defendida, entre outros, por CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 456 e seguintes; e ABADE, Denise Neves. Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

(nos casos de promessa de reciprocidade), para transmitir, por meio do instrumento do procedimento de transferência de pessoa condenada, o pedido de transferência de pessoa condenada.

O pedido pode ser classificado em ativo (quando um brasileiro condenado no exterior solicita transferência para o Brasil) e passivo (quando um estrangeiro condenado no Brasil solicita transferência para o exterior). Com base nessa classificação, denomina-se de Estado remetente aquele que transfere o preso e de Estado recebedor aquele que o recebe.

O rol de legitimados ativos para a solicitação do pedido de transferência é amplo. A requisição pode ser feita pelo próprio condenado, cônjuge, parente, advogado, defensor, ou outra pessoa que saiba do interesse da pessoa condenada em ser transferida para o seu Estado de origem.

Os requisitos para a transferência estão previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e espelhados no artigo 104 da Lei de Migração, podendo ser divididos, para fins didáticos, em subjetivos e objetivos.

São requisitos subjetivos: (i) nacionalidade, residência habitual ou vínculo pessoal com o Estado para o qual pleiteia transferência; (ii) manifestação expressa de vontade do condenado em ser transferido; (iii) concordância de ambos os Estados na transferência.
Quanto ao primeiro requisito, a maioria dos tratados bilaterais restringe a transferência de pessoa condenada aos nacionais do Estado recebedor. Alguns tratados admitem que seja o Estado recebedor também o local de residência habitual do preso, a exemplo do Tratado Bilateral com Reino Unido.

A Recomendação 1527 (2001) do Conselho da Europa, sobre a recém ratificada Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas afirma que o requisito da nacionalidade deve ser interpretado de forma ampla[30].

De fato, não se sustenta a limitação ao requisito da nacionalidade para a transferência, especialmente nas situações em que a nacionalidade é concedida seguindo o critério do *ius sanguinis,* devendo ser adotado parâmetro mais amplo, que contemple nacionais e estrangeiros com residência permanente no Estado recebedor[31]. Tal postura mais flexível foi adotada no inciso I, do artigo 104 da Lei de Migração.

O segundo e terceiro requisitos subjetivos versam sobre o chamado *princípio do consentimento.* Diferentemente do que ocorre nas demais espécies cooperacionais, na

[30] CONSELHO DA EUROPA. Recommendation 1527 (2001). Operation of the Council of Europe Convention on the Transfer of Sentenced Persons – critical analysis and recommendations. Disponível em: http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xNjkyOSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZ WlkPTE2OTI5 . Acesso em: 30.02.2025.

[31] PUGLIESE, Yuri Sahione. Assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro. São Paulo: LiberArts, 2015, p. 100.

transferência de pessoa condenada prepondera a vontade do indivíduo em detrimento da vontade dos Estados envolvidos - sem o consentimento do sentenciado a transferência não se operacionaliza[32].

Todavia, prevalece o entendimento de que não há um direito subjetivo do preso a transferência, sendo necessário um *consentimento tríplice* para a operacionalização da transferência de pessoa condenada (do estrangeiro, do Estado remetente e do Estado recebedor).

Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Serce vs. Romênia* (2015), entendeu que a negativa de transferência pelo Estado remetente não caracteriza violação ao artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (direito ao respeito pela vida privada e familiar), na medida em que os tratados de transferência de pessoa condenada não concedem ao sentenciado um direito *per se* a transferência[33].

A Lei de Migração parece seguir a mesma tendência ao estipular, no inciso IV do artigo 104, que a transferência depende da "concordância de ambos do Estados". Na prática, os motivos estatais para a autorização ou negativa de transferência perpassam a reabilitação social, a gravidade do crime, o estado de saúde da pessoa condenada, os laços familiares e sociais com o Estado recebedor e as condições de segurança e do sistema penitenciário.

A despeito da inegável discricionariedade do Estado, a adoção de uma postura excessivamente soberanista pode causar um distanciamento da visão contemporânea da cooperação jurídica internacional dinâmica e pautada no reconhecimento mútuo e na confiança na circulação internacional de sentenças.

Já os requisitos objetivos da transferência de pessoa condenada são: (i) o trânsito em julgado da sentença condenatória; (ii) a duração mínima da pena remanescente; (iii) a dupla tipicidade do fato que originou a condenação.

A Lei de Migração não admite a transferência de pessoa condenada para a execução provisória de pena, sendo expressa a necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, o conceito de decisão final previsto em tratados dos quais o Brasil faz parte (a exemplo da leitura conjunta dos arts. 1º e 3º da Convenção Interamericana de Manágua sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior)[34] pode

[32] CASTILHO, Henrique de Castro. Transferência internacional de presos: medida de cooperação entre Estados ou direito fundamental do sentenciado? In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 23, no 266, jan. 2015, pp. 12-13.

[33] CEDH, Serce vs. Romenia (Application no. 35049/08), julgamento de 30 de junho de 2015. Especificamente sobre os detalhes do caso Serce vs. Romênia da Corte Europeia de Direitos Humanos, ver MUJUZI, Jamil Ddamulira. The Transfer of Sentenced Persons Between European Countries and the Protection of the Right to Family Life: A Comment on Serce v Romania (Application no. 35049/08) (30 June 2015). In: European Criminal Law Review, v. 6, 3/2016, pp. 308-320.

[34] Os referidos artigos da Convenção de Manágua dispõem que: artigo 1.3: "Sentença: a decisão judicial definitiva mediante a qual se imponha a uma pessoa, como pena pela prática de um delito, a privação da liberdade ou a restrição da mesma, em regime de liberdade vigiada, pena de execução condicional ou outras

causar alguma controvérsia nos casos de transferência ativa em que o Estado remetente admite o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Quanto ao prazo remanescente de pena a autorizar a transferência, o cálculo é feito na data do pedido de transferência e a maioria dos tratados estipula o mínimo de seis meses ou um ano a ser cumprido, tal qual faz a Lei de Migração (artigo 104, III).

Ainda, o fato que originou a condenação deve constituir infração penal perante a lei tanto do Estado remetente quanto do Estado recebedor. Sobre o tema, aplica-se a mesma lógica da dupla incriminação vigente na extradição, o que demanda a correspondência da natureza criminal em ambos os Estados, pouco importando a nomenclatura jurídica a ele atribuída[35].

Apesar de constar como previsão convencional e legal, discute-se a flexibilização da exigência da dupla tipicidade. Em âmbito europeu, a já citada Decisão-Quadro 2008/909/JHA do Conselho da Europa (2008) listou condutas que dispensam a dupla incriminação. Ademais, por questões humanitárias, em determinadas situações, mesmo inexistindo a dupla incriminação, um Estado pode preferir que o seu nacional seja transferido para cumprir pena no seu Estado de origem.

Finalmente, mesmo não constando como requisito explicito à transferência de pessoa condenada, todo o processo de transferência deve ser analisado à luz do respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais do sentenciado previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

4. Pluralismo de ordens jurídicas no sistema de execução da pena: suspeitas e certezas

A transferência de pessoa condenada estabelece um *sistema híbrido* na execução penal. A pena é imposta no Estado remetente e a execução é regida pelas regras do Estado recebedor, inclusive quanto às formas de extinção de punibilidade.

Abade resume esse ponto em dois princípios: (ii) *princípio do respeito à sentença,* que impede novo julgamento ou alteração da pena imposta pelo Estado recebedor; e (ii) *princípio da execução local ou da conversão da condenação,* que estipula aplicar-se a execução os benefícios previstos na legislação do Estado recebedor[36].

formas de supervisão sem detenção. Entende-se que uma sentença é definitiva se não estiver pendente apelação ordinária contra a condenação ou sentença no Estado Sentenciador, e se o prazo previsto para a apelação estiver expirado". Artigo 3.1: "Esta Convenção aplicar-se-á unicamente nas seguintes condições: 1. Que exista sentença firme e definitiva na forma como foi definida no artigo I, parágrafo 3 desta Convenção".

[35] SILVA, Anamara Osório. Dupla incriminação no Direito Internacional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 77-102; RITZMANN TORRES, Paula. Métodos de Obtenção da Prova Transnacional Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 181-182.

[36] ABADE, Denise Neves. Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244-245.

Tal característica sempre gerou preocupação com utilização dessa espécie cooperacional visando a imediata soltura dos condenados tão logo regressassem ao Estado recebedor[37].

No Brasil, situação de delicada em termos de relações internacionais ocorreu no famoso caso do sequestro do empresário Abílio Diniz, em 1989. Entre os réus condenados a prisão pela prática do crime de extorsão mediante sequestro do empresário brasileiro, estavam dois nacionais do Canadá.

Houve forte pressão internacional para a transferência dos estrangeiros ao seu Estado de origem para o cumprimento de pena, o que culminou com a ratificação do primeiro tratado bilateral brasileiro para transferência de pessoa condenada (Tratado Bilateral entre Brasil e Canadá, internalizado no Decreto n. 2.547/1998).

Entretanto, cerca de três meses após a transferência para o Canadá, os sentenciados foram beneficiados com livramento condicional, o que não teria acontecido caso cumprissem a sua pena no Brasil. O caso acabou gerando um mal-estar diplomático na imprensa e deixou um sentimento de impunidade e descrédito às instituições.

O dilema sobre o sistema de execução da pena é ilustrado também no recente imbróglio de relações internacionais representado no *caso Safarov,* que envolveu a transferência de pessoa condenada da Hungria para o Azerbaijão.

Em resumo, um oficial tenente do exército do Azerbaijão cometeu um homicídio, utilizando um machado, de um oficial armênio, durante um curso da OTAN, na Hungria.

Durante a instrução processual perante as autoridades húngaras, o réu confessou que o crime fora motivado exclusivamente pela nacionalidade da vítima, resultando na sua condenação a pena de prisão perpétua, sem a possibilidade de soltura antecipada durante os primeiros trinta anos do cumprimento da pena.

Cumpridos oito anos da sua sentença, foi solicitada e autorizada a sua transferência para o Azerbaijão, com base na Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas. Contudo, Safarov foi recebido no Azerbaijão como herói nacional e imediatamente recebeu o perdão presidencial[38].

[37] Visando estimular o instituto, o Conselho da Europa editou a Recomendação 1527 (2001) para orientar Estados a não recusarem a transferência com base na possibilidade do sentenciado vir a ser beneficiado com um livramento ou extinção de punibilidade em menor prazo no Estado recebedor. CONSELHO DA EUROPA. Recommendation 1527 (2001). Operation of the Council of Europe Convention on the Transfer of Sentenced Persons – critical analysis and recommendations. Disponível em: http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xNjkyOSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZ WlkPTE2OTI5 . Acesso em: 30.02.2025.

[38] O caso motivou a elaboração de uma Draft Resolution pela Assembleia do Conselho da Europa, alertando sobre a violação aos princípios da boa-fé e rule of law previstos no artigo 12 do Tratado Europeu de Transferência de Pessoa Condenada.

A despeito dos exemplos narrados, o receio com a possibilidade de esvaziamento do instituto não justifica o indeferimento ou a não utilização da transferência de pessoa condenada, já que o usufruto de direitos e benefícios na execução da pena do Estado recebedor segue a lógica *pro persona.*

Ademais, os benefícios e eventuais prejuízos com a transferência de pessoa condenada já foram ponderados pelo Estado remetente em duas oportunidades: (i) ao ratificar o tratado de transferência de pessoa condenada ou autorizá-la com base em promessa de reciprocidade; (ii) ao concordar, *in casu,* em realizar o processo de transferência levando em consideração a sua visão de política criminal sobre prevenção e repressão de crimes.

Tampouco se ignora a necessidade de uma leitura crítica da transferência de pessoa condenada, a qual pode ser manipulada pelos Estados a depender dos interesses políticos e econômicos analisados casuisticamente.

Contudo, em termos de análise sistemática e geral desse instituto de cooperação jurídica internacional, defende-se a existência de um viés também humanitário[39].

É necessário o amadurecimento do debate acadêmico visando superar a desconfiança da mídia e a sensação de impunidade nos casos de transferência envolvendo o Brasil, demonstrando tratar-se de uma modalidade de cooperação jurídica internacional que, além de fortalecer os laços de cooperação jurídica internacional entre Estados, aproxima o condenado do seu seio familiar e cultural, propiciando maior possibilidade de ressocialização[40].

A título de exemplo, no início de 2020, foi efetivada a transferência, para o Brasil, de brasileiro condenado à prisão perpétua e trabalhos forçados no Japão, com base com o tratado bilateral vigente entre os Estados. Para adequar a pena estrangeira ao ordenamento jurídico brasileiro, o juízo da execução no Brasil, definiu qual seria o cálculo da pena se fosse aplicada a lei brasileira, fixando-a em 41 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, dos quais excluiu o período já cumprido pelo condenado no Japão, totalizando 24 anos 6 meses e 25 dias para execução da pena no Brasil[41].

[39] Nesse sentido, RITZMANN TORRES, Paula. Transferência de pessoa condenada: espécie menos conhecida de cooperação internacional. In: CONJUR, 7 de março de 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mar-07/transferencia-de-pessoa-condenada-a-especie-menos-conhecida-de-cooperacao-internacional/ . Acesso em 19.3.2025.

[40] SOUZA, Artur brito Gueiros. O instituto da transferência de presos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 41, jan/mar 2003, pp. 78-112.

[41] O caso foi mencionado em notícia veiculada no site do Conjur em 14 de fevereiro de 2020, intitulada "Condenado a prisão perpétua no Japão, brasileiro cumprirá pena em São Paulo. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-14/condenado-perpetua-japao-brasileiro-cumprira-pena-brasil. Acesso em: 30.02.2025.

5. O procedimento da transferência de pessoa condenada: trâmite administrativo vs homologação judicial

Compete ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) vinculado ao Ministério da Justiça – e à Secretaria Nacional de Justiça, por delegação do Ministro da Justiça - a análise e instrução dos pedidos de transferência ativa e passiva de pessoa condenada envolvendo o Brasil.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem o caráter administrativo da transferência passiva, tendo o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 117.483/SP, se manifestado no sentido de que "a decisão de transferência de preso de um país para outro é de natureza executiva, e não jurisdicional, ainda que a autoridade do Executivo condicione a efetivação da transferência à liberação do preso pelo Judiciário"[42].

Nas transferências passivas, após receber o pedido, o DRCI verifica o cumprimento dos requisitos subjetivos e objetivos e, a seguir, submete o pleito ao Secretário Nacional de Justiça que, decidindo favoravelmente, encaminha a documentação ao Estado recebedor, ao mesmo tempo em que comunica a decisão à Polícia Federal, ao estrangeiro e ao juízo da execução penal. Com a concordância do Estado recebedor, o juiz da execução, a pedido do DRCI, expede alvará de soltura para fins de transferência e realiza os demais procedimentos operacionais. Durante o translado, o preso é acompanhado pela polícia federal brasileira, porém os custos da transferência são pagos pelo Estado recebedor.

Nas transferências ativas, o DRCI, após a verificação dos requisitos objetivos e subjetivos, solicita ao juízo da execução penal manifestação sobre a obtenção de vaga no sistema prisional brasileiro para o cumprimento da pena e, a seguir, submete o pedido ao Secretário Nacional de Justiça para decisão sobre a transferência. Deferido o pedido e comunicado o Estado remetente, é designado local e hora para a assunção da custodia do preso pela polícia federal brasileira.

Originalmente, havia um debate sobre a possibilidade da sentença estrangeira produzir efeitos penais no território nacional sem o filtro do Poder Judiciário, ou seja, a necessidade (ou não) de homologação de sentença estrangeira, nos termos do artigo 105, I, *i*, da Constituição Federal[43], para os casos *de transferência a*tiva envolvendo o Brasil.

[42] STJ, HC 117.483/SP, Rel. Min. Og Fernandes, decisão monocrática de 28 de abril de 2009.

[43] O debate foge do objeto do presente artigo. Wiecko Volkmer de Castilho e pereira defendem a homologação de sentença estrangeira. já Bassiouni e abade entendem pela dispensa do procedimento pelo superior tribunal de justiça. sobre o tema, ver, Wiecko Volkmer de Castilho, Ela. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 71, mar/abr 2008, pp. 233-249; PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira. Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2009, 264p; ABADE, Denise Neves. Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013,; BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to

Seguindo a previsão constante em os tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, na Lei de Migração e na Portaria do Ministério da Justiça n. 89/2018, prevaleceu o modelo que dispensa da homologação de sentença estrangeira para a transferência de pessoa condenada[44].

Assim, o tema é apenas da alçada do Poder Executivo, que realiza o controle da dupla tipicidade do crime objeto da condenação e do respeito à ordem pública, dispensando qualquer trâmite judicial.

Todavia, a discussão sobre o trâmite administrativo da transferência ativa não foi, até o momento, discutida com maior profundidade nos tribunais superiores, especialmente no que diz respeito a hierarquia das leis que dispõem sobre as condições e procedimentos para atribuir eficácia à sentença estrangeira, a interpretação do sentido do próprio artigo 105, I, *i*, da Constituição Federal e o *status* dos próprios tratados de transferência de pessoa condenada.

6. Um passo adiante: a ratificação da Convenção europeia sobre a transferência de pessoa condenada

Em 13 de junho de 2024, o Brasil promulgou a Convenção Europeia Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas (Decreto nº 12.056/2024).

A Convenção Europeia sobre a Transferência de Pessoas Condenadas é o mais importante instrumento internacional existente sobre o tema e atualmente está em 70 vigor para Estados[45], dos quais 45 são membros do Conselho da Europa[46] e 25 não o são[47].

A adesão, pelo Brasil, é proveitosa do ponto de vista quantitativo e do ponto de vista qualitativo.

International Criminal Law. 2nd Ed. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2014; MADRUGA, Antenor. Transferência de condenados sem homologação. In: Conjur, 20/06/2011. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-jul-20/cooperacao-internacional-transferencia-condenado-homologacao. Acesso em: 30.02.2025.

[44] STJ, HDE 002507, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em. 01.04.2019; STJ, HDE 002271, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em. 07.02.2019.STJ, SE 5269, Rel. Min. decisão de 15/02/2011; STJ, SE 4141, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 10/09/2009.

[45] Lista atualizada de ratificações do Tratado Europeu de transferência de pessoas condenadas disponível em: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/112/signatures?pauth =CxivZNKr. Acesso em 19.3.2025.

[46] Os Estados europeus que ratificaram o Tratado Europeu de transferência de pessoas condenadas são: Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Georgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Reino dos Países Baixos, Macedônia, Moldávia, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Reino Unido, Rússia, San Marino, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia.

[47] Os Estados não europeus que ratificaram o Tratado Europeu de transferência de pessoas condenadas são: Austrália, Bahamas, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Coréia do Sul, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, Gana, Honduras, lhas Maurício, Índia, Israel, Japão, México, Mongólia, Panamá,Quirguistão, Santa Sé, Tonga, Trinidad e Tobago, Venezuela.

No que diz respeito ao aumento de vínculos cooperacionais, o Brasil possui tratados sobre transferência de pessoa condenada apenas com 14 dos membros do Conselho da Europa que ratificaram o Tratado Europeu[48].

A ratificação brasileira propiciará assim realização dessa espécie de cooperação jurídica internacional com 35 novos Estados europeus, entre eles Estados de relevante intercambio econômico e cultural com o Brasil, como Alemanha, França e Itália[49]. Ademais, 11 Estados não membros do Conselho da Europa que ratificaram o Tratado Europeu com os quais o Brasil não possuía outros tratados (bilaterais e regionais), permitindo novos vínculos cooperacionais com Estados como Israel e Austrália[50].

Do ponto de vista qualitativo, o fato do Brasil obriga-se internacionalmente ao principal tratado existente sobre a transferência de pessoa condenada, fortalecendo a utilização desse instrumento cooperacional em prol do indivíduo.

Reforça-se, assim, o respeito as garantias penais e processuais penais previstas em tratados internacionais de direitos humanos e contribui-se para que a transferência de pessoa condenada (ativa e passiva) seja vislumbrada de forma sistemática e objetiva, com menor espaço para casuísmo e discricionariedade na autorização de translado de preso que deseja cumprir pena no Estado com que possui maior vínculo.

[48] Os Estados membros do Conselho da Europa que possuem tratados bilaterais com o Brasil são: Bélgica, Espanha, Lituânia, Polônia, Reino dos Países Baixos, Reino Unido, Portugal, Reino Unido, Suíça, Turquia, Ucrânia. Ademais, Portugal é parte do Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Ainda, República Checa, Eslováquia, já fazem parte da Convenção Interamericana de Manágua sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior.

[49] Os Estados europeus que ratificaram o Tratado Europeu de transferência de pessoas condenadas e não aderiram a outros tratados sobre o tema dos quais o Brasil é parte são Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Georgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Macedônia, Moldávia, Noruega, Romênia, Rússia, San Marino, Sérvia, Suécia.

[50] Os Estados não europeus que ratificaram o Tratado Europeu de transferência de pessoas condenadas e não aderiram a outros tratados sobre o tema dos quais o Brasil é parte são: Austrália, Bahamas, Coréia do Sul, Gana, Honduras, Ilhas Maurício, Israel, Mongólia, Santa Sé, Tonga, Trinidad e Tobago.

Referências bibliográficas

ABADE, Denise Neves. Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro. In: Revista de Processo, v. 2, n. 7/8, p. 51-58, jul/dez, 1977.

BASSIOUNI, M. Cherif. International extradiction. United States Law and Practice. 6a ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. Introduction to International Criminal Law. 2nd Ed. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASTILHO, Henrique de Castro. Transferência internacional de presos: medida de cooperação entre Estados ou direito fundamental do sentenciado? In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 23, nº 266, jan. 2015, pp. 12-13.

DE WREE, Eveline; VERMEULEN, Gert; VANDER BEKEN, Tom. The Transfer of Sentenced Persons in Europe. Much Ado About Reintegration. Punishment and Society, 11(1), 2009, pp. 111-128.

GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: Revista Forense, v. 373, mai-jun 2004, pp. 03-18.

GUERRERO, Hermes Vilchez. A transferência da execução penal para o país do condenado. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

JACQUÉ, Jean-Paul. Acte et norme en droit international public. In: Recueil des Cours de l'Académie de droit international, t. 227, 1991, pp. 357-418.

MACHADO, Vitor Gonçalves; RIBEIRO NETO, Pedro Machado. Presos estrangeiros no Brasil e o problema da seletividade penal. In: Derecho y Cambio Social, ISSN-e 2224-4131, Año 11, Nº. 35, 2014.

MADRUGA, Antenor. Transferência de condenados sem homologação. In: Conjur, 20/06/2011. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-jul-20/cooperacao-internacional-transferencia-condenad

o-homologacao. Acesso em: 30.04.2020.

MARGUERY, Tony. Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the European Arrest Warrant and the transfer of prisoners. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, v. 25(6), 2018, p. 704-717.

MCCLEAN, David. International co-operation in civil and criminal matters. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Cooperação internacional no processo penal: A transferência de processos. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MENEZES, Wagner. Cooperação jurídica internacional e seus paradoxos. In: CARVALHO RAMOS, André de; MEZENES, Wagner (orgs.). Direito Internacional Privado e a nova cooperação jurídica internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 17-52.

MIOTTO, Armida Bergamini. Presos estrangeiros: preocupação da ONU. In: Revista da Faculdade de Direito da UFG, 10 (1-2), jan/dez 1986, pp. 119-141.

MONTALDO, Stefano. Offenders' rehabilitation and the cross-border transfer of prisoners and persons subject to probation measures and alternative sanctions: a stress test for EU judicial cooperation in criminal matters. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 2, mai-ago, 2019, pp. 925-960.

MUJUZI, Jamil Ddamulira. The Transfer of Sentenced Persons Between European Countries and the Protection of the Right to Family Life: A Comment on Serce v Romania (Application no. 35049/08) (30 June 2015). In: European Criminal Law Review, v. 6, 3/2016, pp. 308-320.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira. Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, 264p.

PUGLIESE, Yuri Sahione. Assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro. São Paulo: LiberArts, 2015.

RITZMANN TORRES, Paula. Métodos de Obtenção da Prova Transnacional Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

RITZMANN TORRES, Paula. Transferência de Pessoa Condenada: Resistência à cooperação jurídica internacional na execução da pena. In: Antônio Alves Celso Pereira. (Org.). A expansão sistêmica do Direito Internacional: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes. 1ed. Belo Horizonte: Arraes, 2023, pp. 801-819.

SILVA, Anamara Osório. Dupla incriminação no Direito Internacional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SOUZA, Artur Brito Gueiros. O instituto da transferência de presos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 41, jan/mar 2003, pp. 78-11.

VOLKMER DE CASTILHO, Ela Wiecko. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 71, mar/abr 2008, pp. 233-249.

Desafios para as democracias no Mundo Hoje e Possíveis Soluções

Maurício A B Pitta

1. Introdução

Refletir sobre como as democracias se encontram em risco nos atuais dias e as possibilidades de se evitar que isso ocorra impende compreender os vários mecanismos pelos quais elas podem entrar em colapso, especialmente no contexto contemporâneo.
De início podemos constatar que hoje em dia as democracias se corroem gradualmente e raramente são extintas por meio de golpes militares como vimos no Brasil em 1964, mas sim por um processo lento de erosão, comandado por líderes eleitos que minam essas mesmas instituições democráticas que os elegeram, desacreditando-as perante seu eleitorado e todos que neles acreditam.

Para que se possa compreender o momento em que vivemos, devemos nos reportar a Steven Levitsky e Daniel Ziblatt , dois conceituados professores de Harvard que escreveram em 2018 o livro "Como as Democracias Morrem". No livro, escrito após a primeira eleição de Donald Trump como presidente dos EUA, os conceituados professores de Harvard discutem e demonstram como é possível subverter o sistema a partir das regras e princípios contidos e expressos nele mesmo, ou seja, "por dentro", utilizando-se de mecanismos permitidos e aceitos pela própria democracia e assim ir minando e contaminando seus conceitos com ideias autoritárias.

Esses "líderes autoritários" são populistas e chegam ao poder por meio de eleições livres. Uma vez no cargo, procuram enfraquecer os freios e contrapesos democráticos, como o judiciário, a imprensa e os mecanismos de transparência. Para isso, demonstram e incutem desprezo pela tolerância política e moderação institucional, essenciais para o funcionamento saudável do sistema. Ocorre a chamada rejeição às regras do jogo democrático, a negação da legitimidade dos oponentes e do sistema eleitoral e pior, o incentivo à violência. Isso provoca a inevitável polarização política, fator que facilita a erosão democrática dividindo a sociedade e enfraquecendo o consenso necessário para a manutenção das instituições.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt recorrem a casos históricos como o colapso da democracia na Alemanha de Weimar e consequente ascensão de Hitler, o Chile de Allende e exemplos recentes, como a Turquia, Venezuela e os Estados Unidos, para ilustrar seus argumentos. Na época ainda não havia ocorrido o fenômeno Bolsonaro no Brasil.

Claro que comparar os discursos de Hitler e Mussolini com os discursos dos

líderes autoritários contemporâneos é uma tarefa não muito simples, mas que revela importantes semelhanças e diferenças. Não se pode deixar de ressaltar que embora existam pontos em comum, cada contexto histórico e político possui suas particularidades.

Quando Hitler e Mussolini emergiram, o mundo sofria com crises econômicas e sociais profundas, ocorrera a primeira guerra mundial e em 1929 o “crack” da Bolsa de Nova Iorque, facilitando suas ascensões com promessas de ordem e estabilidade. Os líderes autoritários de hoje enfrentam desafios diferentes, como a globalização e as mudanças tecnológicas. Agora, a escalada do autoritarismo se dá com o enfraquecimento lento e constante das próprias instituições democráticas como o judiciário, a imprensa e a erosão e consequente descrédito gradual de normas políticas em vigor.

No entanto, se falarmos sobre semelhanças, teremos fatalmente de falar sobre o apelo ao nacionalismo. Hitler e Mussolini dele se utilizaram e muitos líderes autoritários de hoje também utilizam o nacionalismo como ferramenta para mobilizar as massas, criando um ideal de identidade e superioridade nacional, a exemplo do uso constante e indiscriminado dos bonés com frases de efeito tais como “America Great Again” ou do uso de símbolos nacionais como a bandeira do país em residências, carros, motos, camisas da seleção nacional e muito mais, a exemplo do que constatamos no Brasil.Aliás, “Deutschland überalles” significa nada menos que “Alemanha acima de tudo” e esse foi um dos lemas de Hitler.

Henk de Berg, holandês e professor de Alemão na Universidade de Sheffield, Grã-Bretanha, escreveu a obra "Trump and Hitler: A Comparative Study in Lying" ("Trump e Hitler: Um Estudo Comparativo sobre a Mentira"), onde elese utiliza de comparações e diferenças para demonstrar as peculiaridades de Hitler e Trump, além, claro, de identificar suas diferenças.

Mas só isso não basta e se faz necessária a promessa de um futuro glorioso. Um futuro melhor, mais forte e mais próspero é um elemento central nos discursos desses líderes, que se apresentam como os únicos capazes de levar o país à grandeza, tal qual seres messiânicos que surgem para salvar a todos de um grande mal.

Surgem então as críticas às instituições democráticas. A desconfiança no parlamento, no judiciário e na imprensa, aquela imprensa que não fale ou divulgue a verdade absoluta dita por tais líderes, que então passam as acusar de serem corruptas, compradas e ineficientes. Este o mal a ser combatido!

Assim, enquanto o nazismo e o fascismo eram ideologias totalitárias com bases ideológicas complexas, os líderes autoritários contemporâneos geralmente não possuem uma ideologia tão elaborada, concentrando-se em um discurso populista e nacionalista.

2. Populismo e Democracia

O populismo, um fenômeno político que se caracteriza pela figura de um líder carismático que se apresenta como o único representante legítimo do "povo", traz consigo

uma série de consequências negativas para a democracia. Ao explorar as divisões sociais e simplificar questões complexas, os líderes populistas podem erodir a confiança nas instituições fomentando a desconfiança no judiciário, no legislativo e na mídia. O populismo enfraquece os mecanismos de controle e equilíbrio essenciais para uma democracia saudável em razão de que seu discurso, que muitas vezes se baseia na construção de um "inimigo" interno ou externo, exacerba as divisões sociais e dificulta o diálogo e a construção de consensos.

Os populistas podem subverter o Estado de Direito, concentrando o poder nas mãos de um único líder e utilizando o aparato estatal para perseguir seus adversários políticos. Ao apresentar-se como o único representante legítimo do "povo", estes populistas tendem a desprezar as instituições democráticas e a concentrar o poder em suas mãos, levando em casos extremos à instauração de regimes autoritários, com a supressão das liberdades individuais e a perseguição política dos opositores.

Um recurso muito utilizado por líderes populistas é a identificação de um inimigo comum a ser acusado pela insatisfação com a economia, corrupção, criminalidade, etc., e não raro isso recai sempre na responsabilização de grupos tais como minorias étnicas, sociais, religiosas e políticas. Trata-se de uma estratégia comum para unir a população e desviar a atenção dos reais problemas internos da Nação. Daí temos a utilização do discurso simples e emocional. O tipo da linguagem utilizada por esses líderes é simples e direto, com forte apelo emocional, gente como a gente, pessoa simples, amigo comum, sempre objetivando evitar o debate racional sobre o país.

Para isso tais líderes dispõem de ferramentas tecnológicas poderosas como as redes sociais, onde disseminam suas mensagens e manipulam a opinião pública de forma mais eficiente, repetindo e repetindo os “mantras” que são aceitos como verdades absolutas. Os “influencers” políticos incutem ideias e fatos que muitas vezes são distorcidos e ou imaginários, mas isso não importa, pois, uma vez divulgado, tal conteúdo é visto como real e se propaga em grupos e mais grupos de “seguidores” que não contestam ou duvidam da veracidade do que lhes foi informado.

Essa ação pode gerar o chamado efeito manada que ocorre quando as pessoas passam a seguir a opinião ou ação de um determinado grupo sem analisar os fatos e também leva os usuários a buscarem e compartilharem informações que confirmem suas crenças preexistentes. Assim, ao manipular a opinião pública, pessoas mal-intencionadas podem usar as redes sociais até mesmo para interferir em eleições e minar a confiança nas instituições democráticas como o Judiciário, o Ministério Público e a imprensa.

No Brasil não só a imprensa como igualmente o judiciário se tornou alvo principal de ataques com o apoio e suporte do anonimato proporcionado pelas redes sociais, que a partir de determinado momento passou a incentivar o discurso de ódio, a violência online e a polarização política. Quem já não ouviu ou presenciou alguém falar com expressão de raiva e rancor de um determinado Ministro da Suprema Corte ou que a eleição foi fraudada por ser realizada em urnas eletrônicas?

Tais ocorrências, além de revelar ignorância, põem em foco a aversão ao que identificado como o mal a se combater. Isso demonstra um profundo sentimento alimentado constantemente com o objetivo de se construir a imagem do grande inimigo.

Em resumo, o populismo representa uma ameaça significativa para a democracia, pois fragiliza as instituições, polariza a sociedade, restringe as liberdades individuais e pode levar à instauração de regimes autoritários. É fundamental que a sociedade civil, os políticos e as instituições democráticas estejam vigilantes e atuem para conter a ascensão do populismo e proteger os valores democráticos.

3. O Papel das Redes Sociais nas Democracias

As redes sociais revolucionaram a forma como nos comunicamos, consumimos informações e interagimos com a sociedade. No contexto democrático, elas apresentam um potencial enorme para amplificar vozes, promover a participação cidadã e aumentar a transparência dos governos. Os aspectos positivos das redes sociais para a democracia incluem plataformas como o antigo Twitter, atualmente X, o Facebook e o Instagram, que permitem que cidadãos comuns façam suas vozes serem ouvidas por um público amplo, desafiando o poder estabelecido e promovendo a diversidade de opiniões.

Isso leva a uma mobilização social sem precedentes, pois as redes sociais facilitam a organização de movimentos sociais e a mobilização em torno de causas importantes, como direitos humanos e justiça social. Ao mesmo tempo governos e políticos podem utilizá-las para se comunicar diretamente com os cidadãos e eleitores, amplificando a transparência e a prestação de contas. Elas ainda oferecem um acesso sem precedentes à informação, permitindo que todos se informem sobre questões políticas e tomem decisões mais conscientes. Porém, também trazem desafios significativos que podem minar a democracia.

As redes sociais são igualmente utilizadas para a divulgação e a disseminação rápida de informações falsas, além da criação de "bolhas".

4. Os recursos da Inteligência Artificial

A inteligência artificial (IA) tem revolucionado a forma como interagimos com a informação e, consequentemente, a maneira como a opinião pública é moldada (este artigo mesmo, não prescindiu de seu auxílio). No entantoseus avançostambém trazem consigo novos desafios, especialmente no que diz respeito à manipulação da informação e à polarização política. Ela pode e tem sido utilizada para manipular a opinião pública e vários são os instrumentos que levam o cidadão eleitor a raciocinar da forma que pretendem aqueles que se utilizam desta tecnologia.

Com a personalização da desinformação através da análise de dados pessoais, a IA pode criar mensagens específicas e direcionadas, aumentando a probabilidade de que

determinada informação seja aceita como verdadeira. Esse fenômeno, que se baseia em análises de sentimentos, possibilita, como dito, a manipulação das opiniões e emoções do público, minando a confiança nas instituições e intensificando a polarização política ao criar “bolhas” de informação.

Provavelmente todos já ouvimos falar das “bolhas”, mas afinal de contas, como os algoritmos criam essas tais "bolhas”, sendo que o algoritmo nada mais é que um conjunto de instruções que permite resolver um problema ou realizar uma tarefa e transformar ideias em instruções que as máquinas podem executar? Os algoritmos das plataformas são projetados para apresentar aos usuários conteúdos que se alinham com suas crenças e interesses, reforçando visões de mundo particulares e dificultando a exposição a diferentes perspectivas. Eles analisam nossos dados e históricos de interação para criar um perfil individualizado para nós.

Com base nesse perfil, eles priorizam conteúdos que se encaixam em nossos interesses e crenças, nos apresentando matérias que reforçam nossas visões de mundo. Assim, na hipótese de nós nos consideramos politicamente de direita, os algoritmos criam os chamados "ecossistemas de informação” onde estaremos expostos apenas a opiniões semelhantes às nossas, ou seja, ele identificou a sua preferência por temas políticos da direita e você será “bombardeado” com informações e opiniões que lhe agradem, que confirmem que você está certo, que a direita é o melhor caminho. O mesmo ocorre se você se autodenomina politicamente de esquerda.

Os algoritmos exploram vieses cognitivos (forma tendenciosa de pensar, julgar e tomar decisões) tal como a denominada “Confirmação de Viés”, que é a tendência a se buscar informações que confirmem as nossas crenças. Isso pode distorcer a percepção da realidade e polarizar a sociedade, além de criar e reforçar a nossa “Aversão à Perda”, tendência que temos de evitar informações que desafiem nossas convicções.

A criação de contas falsas é outra estratégia utilizada, servindo tais contas para disseminar informações falsas, polarizar debates e aumentar a visibilidade de determinadas mensagens, inclusive com a utilização dos “bots”, nada mais do que um programa de computador que executa tarefas de forma automatizada e que imita e substitui o comportamento humano. Na realidade o conhecemos por aqui já que a palavra “bot” é uma abreviação de "robô".

5. Utilização da Inteligência Artificial na Manipulação da Opinião Pública

A criação de “deepfakes”, ou seja, a possibilidade de uma IA criar vídeos e áudios falsos altamente realistas, nos quais pessoas dizem ou fazem coisas que nunca disseram ou fizeram, é apenas um exemplo disso que pode ser utilizado para difamar políticos, celebridades ou qualquer outra figura pública, semeando a desconfiança e a discórdia.

Recentemente uma mulher de nacionalidade francesa foi vítima de um golpe em que se utilizando imagens deepfake do ator Brad Pitt convenceram-na de que estava

mantendo um relacionamento verdadeiro com o astro de cinema. Ao acreditar na verossimilhança dos vídeos e mensagens, que incluíam alegações de problemas financeiros e até de saúde como um suposto câncer renal, ela transferiu cerca de 830 mil euros para uma conta na Turquia. Esse episódio expõe a fragilidade dos valores humanos diante da manipulação digital e evidencia a falta de educação digital para identificar fraudes.

Outro caso emblemático ocorreu no cenário corporativo. Funcionários de uma multinacional em Hong Kong foram enganados por golpistas que, por meio de tecnologia deepfake, criaram uma videoconferência com um falso CFO (Chief Financial Officer ou diretor(a) financeiro em tradução livre, profissionais responsáveis pela direção financeira da empresa que fazem toda a administração e o planejamento estratégico). O resultado foi a transferência de aproximadamente 25 milhões de dólares para contas fraudulentas. Esse incidente demonstra como a IA pode ser explorada para subverter protocolos de segurança e minar a confiança institucional, reforçando a urgência de investir em educação digital e mecanismos de verificação robustos.

Esses exemplos práticos ilustram como a crescente sofisticação da IA torna cada vez mais difícil distinguir o que é real do que é falso, dificultando o debate público e a tomada de decisões informadas. Contribui para isso a automatização dos "bots", que permite que "robôs" ou programas se passem por pessoas reais e interajam em redes sociais, espalhando milhares de informações falsas e manipulando conversas online. Dessa forma, a manipulação de dados e a disseminação de desinformação não se limitam a contextos isolados, mas permeiam toda a estrutura de comunicação digital, afetando tanto a esfera individual quanto a institucional.

Para mitigar os riscos da IA, faz-se necessário o desenvolvimento de ferramentas de detecção, ou seja, a criação de ferramentas capazes de identificar e remover conteúdos falsos gerados pela IA. Imprescindível ainda a regulamentação das redes sociais e consequentemente da inteligência artificial, medidas combatidas pelos que dela se utilizam para fins nada éticos ou até mesmo ilegais, pois tais regulamentações garantem o desenvolvimento e o uso minimamente correto destes instrumentos. Isso leva a que as plataformas digitais se tornem mais transparentes sobre seus algoritmos, demonstrando como eles influenciam na distribuição de informações. Também se faz necessária a criação de acordos internacionais para regular a IA e combater a desinformação em escala global.

Nada disso será plenamente eficaz sem que se promova um processo de educação e conscientização da população sobre os possíveis riscos e as formas de identificar os conteúdos falsos. Todo o esforço de combate à desinformação e a manipulação da opinião pública exige uma abordagem multifacetada, englobando um conjunto de ações como a implementação da educação digital, a regulamentação das plataformas digitais, a cooperação internacional e o desenvolvimento de tecnologias para detectar e combater essa desinformação. É fundamental que a sociedade civil, os governos e as empresas de tecnologia trabalhem em conjunto para construir um ambiente digital mais seguro e confiável.

6. A importância da imprensa livre

A imprensa livre é um dos principais alvos dos populistas, que a acusam de ser parcial e a serviço de "elites". Ao limitar a liberdade de expressão e o acesso à informação, o populismo restringe o debate público e dificulta a participação cidadã.

Assim, impende destacar neste caminho a função preponderante da imprensa livre e independente, pois esta desempenha um papel fundamental nas democracias, atuando como um dos pilares que sustentam a liberdade e a participação cidadã na vida pública. Ao garantir o acesso à informação de forma imparcial e verificada, ela contribui para a formação de uma opinião pública esclarecida e para o controle social sobre o poder político.

Uma imprensa livre exerce a chamada “vigilância sobre o poder”, atuando como uma espécie de cão de guarda, investigando e denunciando atos de corrupção, abusos de poder e violações dos direitos humanos. Ao expor as ações do governo e de outros agentes de poder estabelecido, ela contribui para a transparência e a accountability, termo em inglês que significa responsabilidade ou prestação de contas, conceito que envolve a transparência, a fiscalização, o controle e a responsabilização dos atos. Aliberdade de imprensa é um dos pilares para a garantia de outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito à informação e o direito à participação política.

Ao divulgar informações relevantes, a imprensa permite que a sociedade exerça um controle sobre as ações do governo e de outros agentes de poder, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa. Daí surgem os ataques que ela sofre e os riscos que enfrenta. Diversos são os desafios em um contexto marcado pela concentração de mídia, pela crescente influência das redes sociais e pela pressão de governos autoritários.

Alguns dos principais riscos incluem a censura e autocensura, pois a pressão política e econômica pode levar à censura prévia ou à autocensura por parte dos jornalistas, limitando o acesso da população à informação. Basta recordar que sendo um dos maiores participantes em receitas publicitárias, governos autoritários simplesmente deixam de veicular suas matérias em órgãos de imprensa que consideram “inimigos”, trazendo sérias consequências econômicas e sociais em razão disto.

As resultantes da fragilização da imprensa livre para a democracia são graves, determinando o fortalecimento do autoritarismo e a concentração de poder em poucas mãos. Em consequência, temos a falta de informação e a manipulação da opinião pública que podem levar à apatia política e à desconfiança nas instituições democráticas. Sem a vigilância da imprensa, a corrupção e a impunidade tendem a se proliferar, minando a confiança na justiça e nas instituições.

Em resumo, a imprensa livre e independente é um dos pilares fundamentais da democracia. Ao garantir o acesso à informação de forma imparcial e verificada, ela contribui para a formação de uma opinião pública esclarecida, para o controle social sobre

o poder político e para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

7. Exemplos contemporâneos

Donald Trump

Iniciando pelo atual e reeleito presidente dos Estados Unidos, vemos que Donald Trump pode ser caracterizado por uma série de estratégias e retóricas. Um dos elementos-chave que se utiliza é o de ser anti-establishment. Ele se apresenta como um outsider, alguém que não faz parte da elite política tradicional de Washington, prometendo "drenar o pântano" para eliminar a corrupção e a ineficiência. Também se utiliza do chamado “Apelo ao Nacionalismo” com slogans como o já mencionado "America First" (América em Primeiro Lugar). Assim, ele promete proteger os interesses dos Estados Unidos em detrimento de acordos internacionais e organizações multilaterais, como a OTAN e a OMS (Organização Mundial da Saúde), da qual retirou os Estados Unidos em 20 de janeiro do presente ano.

Trump faz uso de uma linguagem acessível e direta, com frases de efeito e slogans fáceis de memorizar. Isso ajuda a criar uma conexão emocional com seus seguidores e frequentemente polariza a opinião pública, criando uma dicotomia entre "nós" (o povo) e "eles" (a elite, os imigrantes, os políticos corruptos). Assim, consolida seu apoio entre aqueles que se sentem marginalizados ou esquecidos.

Além disso, frequentemente ataca a mídia tradicional que não lhe é favorável, rotulando-a de "fake news" (notícias falsas) e acusando-a de ser tendenciosa contra ele. Mais recentemente mirou seu foco em questões Identitárias e culturais, ressaltando sua rejeição para com a denominada “cultura woke”, tema que ao longo do tempo passou a ser utilizado como um guarda-chuva para designar pessoas e valores ditos progressistas. Na visão dita conservadora ela seria propagandeada por pessoas hipócritas que acreditam ser moralmente superiores aos demais e querem impor seus valores em diferentes espaços. Assim, para conservadores e republicanos, “woke” tornou-se sinônimo de uma agenda para impulsionar ideias de esquerda na sociedade ao pregar ideias como uso de linguagem neutra, combate às mudanças climáticas, políticas de inclusão em detrimento de uma suposta meritocracia, visão de mundo pelas lentes de oprimido e opressor e a não-binaridade com a suposta ideologia de gênero. Agora, presidente mais uma vez, uma de suas primeiras medidas foi remover termos como gay, lésbica, transgênero, bissexual e LGBTQIA+ dos sites da Casa Branca e de agências federais.

Claro que se pode descrever mais e mais usos de táticas que estimulam o radicalismo e representam riscos à diversidade, já que esses elementos combinados criam um estilo populista que busca mobilizar um amplo apoio, especialmente entre aqueles que se sentem desiludidos com a política tradicional e as chamadas elites governantes. Com isso, a mera ideia de perda de poder e identidade pode resultar em atentados à democracia como o ataque ao Capitólio dos Estados Unidos ocorrido em 6 de janeiro de 2021, depois

que partidários do então presidente Donald Trump, por ele convocados a se reunirem em Washington para protestar contra o resultado da eleição presidencial de 2020, invadiram o prédio. Aliás, um dos primeiros atos do presidente agora reeleito foi perdoar a todos os envolvidos naquela demonstração explícita de desprezo pelas regras da democracia.

Jair Bolsonaro

No Brasil o discurso populista de Jair Bolsonaro, presidente de 2019 a 2022, compartilha várias características com o de outros líderes populistas ao redor do mundo, principalmente Donald Trump. Assim como Trump, Bolsonaro se apresenta como um outsider, alguém que não faz parte da elite política tradicional, aquele que veio de fora. Ele criticou veementemente os partidos políticos estabelecidos, especialmente o PT (Partido dos Trabalhadores), e prometeu combater a corrupção e a ineficiência no governo. Curioso é o fato de que o “Capitão”, como carinhosamente é chamado por muitos de seus seguidores, atua profissionalmente na política há muito mais tempo (28 anos como deputado federal e mais 4 como presidente da república) do que exerceu a função militar (15 anos), ou seja, outsider definitivamente ele nunca foi.No entanto, Bolsonaro também possui elementos específicos do contexto político, social e cultural brasileiro. Ao enfatizar o nacionalismo brasileiro, ele frequentemente evoca símbolos nacionais e valores patrióticos. Igualmente faz uso de linguagem direta e informal, linguagem simples, o que o ajuda a criar uma conexão com seus seguidores e frequentemente usa frases de efeito e slogans como "Brasil acima de tudo, Deus acima de todos".

Assim, o discurso de Bolsonaro frequentemente polariza e divide a sociedade, criando uma dicotomia entre "nós" (os cidadãos de bem, os patriotas) e "eles" (a esquerda, os corruptos, os globalistas). Ele usa essa divisão para consolidar seu apoio entre aqueles que se sentem marginalizados ou ameaçados por mudanças sociais.Bolsonaro também aborda questões que ressoam com as preocupações culturais e identitárias de seus apoiadores, como a defesa daquilo que entendem ser a família tradicional, a oposição à "ideologia de gênero" e a promoção dos chamados valores conservadores. Enfatiza a necessidade de lei e ordem, prometendo combater a criminalidade e a violência e frequentemente ataca a mídia tradicional, acusando-a de ser tendenciosa e de espalhar mentiras, as tais "fake news". Muitos dos seus seguidores criaram uma espécie de repulsa a qualquer programação da Rede Globo de Televisão e pudemos presenciar alguns ofenderem aos repórteres da emissora enquanto faziam suas matérias nas ruas, ao vivo. Outros não assistem mais a programação da emissora mencionada e denominam a mesma de “Globo lixo”.

Viktor Orbán

Outros líderes autoritários se utilizam de temas convergentes que exploram o nacionalismo e a identidade, a exemplo de Viktor Orbán, da Hungria, que construiu seu poder ao redor de um discurso nacionalista, enfatizando a identidade húngara e a

necessidade de proteger a Europa contra a imigração.

Quando retornou ao poder em 2010, Orbán e seu partido, o Fidesz, reformaram a Constituição e o sistema eleitoral para favorecer sua permanência, reduzindo o número de parlamentares e redesenhando os distritos eleitorais de forma que beneficiassem seu partido. Além disso, nomeou aliados para posições-chave no Judiciário, no Ministério Público e na Comissão Eleitoral e ainda restringiu a liberdade da imprensa assumindo ou influenciando grandes veículos de comunicação. Hoje, a maior parte da mídia na Hungria está alinhada ao governo, reforçando sua narrativa e limitando o espaço para a oposição.

Claro que nada disso o manteria no poder até hoje caso sua política econômica não estivesse sendo aprovada pelos húngaros. Orbán determinou cortes de impostos, fortaleceu programas sociais, especialmente para a classe média e para famílias numerosas, o que consolidou seu apoio entre os eleitores. Além disso adotou uma postura ultranacionalista e anti-imigração, o que lhe garantiu apoio de eleitores que temem mudanças culturais e sociais. Assim, ele se posiciona como um defensor da "Hungria tradicional" contra a União Europeia, ONGs e supostas ameaças externas. A oposição na Hungria, por sua vez, é fragmentada e, mesmo quando tentou se unir, teve dificuldades para competir com o Fidesz, que domina o sistema político. Além disso, muitos opositores enfrentam perseguições políticas ou dificuldades de acesso à mídia.

8. Similaridades

Assim, temos como características similares do populismo entre Trump, Bolsonaro e Orbán os ataques à liberdade de imprensa, os discursos anti-LGBTQIA+ que entendem eles levam a uma suposta ameaça aos valores tradicionais da família, a mobilização de um sentimento nacionalista com suas próprias vertentes, o uso das redes sociais de forma estratégica para disseminar suas mensagens e manter seus seguidores fiéis e crentes a tudo que ali é repassado e os mobilizando a atacar seus adversários, causando a polarização da sociedade e o aprofundando das divisões dificultando o diálogo e a construção de consensos. Ademais, propagam o isolamento internacional, vez que o multilateralismo e a visão de globalismo são condenados por estes personagens como perigosos ao nacionalismo que pregam.

Pode-se afirmar que esses líderes se utilizam do pragmatismo acima de tudo, adaptando suas mensagens e propostas para atrair o maior número possível de eleitores; apelam às emoções como o medo, a raiva e a esperança; constroem um inimigo comum, seja uma minoria étnica, uma elite política ou uma força externa; se utilizam de discurso simplificador para questões complexas, apresentando soluções fáceis para problemas difíceis, atraindo assim, um público amplo e obscurecendo as várias nuances da realidade.

Também possuem também identidades comuns como o acirramento do nacionalismo, elemento central no discurso populista, se afirmam anti-elitistas quando se apresentam como os defensores do "povo" em oposição a uma elite corrupta e

desconectada da realidade e se posicionam como conservadores, defendendo valores que entendem tradicionais e sob risco, como a família, a religião e a ordem social.

Isto não ocorre à toa! O ressurgimento do populismo e do autoritarismo em diversas partes do mundo é um fenômeno com raízes em uma série de fatores interligados. Podemos citar entre outros a crise da representação política, pois muitos cidadãos/eleitores sentem que os políticos tradicionais não representam seus interesses e que as instituições democráticas são distantes e ineficazes. Este desencanto abre espaço para líderes populistas que prometem soluções simples para problemas complexos. Há também a questão da desigualdade social e econômica que gera ressentimento e frustração, alimentando o apoio a líderes populistas que prometem proteger os interesses dos "pobres e oprimidos" contra as "elites".

Outros dados presentes que podemos citar são a globalização e as mudanças tecnológicas que geram insegurança e incerteza, levando muitos a buscar soluções simples e nacionalistas para problemas complexos. Todo este caldo gera a desconfiança e aponta a fragilidade de instituições democráticas com um sistema partidário fragmentado e incapaz, a corrupção na política sem que o sistema judicial seja capaz de dar as respostas exigidas e os períodos de crise econômica, momento em que a população tende a buscar soluções rápidas e simples com a ascensão de líderes populares que trazem soluções aparentemente simples para resolução dos problemas.

Assim, sempre importante ressaltar que o populismo e o autoritarismo não são fenômenos novos. No entanto, a forma como se manifestam na atualidade, amplificada pelas redes sociais e pela crise da representação política, representa um desafio significativo para a democracia.

9. Conclusão

Mas... o que se deve fazer e quais as possíveis respostas a tais situações e ainda, existe solução viável?São várias as possibilidades que existem com o intuito de se combater a desinformação. Uma das medidas mais úteis hoje utilizadas é a “Verificação de fatos”, não acreditar de primeira em tudo que passam, tudo que se lê, vê ou ouve. Organizações independentes e jornalistas especializados em verificação de fatos trabalham para identificar e desmentir notícias falsas. As plataformas digitais também implementaram ferramentas para sinalizar conteúdos duvidosos, o que se revelou de imensa utilidade.

Não obstante, com a reeleição de Donald Trump, a META, gigante da tecnologia, anunciou a finalização da checagem no Instagram no Facebook nos Estados Unidos. Donald Trump afirmou que as ameaças que ele fez ao dono da empresa, Mark Zuckerberg, provavelmente provocaram essa mudança e Zuckerberg, por sua vez, anunciou as mudanças em um vídeo. Segundo afirmou, isso permitirá retomar a liberdade de expressão no Facebook, Instagram e Threads, as redes sociais de que é proprietário. A partir de agora, nos Estados Unidos, a empresa meta vai transferir para os usuários, a tarefa de verificar o

que é fato e o que é fake, o que é verdade ou mentira.

Aqui no Brasil a gigante da tecnologia, ao responder questionamento da Advocacia-Geral da União (AGU), informou que tal fato, pelo menos por enquanto, se operacionalizaria apenas naquele país. Assim, o fim do serviço de checagem de fatos da Meta ocorreu apenas Estados Unidos... mas, e depois?

É importante ressaltar que não há soluções simples ou mágicas para os desafios enfrentados pelas democracias. No entanto, algumas medidas podem contribuir para fortalecer as instituições democráticas e promover uma sociedade mais justa e equitativa.Inicialmente é primordial que se promova o combate à desinformação. Precisamos desenvolver estratégias de suporte para impedir essa desinformação promovendo, como dito antes, a alfabetização digital o que irá capacitar os cidadãos a identificarem e avaliarem as informações e não absorvendo tudo como verdadeiro, checando a fonte, a realidade das informações, o motivo pelas quais estão sendo bombardeados por estas e desta forma não serem matéria prima de manipulação política.

Ao mesmo tempo implementar a "accountability" ao lado de reformas políticas que fortaleçam a transparência, a participação cidadã, o financiamento público de campanhas devidamente fiscalizado por órgãos como Ministério Público e Tribunal de Contas.É preciso fortalecer a sociedade civil investindo em educação cívica para que a cidadania se torne ativa e crítica, permitindo ao cidadão se ver como parte do sistema e não apenas como marionete deste, promovendo o debate e o respeito às diferenças, o que permite o diálogo e a construção de consensos entre os diferentes atores sociais e políticos, buscando soluções para os problemas comuns.

Outrossim, deve-se cada vez mais exigir a proteção dos direitos fundamentais, combatendo a discriminação e a intolerância. Eu posso até não concordar com opções e movimentos A ou B, mas desde que estes não ofendam a princípios mínimos de dignidade e legalidade, tenho de respeitar suas existências.

No dia 19 de maio de 1943, em um discurso para o Congresso Americano, em Washington, o então Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill afirmou que "A democracia é a pior forma de governo" e continuou: "é a pior forma de governo, exceto por todas as outras formas que já foram tentadas na história".

Essa frase ressalta que a democracia tem falhas, mas ainda é a melhor opção disponível. Churchill preferia a democracia a outras formas de governo porque, apesar de reconhecer suas falhas, acreditava que era o melhor sistema que a humanidade já concebeu em comparação com outras formas tentadas na história. Sua famosa declaraçãoressalta seu reconhecimento pragmático de que, embora a democracia seja imperfeita, ela é superior às alternativas que falharam em fornecer o mesmo nível de liberdade e segurança.

Churchill valorizava a capacidade da democracia de oferecer segurança contra perigos externos e internos e considerava o ato de votar uma expressão fundamental dos direitos individuais e da tomada de decisões coletivas. A participação popular, com o direito de votar e escolher seus representantes, garante que o governo reflita a vontade da

maioria.

Ademais, as Democracias asseguram direitos fundamentais, como liberdade de expressão, de imprensa e de associação, permitem a troca pacífica de governantes por meio de eleições regulares, os eleitos são fiscalizados pela população, pela imprensa e porórgãos independentes, reduzindo riscos de corrupção e abuso de poder e se garante que as leis serão aplicadas igualmente a todos, garantindo um sistema mais justo.

Isto significa estabilidade e previsibilidade, embora possam ocorrer crises políticas, o que é absolutamente normal. No entanto, as democracias tendem a ser mais estáveis a longo prazo do que regimes autoritários, pois possuem mecanismos institucionais para resolver conflitos.

Não podemos desejar governos autoritários ou autocráticos sob o argumento de que as democracias não funcionam, simplesmente porque se elas não estão funcionando como desejávamos tal fenômeno é fruto da nossa própria incapacidade de romper laços culturaisou de superar nossas limitações como sociedade. A democracia é um reflexo dos valores, das escolhas e do engajamento de seus cidadãos. Se ela não atende plenamente às expectativas, isso significa que há desafios a serem enfrentados dentro do próprio tecido social, seja na educação política, na participação ativa ou na busca por maior transparência e ética na gestão pública. Optar por regimes autoritários como resposta a essas dificuldades é abdicar do direito de construir soluções coletivas e aceitar a imposição de vontades individuais, muitas vezes à custa da liberdade e da justiça. Aceitar regimes autoritários significa nossa perda de autoestima e uma autodeclaração de que nos consideramos incapazes, que outros poucos ungidos sabe-se lá por qual razão, podem decidir sobre nossos futuros sem que possamos opinar sobre tais escolhas.

Além disso, ao abrir mão da democracia em favor do autoritarismo, renunciamos à responsabilidade de construir uma sociedade mais justa e equilibrada. Esse caminho nos condena à passividade, enfraquece nossa capacidade de questionamento e nos distancia da evolução política e social. A história demonstra que regimes autoritários frequentemente restringem direitos, suprimem vozes divergentes e perpetuam interesses de pequenos grupos em detrimento do bem comum. Assim, ao invés de aceitar a falsa promessa de ordem imposta, devemos fortalecer a democracia por meio do engajamento cívico, da educação e da busca constante por aprimoramento institucional.

Referências bibliográficas

https://www.brasildefato.com.br/2018/09/26/alemanha-acima-de-tudo/

https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2025-01/por-enquanto-fim-de-checagem-de-fatos-e-limitado-aos-eua-diz-meta

https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2025/01/07/meta-dona-do-instagram-e-do-facebook-anuncia-fim-do-sistema-de-checagem-de-fatos-nos-eua.ghtml

https://www.brasilparalelo.com.br/noticias/a-democracia-e-a-pior-forma-de-governo-afirma-winston-churchill

https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2025/01/15/francesa-descobre-que-namorava-falso-brad-pitt-apos-perder-r-5-milhoes-para-golpista-que-usava-imagens-criadas-por-ia.ghtml

https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/funcionario-de-multinacional-paga-us-25-mi-a-golpista-que-usou-deepfake-para-simular-reuniao/

Search Labs

Chat GPT/Deepseek

A proibição da proteção deficiente versus a proibição do excesso: o uso das câmeras corporais por agentes da segurança pública no Estado de Alagoas

Karla Padilha
Débora Cavalcanti

Introdução

Dever do estado, direito e responsabilidade de todos, a segurança pública, segundo a Constituição Federal, traz consigo o propósito de salvaguardar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio das instituições catalogadas nos incisos I a VI do artigo 144, além da implementação opcional, pelos municípios, das guardas municipais, as quais também foram consideradas órgãos integrantes do Sistema Único de Segurança Pública[1]. Nesse universo, são as forças policiais as protagonistas, sendo que a atividade ostensiva de defesa da sociedade, justamente aquela que mais é visualizada, acaba sendo alvo de um controle informal que aponta para excessos e desvios de finalidade no desempenho das funções estatais de proteção.

Não raro, os embates entre as forças de segurança pública que desempenham função ostensiva e os setores mais frágeis da sociedade, para além do estigma ocasionado pela seletividade punitiva do Direito Penal, culminam no questionamento da preparação (ou da deficiência dela) policial e da legitimidade da necessária utilização da força nas abordagens e cumprimento de ordens judiciais.

É sob este viés que a implantação das câmeras corporais ou *body cams*[2] entra em campo, eis que o registro do videomonitoramento, assim como da geolocalização dos servidores públicos em questão, auxilia na visualização da dinâmica dos fatos, corroborando para a verificação da legitimidade da conduta dos agentes ou de eventuais excessos oriundos dela, além de potencializar e refinar a documentação probatória, especialmente em casos de fragilidade da materialidade delitiva, como é recorrente em

[1] No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 608588, com repercussão geral (Tema 656), o STF entendeu, no último dia 20.02.2025, que é constitucional a criação de leis pelos municípios para que guardas municipais atuem em ações de segurança urbana. O próprio STF já havia decidido, na ADPF 995, pela integração das guardas municipais ao Sistema de Segurança Pública.

[2] Do inglês, body cam significa "câmera corporal", que é um equipamento de registro audiovisual, geralmente utilizado acoplado à farda dos agentes de segurança pública, especialmente no patrulhamento ostensivo.

crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar, por exemplo.

No tocante aos órgãos de segurança pública, impende mencionar que o rol estatuído constitucionalmente é taxativo, devendo ser observado pelos demais entes federativos, que não poderão criar órgãos distintos daqueles previstos na Constituição Federal. Neste sentido, a Lei nº 13.675/2018 disciplinou a organização e o funcionamento das instituições responsáveis pela segurança pública, criando a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e o Sistema Único de Segurança Pública (Susp)[3].

Acerca do Susp, o Projeto de Lei nº 3295/24 prevê a obrigatoriedade da utilização de câmeras corporais pelos integrantes da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Civil, Polícia Penal, Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militar, Peritos Criminais e guarda municipal[4]. Atualmente, o texto se encontra em análise na Câmara dos Deputados[5]. Sob esta perspectiva, é evidente a importância do tema.

A ideia do uso de aparatos que permitam a gravação em áudio e vídeo das incursões policiais objetiva, justamente, viabilizar uma maior transparência na atividade policial, até para que sua atuação se revista de maior legitimidade, como também para se refrearem eventuais impulsos voltados à prática de condutas desviantes.

Tais abusos tendem a se exacerbar quando o agente de segurança pública crê na invisibilidade de seus atos e na lei do silêncio, que impede registros ou notícias de tais eventos, com efeitos não desejados[6]. Trata-se, assim, de visar à redução do excessivo uso da força e a arbitrariedade policial, especialmente frente a minorias – todo excesso esconde uma falta, seja de fiscalização, seja de efetividade punitiva ou de concordância institucional.

Para José Afonso da Silva, a "segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do

[3] BRASIL. Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública e dá outras providências. Portal Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm>. Acesso em: 13 fev. 2025.

[4] KOKAY, Erika. Projeto de Lei nº 3295/2024. Dispõe sobre o uso de câmeras corporais pelos integrantes de órgãos de segurança pública e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 23 ago. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2468891&filename=PL%203295/2024>. Acesso em: 13 fev. 2025.

[5] AGRA, Mário. Projeto obriga integrantes das forças de segurança a usarem câmeras corporais. Agência Câmara de Notícias, Brasília, 05 nov. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1105532-projeto-obriga-integrantes-das-forcas-de-seguranca-a-usarem-cameras-corporais/>. Acesso em: 13 fev. 2025.

[6] Daí a importância do teor da Recomendação nº 1/2022, expedida pela 62ª Promotoria de Justiça da Capital, com atribuições de controle externo da atividade policial da capital, para que seja determinada a obrigatoriedade de registro de todas as abordagens policiais em pessoas, veículos e moradias, objetivando a transparência e controle do desempenho da atividade ostensiva militar, após relatos de "imperícia e/ou abusos praticados por integrantes das forças de segurança pública durante abordagens policiais militares a pessoas, veículos e residências".

estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança (realizado em out./1985, acrescente-se), segundo o qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, estado e população".[7]

O presente trabalho se propõe, portanto, a avaliar as nuances que envolvem o uso das câmeras corporais por agentes de segurança pública em Alagoas, de modo que a questão deixe de ser vislumbrada como a panaceia definitiva para os problemas da violência policial, através de uma análise científica e circunstancial que permita a identificação dos pontos fracos e fortes envolvidos na temática, com a busca de nortes ou bússolas que possam sinalizar para o uso adequado da ferramenta, mediante o respeito aos direitos dos agentes de segurança pública, sem comprometer a defesa da sociedade. Não se trata de respostas fáceis, mas de desafios a serem enfrentados, mediante a abordagem de várias questões imbricadas, necessariamente, com o tema.

1. Contornos jurídicos dos princípios da publicidade e da eficiência à luz da Constituição Federal

Cada vez mais se reforça a necessidade de implementação, no âmbito das atividades desempenhadas pelos órgãos estatais, da publicidade de seus atos, o que implica a oferta de maiores possibilidades de controle social e de acompanhamento das ações desempenhadas por cada ente, a fim de que se evitem os excessos, desvios de finalidade ou até a prática de condutas ilícitas travestidas de atos supostamente adequados ou necessários.

Quando se está a falar no exercício das atividades de polícia, com o uso de armas de fogo e mediante o desenvolvimento de condutas que detêm probabilidade de evoluírem para conflitos e, por conseguinte, para episódios de violência, tal necessidade de publicidade se faz ainda mais premente, na medida em que uma má postura dos agentes públicos pode vir a gerar efeitos deletérios com consequências graves, como a prática de crimes contra a vida ou a incolumidade física das pessoas abordadas ou em conflito com os agentes de segurança pública, sem falar em terceiros absolutamente estranhos aos episódios de confronto e que transitam ou residem na região onde se dá a intervenção policial.

Por óbvio que essa publicidade, no âmbito da defesa social, merece contornos e relativizações, eis que o sigilo se encontra intrinsecamente ligado às investigações mais complexas, que envolvem grandes aglomerados da criminalidade organizada, o que resulta em processos judiciais ou procedimentos pré-processuais dotados do contraditório diferido. Está-se a falar de restrições a direitos fundamentais associados à intimidade e à privacidade, a exemplo das cautelares de transferência de sigilo bancário e fiscal ou das interceptações telefônicas, procedimentos estes em regra conduzidos no âmbito da polícia judiciária ou

[7] LENZA, Pedro. Direito Constitucional. Coleção Esquematizado. 28ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

polícia de investigação, dada a sua vocação para a identificação de autoria e materialidade delitivas, através de todos os meios de prova em direito admitidos. No que concerne à polícia militar ou polícia ostensiva, sua atuação se dá invariavelmente nas ruas, o que resulta em elevados índices de riscos de desvios de conduta ou comportamento, eis que se trata de uma atividade de risco iminente, permeada pelo confronto – que pode ser armado em ambos os lados – e com elevado potencial de estresse e de combate agressivo e defensivo.

Neste cenário, surgem os desafios de se analisarem os impactos de uma realidade que se possa situar na mais absoluta transparência, por meio do uso de equipamentos tecnológicos que permitam o registro em imagem e som de todos os passos e condutas praticadas pelos agentes de segurança pública, durante suas incursões no propósito de combate ao crime e proteção da sociedade.

Pensar na possibilidade de que tal mudança de perspectiva possa implicar num arrefecimento da atividade da polícia a pretexto de seu temor em configurar excessos[8], dada a rastreabilidade de seus atos, não é algo que possa ser desprezado. Tal risco é real e há de merecer reflexões. Trata-se de um temor, por parte do agente de segurança, passível de compreensão, dada a impossibilidade de se aferir, de forma segura e exata, durante episódios de verdadeiro confronto com pessoas suspeitas de crimes ou quando em flagrante delito, o grau admissível da reação ou agressão em razão da violência produzida ou ameaçada de realização. E esses excessos, *in concreto,* são criminalmente puníveis, mesmo diante do uso autorizado da força.

Para além, avançando agora em direção ao princípio da eficiência, está-se diante de um apelo popular e midiático de combate ao crime a qualquer custo, no afã de se garantir o direito de ir e vir, sobremodo quando os índices de violência visíveis à coletividade são elevados, principalmente no seio das camadas sociais mais favorecidas. Trata-se de defender a ideia do próprio direito penal do inimigo, em que se estigmatiza o autor de crimes como menos credor de direitos fundamentais, passível de sofrer excessos toleráveis socialmente, na perspectiva de um direito penal utilitarista e punitivista, muitas vezes com o atropelo do devido processo penal que, inclusive, tem sofrido abalos em sua credibilidade, pela morosidade e garantismo em que atualmente se lastreia. Respostas imediatas e violentas são aplaudidas e muitos canais e redes sociais estimulam essas práticas, transmutando agentes de segurança violadores de direitos humanos em verdadeiros herois da violência banal.

2. Os antigos autos de resistência e atuais homicídios e lesões corporais decorrentes de intervenção policial

[8] De-policing significa uma forma de desaceleração do trabalho pela polícia, que reduz o seu ritmo de atuação na prevenção e repressão ao crime, geralmente como reação ao escrutínio externo ou a uma publicidade negativa em relação ao desempenho de sua atividade profissional.

No passado, os dados das mortes decorrentes da intervenção policial eram coletados e computados como autos de resistência. Permaneciam à margem das estatísticas de homicídios e, assim, forneciam resultados falsos sobre as mortes violentas letais intencionais em determinado período de tempo, de forma deliberada. Hoje, as mortes em decorrência da intervenção policial restaram inseridas nos números oficiais e — mais ainda — passou-se a acompanhar os índices de letalidade policial[9], como uma preocupação do estado em monitorar a violência com resultado morte praticada por agentes de segurança pública. Tais dados se encontram catalogados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública e podem ser utilizados para fins de avaliação dessa espécie de violência, como termômetro apto a indicar a necessidade de intervenções estratégicas.

É dever do estado combater o crime, apurar as circunstâncias em que tais práticas ocorrem e, ainda, conduzir processos pautados pelo sistema acusatório, a fim de que se conclua pela responsabilidade ou não dos agentes envolvidos, cabendo-lhe zelar pela adequada prestação do serviço de segurança pública, através de suas instituições e, em termos práticos, concretizado por agentes que devem estar preparados emocional e tecnicamente para situações de confronto e permeadas de estresse, por meio do uso moderado da força.

Não há que se falar, portanto, em qualquer interesse de que se oculte o trabalho desempenhado pelas polícias que executam atividades ostensivas, o qual se espera seja pautado pela legalidade. Daí a importância de que os agentes de segurança disponham, em sua atividade diuturna, de armas de baixa letalidade e de um acompanhamento sistemático de jaez psicológico, a fim de que não excedam em suas atribuições, notadamente porque se está a falar do braço armado do estado e do risco de se sentir superior ao cidadão desarmado, quando esse policial se sente aviltado, ofendido ou ameaçado.

Essas nuances que envolvem o desempenho da atividade policial já despertam uma preocupação com o desenvolvimento de mecanismos de controle mais eficazes, dentre os quais avulta a possibilidade de uso das câmeras corporais.

Malgrado se disponha de dados que apontam para a redução da taxa nacional de homicídios no Brasil[10], sobretudo a partir de 2017, tal diminuição somente tem sido experimentada pela população não negra, tendo a taxa de homicídios entre os negros,

[9] A Recomendação nº 01/2015, formulada pela 62ª PJC em conjunto com os Promotores Criminais da região metropolitana estabelece rigoroso protocolo a ser seguido por todas as instituições de segurança pública no caso de intervenção policial com resultado morte. Na prática, há forte resistência ao cumprimento de todas as formalidades estatuídas no referido ato ministerial.

[10] Também em Alagoas, os índices de letalidade em Alagoas foram reduzidos, nos últimos anos. Em relação à letalidade policial, os números do estado não se destacam nesse aspecto nas estatísticas do país. Entretanto, está-se diante de uma unidade da federação com elevada desigualdade social, cuja capital, em razão de sua acidentada geografia, favorece, por meio das grotas, a criação de espaços territoriais com habitações mais baratas, de perfil extremamente violento e com dados que justificam as estatísticas de pretos e pardos possuírem 7 vezes mais chances de morrer assassinados do que a população branca.

inclusive, aumentado[11]. Nesse contexto se insere, portanto, a violência policial e seus desdobramentos para a letalidade, sobremodo quando se fala na população jovem, preta, pobre e periférica de Alagoas e do Brasil.

Segundo Emerson Nascimento,

> O cenário alagoano tem demonstrado que os ganhos recentes oriundos da promoção de políticas visando à redução da violência letal no estado (nos últimos 10 anos o estado tem promovido uma redução de até 27% da taxa de homicídios) não tem chegado a toda a população. Na verdade, poder-se-ia mesmo afirmar que essa política tem provocado um efeito perverso e não esperado – ela tem garantido mais segurança à população não negra, do que à população negra, a vítima por excelência do problema da violência.[12]

As intervenções policiais em que se verifica maior prática de violência se dão em alguns territórios preferenciais: bairros pobres e periféricos — em Maceió, as conhecidas grotas — habitadas, majoritariamente, pela população negra que, a propósito, ocupa também, de forma preferencial, outro território: o do sistema prisional brasileiro. Conclui-se, portanto, que a violência possui cor e endereço certo. Diríamos: pelo menos a violência autorizada maciçamente pela sociedade.

Não se está a afirmar que haja qualquer plano estatal voltado a políticas de higienização que visem exterminar pretos ou pardos, mas a própria estrutura desigual existente atualmente e historicamente forjada reforça a vulnerabilidade da população mais empobrecida, que se vê à mercê de ambientes ameaçados pelo tráfico de drogas, também mais suscetíveis à violência policial, já que favorecem a truculência e os excessos, a pretexto de um eficaz combate ao crime.

Os registros que chegam por meio da OAB, Ministério Público ou Ouvidorias — da Polícia Militar ou do *Parquet* — revelam narrativas de atos de violência praticados, sobretudo nas regiões mais suburbanas da capital alagoana, por policiais. Crê-se na subnotificação desses dados, em face da cultura do medo e da intimidação mas, ainda assim, aportam histórias que se repetem, inclusive envolvendo atos típicos de tortura. Apesar disso, as apurações que resultam na indicação de autoria e materialidade ainda são pífias, malgrado se possa associar parte das denúncias a estratégias defensivas de tentar desconfigurar a legalidade das condutas policiais, sobretudo a partir da lavratura de um auto de prisão em flagrante.

[11] Segundo dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a cada 3 assassinatos cometidos no Brasil, 2 são de jovens negros, com idades entre 15 e 24 anos. Tomando-se em consideração a parcela de 10% dos indivíduos com maiores chances de serem vítimas de assassinatos no Brasil, 78,9% destes são negros ou pardos.

[12] NASCIMENTO, Emerson et al. Quando nenhum lugar é seguro: a violência contra corpos negros em Alagoas. In Argumentos, vol. 18, n. 1, jan./jun. 2021 75 Departamento de Ciências Sociais, Unimontes-MG, fl. 87.

Os episódios de tortura também são identificados com expressiva recorrência. Sobretudo durante as audiências de custódia ou de apresentação os sinais da violência, acompanhados das narrativas dos presos, revelam a face perversa de alguns policiais que, a pretexto de obterem o dado sonegado a qualquer custo, quer para localização da droga, quer para identificação da autoria de atos criminosos, imprimem no autuado sofrimento[13] que se adequa perfeitamente a uma das hipóteses catalogadas no art. 1º da Lei nº 9.455/97.

De toda sorte, os excessos e abusos desses agentes não têm recebido a devida apuração, pela própria fragilidade com que são pautadas as investigações, dados os elementos dificultadores que vão desde a identificação dos policiais envolvidos e da individualização de suas condutas, até os mecanismos de violência utilizados, que muitas vezes não deixam marcas que permitam exames periciais[14] configuradores das agressões praticadas. O certo é que o percentual de arquivamentos das notícias de violência policial é ainda muito elevado, situação que pode levar à crença na ideia de impunidade, em relação aos crimes praticados por policiais no exercício de suas funções.

3. O perfil a ser emprestado ao controle externo da atividade policial

Quando se fala em controle externo da atividade policial, parte-se da previsão constitucional estatuída na Constituição Federal e que avança para a legislação ordinária infraconstitucional, chegando-se aos atos normativos emanados do CNMP e também instituídos no âmbito dos diversos entes ministeriais do país, a reboque do quanto disciplinado em termos nacionais.

A ideia de controle encontra-se imbricada em todo o sistema jurídico brasileiro, eis que induz à noção de que inexistem poderes absolutos ou insindicáveis, na perspectiva de que a ideia de revisibilidade de atos e condutas perpetradas no âmbito dos poderes públicos sinaliza para a necessidade de que aquilo que se pratica com o escopo de atender ao interesse público há de se revestir de disciplinamentos pré-estabelecidos, bem como deve ser perpetrado mediante o manejo de condutas monitoráveis, pautadas pela transparência, aprovadas e consentâneas com as premissas basilares encartadas no Texto Constitucional.

Tais diretrizes hão de ser ainda mais reforçadas quando se está a falar de práticas estatais impregnadas do poder de polícia, cometidas por agentes de segurança pública e, ainda mais, em que se autoriza o uso da força e da autoridade, a pretexto de se alcançar a paz social. A tarefa de fiscalização, em casos que tais, restou conferida ao Ministério

[13] Em especial: Art. 1º, inc. I, "a": Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

[14] Sobre o assunto, a 62ª PJC expediu a Recomendação nº 0001/2023, no sentido de determinar aos médicos legistas a inserção de quesitação adicional, quando se trata da realização de exame de lesão corporal em pessoa submetida à custódia policial que apresente sinais da possível prática de tortura, a fim de que se possa aferir o seu grau de consistência.

Público. A uma, porquanto se trata de uma instituição democrática incumbida de proteger e tutelar direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

A duas, na medida em que também lhe incumbe provocar o judiciário na seara criminal, visando à responsabilização daqueles que violarem bens juridicamente tutelados e erigidos a essa condição, a ponto de seu vilipêndio configurar tipo penal. Nesse sentido, todo o trabalho desenvolvido pelas polícias – com especial destaque, neste particular, para a polícia civil ou judiciária – estará destinado à formação da *opinio delicti* do promotor de justiça, quando oferece uma peça penal acusatória.

Não se pode olvidar, por certo, que a tarefa de controle externo da atividade das forças de segurança pública pelo *Parquet* trouxe uma preocupação da assembleia constituinte de 1988 com os abusos cometidos durante o regime militar, o qual maculou com sangue e dor o princípio da dignidade humana, mediante práticas nefastas e abjetas de violação de direitos, que a história não consegue apagar[15]. Tal estudo reclama uma mais acurada reflexão sobre o papel do Ministério Público contemporâneo, que se vê impregnado de uma missão que se possa traduzir em iniciativas resolutivas para os diversos problemas e desafios que diuturnamente enfrenta a sociedade como um todo.

Seu perfil multifacetado avança e está a reclamar posturas criativas, conciliatórias, propositivas, mas não se pode deixar de lado o seu papel de intransigente defensor de direitos fundamentais, tanto com a extensão de toda a coletividade, que também se vitimiza em cada processo penal, quanto sob o caráter individual ou numa perspectiva ampla de direitos intangíveis e de titularidade difusa e inalienável, como o direito a um meio ambiente seguro, para as presentes e futuras gerações[16].

O Ministério Público, portanto, não se presta a atuar como órgão de acusação acrítico, mas sim, atento ao regular respeito à paridade de armas e ao desenvolvimento regular de um processo em que se oportunize à acusação e também à defesa a persecução de todos os meios de prova em direitos disponíveis para que se alcance um resultado justo e consentâneo com os anseios sociais, explícita ou implicitamente insculpidos na Constituição. Não é por outra razão que se avança no desiderato de se adotar um perfil de *ombudsman* para o Ministério Público, muito mais próximo da ideia de *custos iuris* do que de *custos legis.* Daí deflui sua inafastável missão de exercer o controle externo sobre a atividade desempenhada pelas forças policiais.

No Brasil, assiste-se a um processo que busca desvincular o trabalho das polícias da atuação do Ministério Público. Até pelos esforços empreendidos por membros das

[15] O filme "Ainda estou aqui", que levou recentemente o Brasil ao êxtase com várias indicações a prêmios internacionais de cinema, revela com indisfarçável indignação o cenário desenvolvido no Brasil na época da ditadura, em que a tortura e as execuções eram prática rotineira, vitimizando as pessoas consideradas "subversivas" sob o ponto de vista político.

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

forças de segurança que integram atualmente o Poder Legislativo federal, observa-se, sobremodo no âmbito da polícia civil, tentativas de se enxertar no sistema jurídico pátrio dispositivos penais que possam sugerir a falsa ideia de uma independência ou autonomia funcional do presidente do inquérito policial, na medida em que este se encontra inserido no âmbito do Executivo.

Nessa perspectiva, seus integrantes não gozam das prerrogativas de inamovibilidade e independência funcional, comuns tanto aos membros do Judiciário quanto do Ministério Público. Tal desassociação, portanto, na prática, parece favorecer trabalhos investigatórios que se desenvolvem à margem de qualquer controle pelo *Parquet,* com algum descompromisso com o órgão que, de fato, poderá dar vida ou transformar os achados obtidos em sede policial em conteúdo juridicamente válido, dentro de um processo penal regularmente instaurado.

Consultando experiências construídas em outros sistemas jurídicos, pode-se chegar a diversos arranjos distintos, como o que se observa em Portugal, onde o Ministério Público atua como verdadeiro chefe da polícia que investiga, coordenando sua atuação e, assim, conduzindo os trabalhos policiais de acordo com as necessidades diretamente apontadas pelo Procurador do Ministério Público, tendo-se em consideração o seu ônus de comprovar autoria e materialidade delitivas.

Para além, a expansão da ideia da investigação defensiva, desde as alterações normativas introduzidas pela Lei nº 13.964/2019[17] torna ainda mais desafiadora essa equação, na medida em que permite o desenvolvimento de tecnologias que podem, inclusive, arrefecer a presunção de legitimidade dos trabalhos de apuração criminal executados pelos órgãos oficiais da polícia científica, a ponto de reduzir as possibilidades de êxito condenatório, quando presente qualquer vulnerabilidade na cadeia de custódia, disciplinada no Capítulo II, Título VII, do Código de Processo Penal e que é submetida a muitos órgãos e entes de polícia, ou mesmo quando houver qualquer deficiência investigatória, por parte do estado.

Assiste-se, ainda, com uma indesejável frequência, a uma disputa de poder e de território de atuação dentro dos próprios órgãos de segurança pública, que muitas vezes se veem desafiados a buscarem um protagonismo nas atuações que se revelem mais midiáticas e que, assim, possam atrair a aprovação popular, em detrimento de uma preocupação prioritária com uma atuação eficiente, cumpridora dos regramentos legais e que pode estar a reclamar, inclusive, sigilo e discrição nos procedimentos empregados.

O risco de tal disputa de egos pode comprometer o resultado final a ser alcançado, sobremodo quando não é possível identificar, nessa tomada de decisões, o prestígio ou preocupação com o zelo ao interesse público maior. Exemplo disso é a luta, que ainda encontra rincões de resistência no país, entre polícia civil e militar, quando se trata da

[17] Mais conhecida enquanto “pacote anti-crime”.

lavratura de TCOs ou termos circunstanciados de ocorrência, documentos de conteúdo meramente descritivo e não investigatório, atinentes a delitos de pequeno potencial ofensivo, crimes ou contravenções penais.

A confecção de TCOs, como dito em trabalhos já publicados[18], está muito mais afeta à polícia militar que, em suas atividades ostensivas, identifica a prática de ilícitos de pequeno potencial ofensivo e não precisa se deslocar até uma delegacia de polícia para registrar um documento simples, deixando a rua sem o seu suporte de prevenção e combate ao crime.

4. A dupla função das câmeras corporais: autoproteção dos policiais e proteção social enquanto dever estatal

Enxergada muitas vezes enquanto instrumento de controle e obstáculo à autonomia e independência policiais, as câmeras corporais constituem importante ferramenta para a legitimação da atividade policial ostensiva. A ideia das câmeras corporais sugere transparência na atividade da polícia, que se traduz em um maior cuidado com o não cometimento de desvios por parte dos policiais, bem como, em uma maior segurança para a coletividade, eis que ficará menos vulnerável a quaisquer atividades ilícitas praticadas por policiais ou, pelo menos, terá assegurada a garantia de comprovação dos desvios praticados, sem riscos de sofrer efeitos negativos que vão desde uma violência psicológica ou física até a uma situação de alteração dolosa dos fatos, para incriminação de terceiros por ato não cometido.

Os relatos que chegam ao Ministério Público dando conta de comportamentos policiais inadequados que vão desde o ingresso não autorizado em domicílio até atividades rotineiras de extorsão financeira, quando os abordados se veem reféns de pagamentos regulares a policiais, muitas vezes porque possuem registros criminais e, portanto, temem que sua situação sejam ainda mais agravada. Via de regra temem por retaliações e pela impunidade de seus agressores, até porque os mecanismos utilizados pelas Corregedorias para identificação de autoria e materialidade oferecem dificuldades práticas de efetividade.

Para o policial em atividade, conceituado como operacional ou como aquele que traz resultados otimizados durante sua atuação, a ideia de ser rastreado em seu trabalho pode indicar receio de ser alvo de processos por abuso de autoridade ou outros ilícitos que se associam ao seu desempenho funcional. Não se está aqui a falar do policial desviado da lei, mas daquele que não se ocupa de priorizar a defesa dos direitos humanos, por compreender que, nalgumas situações, os fins estariam a justificar os meios, no afã de se combater a criminalidade que viola os direitos dos cidadãos, praticada por aqueles

[18] Sobre o assunto: MARQUES, Karla Padilha Rebelo et al. In A reimplantação do termo circunstanciado de ocorrência pela Polícia Militar como modelo de inovação na segurança pública de Alagoas. Revista Escola de Governo de Alagoas, 3a ed., vol I, 2024.

afastados do mundo da licitude.

Em relação a essa categoria de profissionais, talvez o uso das câmeras represente mais problemas do que benefícios, quando se faz um contraponto entre a proibição do excesso na atividade estatal de combate ao crime e a proibição da proteção deficiente por parte desse mesmo estado, quando se trata de proteger a sociedade da violação de bens juridicamente tutelados, como a incolumidade física, o patrimônio e até a vida. Certo é que mudanças se farão necessárias nos padrões de comportamento policial atualmente aceitos, até porque se trata de uma alteração de paradigmas que reclama uma reordenação nas atividades ostensivas de polícia, sem que se perca o foco na eficiência e na garantia da sensação de segurança a que todos fazem jus.

Pontue-se, ainda, que a violência funciona como produto prioritário para a mídia, sendo ponto de atração e divulgação em todos os noticiários veiculados diariamente. Assim, a capacidade que detém o policial, de forma inadvertida, de utilizar imagens que grava durante o desempenho de suas funções, seja visando à sua autopromoção ou com finalidades diversas, desde a satisfação da vaidade pessoal até o interesse em monetizar essas divulgações[19], vai de encontro ao interesse público e à própria legislação que rege esse assunto.

Isso porque qualquer divulgação da atividade policial somente deve ser efetivada para fins de prestação de contas da atividade da polícia endereçada à sociedade, por meio dos canais oficiais da segurança pública. Tais medidas, a propósito, também se prestam a evitar que o policial que aparece como heroi aos olhos da sociedade, ávida por sua postura utilitarista, acabe por incitar a violência, buscando legitimar sua atuação perante a coletividade. Muitas vezes, aliás, esse mesmo agente público aufere vantagens eleitoreiras e se candidata a cargo político, a pretexto de garantir a lei e a ordem para todos.

Mutatis mutandis, o uso das câmeras corporais ou *body cams* por policiais, *de per si,* já traz preocupações com o eventual uso indevido das imagens coletadas ou com a manipulação ou edição de tais imagens, sobremodo quando se está a falar na possibilidade de locação de câmeras corporais a empresa privada, que ficará detentora e gestora de tais gravações de áudio e vídeo, tudo por meio de prévio procedimento licitatório, como ocorreu no estado de São Paulo, ao invés de se optar pela aquisição de tais equipamentos.

Tal iniciativa se deu, justamente, em razão dos elevados custos com a compra desses equipamentos e com sua ulterior manutenção, além do risco de se tornarem obsoletos no mundo tecnológico. Nesse sentido, tratando-se de um volume expressivo de conteúdo midiático, hão de ser estabelecidos protocolos que se prestem a garantir a incolumidade dos

[19] Na 62ª PJC foram instaurados diversos Inquéritos Civis para apurar supostas condutas ilegais de policiais civis e militares que utilizavam suas redes sociais ou canais de youtube para divulgação de suas atividades profissionais, muitas vezes com requintes de truculência inaceitável ou com verificação de condutas eivadas de outras ilicitudes, inclusive de incitação à violência. Referidos Inquéritos resultaram arquivados pelo Promotor de Justiça designado para atuar nesta Especializada, mediante a celebração de termos de ajustamento de conduta.

conteúdos de tais gravações, imunes a quaisquer tentativas de manipulação, eis que se está a falar de registros de crimes ou de intervenções policiais.

Sobre o assunto, a Portaria do Ministro nº 648/2024[20] estabelece regramentos e condições mínimas para o funcionamento das câmeras corporais pelos agentes dos órgãos de segurança pública, mas deixa margem para que cada unidade da federação faça opção por um ou outro modelo, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade locais. Nesse sentido, quando prevê a possibilidade de que o acionamento das câmeras se dê por iniciativa dos próprios integrantes dos órgãos de segurança pública para preservar sua intimidade ou privacidade durante as pausas e os intervalos de trabalho, há riscos de que se oculte o registro de fatos importantes que o mau policial pretenda ocultar, a pretexto de que se encontrava em momento de descanso.

Se de um lado se abrem largas oportunidades, com o uso das câmeras corporais acopladas aos fardamentos dos agentes de segurança pública em serviço, de redução da letalidade policial e da fiscalização dos atos desempenhados por esse importante braço armado do estado, têm que entrar na avaliação os elevados custos que tal estratégia de contenção policial podem significar, quer na sua aquisição, quer na manutenção, sem contar nos riscos de perda de registros, considerando o elevado volume de registros que isso pode significar. Os benefícios para a preservação da cadeia de custódia da prova também hão de entrar na equação dos pontos positivos, passando-se a resgatar maior legitimidade para os agentes da força policial, por meio da transparência de seus atos.

O agente de segurança, contudo, não pode se ver tolhido[21] em seu dever institucional, diante da noção de que terá seus passos submetidos a um sistemático escrutínio, quer dos órgãos correcionais internos e externos, quer por meio do próprio controle social exercido difusamente. Opostamente, o uso de mecanismos de registro e revisibilidade de atos concretamente perpetrados por policiais possui o condão de permitir um aperfeiçoamento dos procedimentos utilizados na atividade prática diuturna, com base nos achados obtidos e nas experiências exitosas levadas a efeito, de modo a conduzir revisões e ajustes de comportamento, além de viabilizar a criação de critérios justos de meritocracia pautados na capacidade do agente de segurança de atuar com respeito aos direitos humanos, sem perder de vista sua eficiência operacional.

Em São Paulo, estado pioneiro na implementação de câmeras corporais, os resultados já catalogados apontam positivamente para o uso dessa ferramenta. Visando reduzir o uso desproporcional da força policial, o projeto das câmeras corporais implementado na maior força policial brasileira teve o condão de reduzir de forma

[20] Portaria do Ministério da Justiça e Segurança Pública, datada 28.05.2024, com a seguinte ementa: "Estabelece diretrizes sobre o uso de câmeras corporais pelos órgãos de segurança pública". Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/PORTARIA648de2024.pdf>. Acesso em: 14.02.2025.

[21] De novo, a ideia do de-policing pode vir a povoar o imaginário do agente policial, cf NR 13, com riscos de aumento da criminalidade pela ausência de uma intervenção policial mais incisiva.

significativa o uso excessivo da força e a letalidade policial[22]. Tal implementação foi gradativa, priorizando-se os batalhões com registros de maior incidência de violência policial.

5. Perspectivas para a implementação da política pública no estado de Alagoas

Considerando que o controle externo da atividade policial pelo *Parquet* possui o escopo de manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, em fevereiro de 2022 instaurou-se, no âmbito do Ministério Público do estado de Alagoas, procedimento administrativo[23] com o objetivo de acompanhar as atividades relacionadas à futura adoção, em Alagoas, de câmeras policiais individuais (*bodycams*) a serem utilizadas no policiamento ostensivo desempenhado pela Polícia Militar do estado.

No mesmo ano, no Plano Plurianual 2022 e no Plano Estadual de Segurança Pública de Alagoas, a Diretoria de Apoio Logístico da Polícia Militar encontrava-se em processo de aquisição dos referidos equipamentos, vislumbrando a possibilidade de sua locação, diante das necessárias manutenções e possíveis trocas e atualizações de *softwares* por empresa especializada.

Em nível nacional, foi editada a Portaria do Ministro nº 648/2024[24], expedida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, estabelecendo diretrizes acerca do uso das câmeras corporais pelos órgãos de segurança pública, dentre eles as polícias penais, militares e civis, além das Guardas Civis Municipais. Para além das instruções sobre a utilização das câmeras corporais, referido ato normativo estabeleceu orientações acerca dos procedimentos e modalidades de gravações a serem adotados na esfera dos órgãos de segurança pública e detalhou aspectos relacionados à integridade, ao armazenamento e ao acesso a tais registros.

No tocante à aquisição dos equipamentos, a Portaria dispôs que compete aos órgãos da segurança pública se utilizarem de recursos próprios, de acordo com suas respectivas disponibilidades orçamentárias, ou recorrerem ao Fundo Nacional de Segurança Pública e ao Fundo Penitenciário Nacional, desde que disponíveis, estando o

[22] Entre junho de 2021 e julho de 2022, comparando-se áreas com e sem uso de câmeras, identificou-se que as áreas de companhias de polícia que adotaram as body cams tiveram as mortes decorrentes de intervenção policial reduzidas em 57% em relação às áreas de companhias que não adotaram. Cf Relatório de Pesquisa: "Avaliação do impacto do uso de câmeras corporais pela Polícia Militar do Estado de São Paulo". Outubro de 2022. FGV. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/4ee45e21-ecbf-4da0-b612-ae12c85e71bd/content>. Acesso em: 03.02.2025.

[23] A 62ª Promotoria de Justiça da Capital, responsável pelo Controle Externo da Atividade Policial e Tutela da Segurança Pública, instaurou o Procedimento Administrativo n.º 09.2022.00000115-9.

[24] Portaria do Ministério da Justiça e Segurança Pública, datada 28.05.2024, com a seguinte ementa: "Estabelece diretrizes sobre o uso de câmeras corporais pelos órgãos de segurança pública". Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/PORTARIA648de2024.pdf>. Acesso em: 14.02.2025.

repasse de recursos dos referidos fundos condicionado à observância das diretrizes estabelecidas nesta portaria.

Está-se diante, portanto, de iniciativa do Governo Federal que se presta a viabilizar a adesão e incorporação à nova tecnologia pelos órgãos de segurança pública, conferindo-lhes a possibilidade do uso de recursos federais para sua compra e implementação, destacando-se a importância da edição de um plano de ação que contenha um cronograma detalhado com a finalidade de permitir a elaboração e execução de estudos sobre a temática em destaque, visando à elaboração de um Projeto a ser apresentado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, de maneira a promover o repasse dos recursos federais mencionados e a sua assertiva utilização, considerando os aspectos inerentes às especificidades da realidade alagoana.

Neste sentido, a possibilidade de otimização do policiamento ostensivo com o emprego de meios tecnológicos para a captura de áudio e vídeo num estado com aproximadamente 27.830,661 km² e 3.127.683 habitantes[25] pode trazer benefícios às instituições policiais e conferir maior segurança à população e aos próprios servidores envolvidos em ocorrências, especialmente quando considerada a necessidade de (re)construção da confiança da sociedade tanto na atuação das forças de segurança pública, quanto na legitimidade dessa atuação.

O fortalecimento dessa parceria entre estado e a sociedade civil, aliado à necessidade de atualização e incorporação tecnológica, fortalece a produção de provas judiciais durante as ocorrências criminais, ainda que haja o contraditório diferido, e protege os cidadãos e, principalmente, os servidores públicos atuantes na área, garantindo mais transparência e legitimidade às ações da corporação.

Quando provocada pelo Ministério Público de Alagoas, a Secretaria Estadual de Segurança Pública demonstrou interesse em implementar tal política, mediante o uso de recursos financeiros oriundos do Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), aguardando as diretrizes adicionais para efetivação e instrumentalização da referida política.

No âmbito da Polícia Militar de Alagoas (PMAL), tramita Consulta Pública do Projeto de Norma Técnica para Câmeras Corporais, realizada pelo Conselho Nacional de Comandantes Gerais, visando ao estabelecimento de "Projeto de Norma Técnica SENASP NT-Senasp de Câmeras Corporais para Emprego na Segurança Pública" a fim de que a solução adotada pelos entes federativos seja nacionalmente padronizada.

A PMAL instaurou processo visando à manifestação de Intenção de Registro de preços para contratação de empresa especializada na prestação de serviço em solução integrada de captação em audiovisual (câmera corporal) para participação dos órgãos SUSP, em comodato, após publicação da Norma Técnica do Ministério da Justiça e

[25] IBGE, 2023. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/al/panorama>. Acesso em: 04.02.2025.

Segurança Pública (MJSP). De igual modo, a Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social (SERIS), por intermédio da Gerência do Comando de Operações Penitenciárias, informou que a implantação dos referidos equipamentos audiovisuais já se encontra em pauta de discussão, com investimento em soluções de monitoramento fixo no complexo prisional, tendo sido designado setor responsável pelo acompanhamento das imagens.

No entanto, há uma preocupação legítima, por parte do Comando de Operações Penitenciárias, no tocante à necessidade de realização de investimentos e ações prévias à implantação e aquisição das câmeras corporais no âmbito da SERIS, considerando que, tomando como parâmetro a Polícia Militar de São Paulo, foi verificado que o estado investiu em armamentos não letais e de baixa letalidade de última geração, disponibilizando vários cursos e treinamentos para os servidores públicos em questão antes da efetiva implementação dos equipamentos de registro audiovisual. Neste cenário, importante mencionar que a Secretaria Estadual de Segurança Pública noticiou acerca do Edital nº 30/2024MJ-SENASP[26], destinado à celebração de convênios para implementação ou ampliação de projetos de câmeras corporais para utilização pelas Polícias Militares, com financiamento da União.

O estado de Alagoas apresentou projeto, devidamente aprovado[27], para receber do Ministério da Justiça, através de convênios, a disponibilização de serviço de locação de 600 (seiscentas) câmeras corporais, tendo sido os entes federados avaliados com base em critérios específicos, a exemplo do volume de ocorrências policiais atendidas e o uso já existente de câmeras corporais.

Em consulta ao resultado definitivo da seleção, verificou-se que, dentre as 27 unidades federativas do Brasil, apenas 14 concorreram ao edital, sendo que, dos 9 estados do nordeste, apenas Alagoas, Bahia, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí e Rio Grande do Norte integraram a seleção. Referidas propostas habilitadas serão analisadas no mérito, devendo seguir as orientações publicadas pelo MJSP, a fim de possibilitar o acesso aos recursos federais, já que o empenho dos valores somente será realizado após a assinatura do convênio, que depende do cumprimento das metas a disponibilização dos recursos. Uma das exigências do programa é o alinhamento com as diretrizes do Governo Federal, considerando a necessária padronização nos protocolos operacionais[28].

[26] Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/cameras-corporais/edital-n_30_2024_cameras_corporais.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2025.

[27] Edital N° 30/2024: Seleção de propostas para Implementação e Ampliação de Câmeras Corporais. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 19 nov. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/cameras-corporais/edital-ndeg-30-2024-selecao-de-propostas-para-implementacao-e-ampliacao-de-cameras-corporais>. Acesso em: 02 fev. 2025.

[28] Estados selecionados pelo MJSP para edital de câmeras corporais terão que comprovar conformidade com diretrizes federais. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 06 dez. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/estados-selecionados-pelo-mjsp-para-edital-de-cameras-corporais-terao-que-comprovar-conformidade-com-diretrizes-federais>. Acesso em: 04.02.2025.

Ressalte-se que, até 09 de janeiro de 2025, a Secretaria Estadual de Segurança Pública havia designado comissão para a normatização da utilização das câmeras corporais, estando em fase de diligências para inserção de documentações solicitadas pelo Ministério da Justiça.[29]

Conclusão

A introdução da utilização das câmeras corporais na rotina dos órgãos de segurança pública, assim como toda mudança que implica numa maior fiscalização das atividades desempenhadas, enfrenta alguns obstáculos, que vão desde a sensação, pelo agente de segurança pública, de que está sendo monitorado e controlado em tempo real e que, portanto, encontra-se mais vulnerável a sofrer procedimentos disciplinares e contestações acerca de sua efetiva atuação ostensiva, até questionamentos acerca da ausência de legitimidade e independência necessárias ao exercício da função policial, por parte de setores sociais que desconhecem a rotina da patrulha dos órgãos de segurança pública.

Para além do desconforto pessoal, as instituições tendem a reproduzir a consolidação de pensamentos construídos ao longo de toda a história e que agora, assim como nos órgãos dos demais Poderes, precisam assumir as mudanças decorrentes da implantação de sistemas modernizadores do serviço público, com o intuito de aperfeiçoar a sua prestação e, consequentemente, a política pública em questão.

Outro ponto importante, objeto de legítima preocupação, diz respeito aos custos financeiros envolvidos na adoção e manutenção desses equipamentos tecnológicos, tendo em vista o elevado número de servidores públicos que os irão utilizar, bem como, a necessidade de disponibilização de treinamento e de capacitação dos agentes públicos, a contratação de empresa ou a designação de setor especializado que disponha de funcionários com *expertise* na área de tecnologia, a adequação à Lei Geral de Proteção de Dados e, finalmente, o investimento significativo no tocante à segurança da informação e ao seu armazenamento.

Apesar de todos os avanços voltados à efetiva incorporação dessa nova tecnologia aos órgãos de segurança pública em Alagoas por meio de recursos da União, a implantação das câmeras corporais deve seguir um cronograma gradativo e planejado, que se possa revelar adequado ao atendimento das inescondíveis idiossincrasias da realidade alagoana. O desafio está lançado e o Ministério Público seguirá firme no seu propósito de assegurar eficiência e transparência nas atividades desenvolvidas pelas forças de segurança pública, visando ao atendimento do bem comum, assegurando-se os propósitos da paz e do equilíbrio e uma convivência respeitosa e desvestida do medo entre polícia e a sociedade em geral.

[29] Acrescenta-se que, posteriormente, em 30.04.2025, a Secretaria de Estado da Segurança Pública informou ao Ministério Público de Alagoas, através da 62ª Promotoria de Justiça da Capital, que a previsão para o efetivo início de funcionamento das câmeras corporais se dará após a realização de processo licitatório exigido para a contratação pretendida.

Referências bibliográficas

Ainda estou aqui. Direção de Walter Salles. Rio de Janeiro: VideoFilmes e outros, 2024. Filme.

AGRA, Mário. Projeto obriga integrantes das forças de segurança a usarem câmeras corporais. Agência Câmara de Notícias, Brasília, 05 nov. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1105532-projeto-obriga-integrantes-das-forcas-de-seguranca-a-usarem-cameras-corporais/>. Acesso em: 13 fev. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 fev. 2025.

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Portal Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 13 fev. 2025.

_____. Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública e dá outras providências. Portal Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm>. Acesso em: 13 fev. 2025.s

_____. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. Portal Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm>. Acesso em: 13 fev. 2025.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Portal Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 13 fev. 2025.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Gabinete do Ministro. Portaria nº 648, de 28 de maio de 2024. Brasília, 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 608588 RG (Tribunal Pleno), Tema 656. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 23 maio 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3939235>. Acesso em: 04 fev. 2025.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução CNMP nº 174, de 04 de julho de 2017. Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. Disponível em:

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-174-2.pdf>. Acesso em: 04.02.2025.

Edital N° 30/2024: Seleção de propostas para Implementação e Ampliação de Câmeras Corporais. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 19 nov. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/cameras-corporais/edital-ndeg-30-2024-selecao-de-propostas-para-implementacao-e-ampliacao-de-cameras-corporais>. Acesso em: 02 fev. 2025.

Estados selecionados pelo MJSP para edital de câmeras corporais terão que comprovar conformidade com diretrizes federais. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 06 dez. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/estados-selecionados-pelo-mjsp-para-edital-de-cameras-corporais-terao-que-comprovar-conformidade-com-diretrizes-federais>. Acesso em: 04.02.2025.

IBGE, 2023. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/al/panorama>. Acesso em: 04.02.2025.

KOKAY, Erika. Projeto de Lei nº 3295/2024. Dispõe sobre o uso de câmeras corporais pelos integrantes de órgãos de segurança pública e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 23 ago. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2468891&filename=PL%203295/2024>. Acesso em: 13 fev. 2025.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. Coleção Esquematizado. 28ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo et al. In A reimplantação do termo circunstanciado de ocorrência pela Polícia Militar como modelo de inovação na segurança pública de Alagoas. Revista Escola de Governo de Alagoas, 3a ed., vol I, 2024.

MONTEIRO, Joana et al. Relatório de Pesquisa: Avaliação do impacto do uso de câmeras corporais pela Polícia Militar do Estado de São Paulo. Outubro de 2022. FGV. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/4ee45e21-ecbf-4da0-b612-ae12c85e71bd/content>. Acesso em: 03.02.2025.

MPAL. Ministério Público do Estado de Alagoas. Recomendação nº 0008/2023, de 19 de agosto de 2023 expedida pela 62ª Promotoria de Justiça da Capital. Disponível em: <https://sistemas.mpal.mp.br/DiarioOficialEletronico/?dataPublicacao=22%2F08%2F2023>. Acesso em: 04.02.2025.

_____. Ministério Público do Estado de Alagoas. Recomendação nº 0001/2022/62PJ-Capit, de 14 de março de 2022 expedida pela 62ª Promotoria de Justiça da Capital. Disponível em:

<https://sistemas.mpal.mp.br/DiarioOficialEletronico/?dataPublicacao=17%2F03%2F2022>. Acesso em: 04.02.2025.

_____. Ministério Público do Estado de Alagoas. Recomendação nº 01/2015 expedida pela 62ª Promotoria de Justiça da Capital.

_____. Ministério Público do Estado de Alagoas. Recomendação nº 0004/2024 expedida pela 62ª Promotoria de Justiça da Capital.

_____. Ministério Público do Estado de Alagoas. Procedimento Administrativo n.º 09.2022.00000115-9 instaurado pela 62ª Promotoria de Justiça da Capital.

NASCIMENTO, Emerson do et al. Quando nenhum lugar é seguro: a violência contra corpos negros em Alagoas.InArgumentos, vol. 18, n. 1, jan./jun. 2021 75. Departamento de Ciências Sociais, Unimontes-MG.

Acesso à água potável: direito humano ou utopia?

Lavínia Silveira de Mendonça Fragoso
Maria Clara Fragoso de Mendonça

1. Introdução

Uma nova era se descortina na história da humanidade onde a água passa a ser um dos focos da atenção mundial. Imensos são os desafios impostos aos Estados no sentido de assegurar uma disponibilidade hídrica que atenda às crescentes demandas, porém, com respeito ao ritmo imposto pela natureza quanto à recomposição de seus recursos.

Paulo Affonso Leme Machado[1] destaca a importância da sua disponibilidade para toda a população, em quantidade e qualidade suficientes para a assegurar uma vida com dignidade, afirmando que: "[...] negar água ao ser humano é negar-lhe o direito à vida; ou em outras palavras, é condená-lo à morte".

Além de fundamental para a sobrevivência humana e para a estabilidade dos ciclos biológicos, geológicos e químicos que mantêm o equilíbrio ambiental, a água possui múltiplas funções, sendo um recurso natural essencial para o desenvolvimento e progresso dos Estados[2].

Diversos são os usos da água, podendo-se elencar o abastecimento humano, a prática de atividades industriais, irrigação, preservação da fauna e da flora, produção de energia elétrica, transporte aquaviário e diluição de despejos[3]. Além destes, a água também é utilizada para a dessedentação de animais, pecuária, esportes, pesca, aquicultura, turismo, lazer, dentre outros que vão surgindo paulatinamente e exigindo novos volumes de recursos hídricos.

Álvaro Sánchez Bravo[4] preconiza que a partir do acesso à água potável pode-se promover ou retardar o desenvolvimento humano, atuando como um fator determinante daquilo que as pessoas podem ou não podem fazer:

[1] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos hídricos. Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.
[2] CUNHA, Estela Pamplona. "O direito à água e o meio ambiente ecologicamente equilibrado na ordem constitucional brasileira." In: Revista do CNMP: água, vida e direitos humanos, v. 07, 2018, p. 37-58. (Citação da p. 41). Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/revista_final.pdf.
[3] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.
[4] BRAVO, Álvaro A. Sánchez. "Derecho humano al agua". In: PURVIN, Guilherme (Org). Direito ambiental, recursos hídricos e saneamento: estudos em comemoração aos 20 anos da política nacional de recursos hídricos e aos 10 anos da política nacional de saneamento. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p 48-64. (Citação da p. 50 e p.51).

> El agua condiciona todos los aspectos del desarrollo humano, pues cuando a alguien se nega el acceso a agua limpia em su casa o cuando carece de acceso al agua como recurso productivo, sus opciones y sy libertad quedan limitadas por la pobreza, las enfermedades y la vulnerabilidad.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas[5], cerca de dois terços da população do planeta residem em áreas onde ocorre escassez hídrica pelo menos um mês ao ano. Além, disso, cerca de 2,1 bilhões de pessoas, três em cada dez, não tem acesso à água potável e 4,5 bilhões de indivíduos, seis em cada grupo de dez, não são servidos por saneamento básico[6].

Trata-se de um recurso natural limitado e que deve ser objeto da tutela jurídica mundial, cabendo ao Direito do Ambiente fixar regras para seu consumo e utilização, tanto no âmbito do direito interno dos Estados como na seara internacional.

Desta feita, a preservação ambiental configura-se como uma medida imperativa, fazendo-se absolutamente necessária sobretudo diante da galopante evolução dos processos de desertificação, do flagrante desperdício e descompromisso no uso da água, das intervenções antrópicas que interferem no equilíbrio ecológico e da carência da percepção da solidariedade ambiental intergeracional[7].

2. "Ouro azul", o recurso mais valioso do planeta.

Embora a água seja o recurso natural mais importante para a sobrevivência da humanidade, foi necessário que se vislumbrassem os primeiros sintomas de sua escassez para que tivesse início os debates por parte da comunidade científica internacional sobre a adoção de medidas para sua preservação, em termos quantitativos e qualitativos, através do planejamento e políticas públicas aptas a assegurar sua gestão racional[8].

Devido ao reconhecimento mundial da importância da água para a manutenção da vida na Terra, inúmeras missões espaciais foram executadas com o fito de identificar a presença de água ou vida em outros planetas, como foi o caso de Marte. Embora o provérbio "The water is blood of the Earth" demonstre seu imensurável valor, a água tem sido objeto de constantes abusos e uso excessivo pelos seres humanos[9].

[5] Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/agua/.

[6] Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-45-bilhoes-de-pessoas-nao-dispoem-de-saneamento-seguro-no-mundo/.

[7] ALMENDROS, Marcela Silva. "O acesso à água e a condição mínima para a dignidade humana." In: RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 48, n. 62, Bauru, jul./dez. 2014, p. 154-166. (Citação da p. 158). Disponível em: http://ojs.ite.edu.br/index.php/ripe/article/view/32.

[8] VIEGAS, Eduardo Coral. Gestão da água e princípios ambientais. 2ª ed. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012, p. 23.

[9] SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361

A maior parte da superfície terrestre é coberta de água, porém 97,5% é salgada, restando apenas 2,5% de água doce. Deste pequeno percentual, a maior parte, cerca de 68,9% encontra-se inacessível, congelada nas calotas polares e nas geleiras, 29,9% são águas subterrâneas e tão somente 0,3% deposita-se nos rios e lagos[10].

Quase toda a água usada pela humanidade é oriunda de duas fontes, quais sejam: as águas superficiais e as águas subterrâneas. As primeiras são oriundas das chuvas e do derretimento da neve e encontra-se na superfície terrestre, acumulada em rios, lagos e barragens. As segundas, as águas subterrâneas, são constituídas pelas águas que se infiltraram no solo e estão acumuladas nos aquíferos[11].

É fixo e inalterável o volume de água doce no planeta, o qual gira em torno de 1,386 bilhão de km³ de água. Não obstante o número possa impressionar, apenas uma pequena porção da água está disponível na superfície do planeta em lagos, rios, zonas úmidas, sendo que a maior parte está armazenada no subsolo, as águas subterrâneas[12].

A água é distribuída na superfície terrestre de forma desigual, pois há regiões com abundância desse recurso natural e outros com graves quadros de escassez. Enquanto na Islândia, anualmente, a disponibilidade hídrica é de 600 mil m³ de água doce por pessoa, no Kwait o índice é de 75 m³. Se a água fosse distribuída uniformemente sobre a Terra, seria possível satisfazer as necessidades de uma população dez vezes superior à atual. Apenas vinte e três países concentram dois terços dos recursos hídricos do planeta, com destaque para o Canadá, Estados Unidos, Brasil, Índia, Indonésia, Rússia e alguns Estados da União Europeia. Embora 60% da humanidade esteja concentrada na Ásia, a disponibilidade hídrica é de 36%, o que gera situações de penúria, como é o caso da China que apesar de possuir 22% da população do globo dispõe de, aproximadamente, 8% da água do planeta. Diferente é a situação dos Estados Unidos que embora detenha 15% dos recursos hídricos da Terra possui apenas 8% de seus habitantes. A situação é crítica nos países árabes que abrigam 4,5% da população mundial e possuem parcos 0,43% de água e recebem apenas 2% das chuvas[13].

Diante de preocupantes dados, oportuno colacionar o pensamento de Paulo Affonso Leme Machado[14]: "O acesso à água não é algo utópico, nem é um sonho da descoberta de um oásis, mas depende da água existente e do número de pessoas que dela necessitam: hidrologia e demografia precisam ser conjugadas".

[10] TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura. A água. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2009, p. 14.
[11] OPOSA JR., Antonio A. "Fresh water: the story of water." In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org). Direito, Água e Vida. Law, Water and the web of life, v.1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 59 – 85. (Citação da p. 60).
[12] CLARKE, Robin; KING, Jannet. O atlas da água. Tradução de Anna Maria Quirino. São Paulo: Publifolha, 2005, p. 19-20.
[13] BOUGUERRA, Mohamed Larbi. As batalhas da água: por um bem comum da humanidade. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2004, p. 71 e p.72.
[14] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito de acesso à água. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 22.

3. Do acesso à água potável: um retrato mundial das desigualdades e injustiças ambientais.

O acesso à água limpa e segura para a ingestão humana, desde o início da história da humanidade, sempre esteve mais perto das pessoas que tinham poder ou recursos de ordem financeira ou política. Se transpusermos essa situação para a realidade atual, constata-se que pouca coisa mudou até nossos dias pois a disponibilidade hídrica continua mais próxima daqueles que podem pagar seu preço[15].

O direito humano de acesso à água potável constitui-se em pré-requisito ao exercício dos direitos fundamentais e por isso deve ser fornecido pelo Poder Público de forma universal, sem qualquer distinção entre as pessoas, em qualidade e quantidade suficientes não apenas para sua permitir a sobrevivência mas também para garantir uma vida com dignidade.

Ocorre que, na realidade, incidem muitos fatores, sobretudo de natureza social e econômica, de maneira que a distribuição da água entre as pessoas não se faz de forma justa e equitativa. Alexandra Aragão[16] realça que as populações social, econômica, cultural e geograficamente mais vulneráveis são as mais atingidas pelos riscos.

A experiência demonstra que a vulnerabilidade hídrica está diretamente relacionada à marginalização social pois são exatamente os grupos já lesionados em sua dignidade pela pobreza e miséria aqueles que normalmente são as maiores vítimas da injustiça no acesso à água potável, sendo objeto de dupla violação.

Em geral, a maior carga dos danos ambientais carreados pelo progresso e desenvolvimento recai sobre os ombros dos mais frágeis economicamente, grupos sociais de trabalhadores, segmentos raciais discriminados, parcelas marginalizadas e mais vulneráveis da cidadania, que além de ficarem de fora do desenvolvimento ainda são obrigados a suportar o ônus por ele produzido[17].

É notório que o risco da escassez de água alcança de forma mais intensa as camadas menos favorecidas. Álvaro Sánchez Bravo[18], ao discorrer sobre a desigualdade de oportunidades no acesso à água, afirma que se vive em um mundo injusto, com péssima

[15] REBOUÇAS, Aldo da Cunha. "Proteção dos recursos hídricos".In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org). Direito, Água e Vida. Law, Water and the web of life, v.1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 247-280. (Citação da p. 257). PETRELLA, Riccardo. O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 60.

[16] ARAGÃO, Alexandra. "Princípio da precaução: manual de instruções." In: Revista CEDOUA, v.1, n.22, Coimbra, ago/dez. 2008, p. 9-57. (Citação da p. 41). (Grifos da autora).

[17] ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens. Conflitos ambientais. Disponível em: http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/ZHOURI__LASCHEFSKI_-_Conflitos_Ambientais.pdf. (Citação da p.4).

[18] BRAVO, Álvaro A. Sánchez. "Derecho humano al agua". In: PURVIN, Guilherme (Org). Direito ambiental, recursos hídricos e saneamento: estudos em comemoração aos 20 anos da política nacional de recursos hídricos e aos 10 anos da política nacional de saneamento. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p 48-64. (Citação da p. 48 e p. 49).

repartição dos recursos naturais, onde apenas 20% da população mundial faz uso de 80% dos bens naturais, enquanto que o resto da humanidade corre o risco de não assegurar o mínimo para a satisfação das suas necessidades básicas.

Gildo Espada[19] destaca que os mais elevados índices de pobreza e doenças estão diretamente ligados às regiões onde a água é escassa, acrescentando que quanto maior o desenvolvimento mais necessidade haverá de disponibilidade hídrica já que a água é a mola propulsora da prosperidade econômica e social dos Estados.

As diferenças registradas nos índices de consumo de água entre os países desenvolvidos, os subdesenvolvidos e os que se encontram em desenvolvimento, chocam e evidenciam que os efeitos da escassez hídrica está diretamente ligada às desigualdades sociais. Via de regra, quanto maior o poder aquisitivo, mais elevados são os índices de consumo, muitas vezes com grandes desperdícios e sem qualquer compromisso ambiental. Numa família de classe média em países desenvolvidos, com renda *per capita* de US$ 5 mil por mês, o volume *per capita* consumido por dia gira em torno de 560 litros. Esse percentual baixa consideravelmente nos países em desenvolvimento e em regiões pobres, com renda *per capita* entre US$ 200 e US$ 400, estimando-se entre 100 e 200 litros por dia. A desigualdade acentua-se ainda mais em áreas muito pobres, que enfrentam problemas no sistema de fornecimento de água, onde o volume consumido cai para a quantidade de 10 a 20 litros por pessoa. Por fim, nas regiões semiáridas onde ocorre escassez hídrica, o volume é de 1 ou 2 litros por dia por pessoa[20].

Oportuno colacionar a posição de Mohamed Bouguerra[21] quanto à situação de injustiça que hoje prevalece no acesso à água no planeta: "O desafio é muito mais forte para os pobres que para os ricos, pois alguns não têm água para beber e outros lamentam não ter bastante água para regar seu jardim, lavar seu carro ou encher sua piscina." O autor exemplifica com o caso da Indonésia que, em 1994, atravessou uma crise hídrica acentuada e embora os habitantes de Jacarta tivessem ficado privados do abastecimento de água, a crise não chegou aos campos de golfe que continuaram verdes e não foram desprovidos de seus milhares de metros cúbicos de água diários.

4. Água x Enfermidades

Maude Barlow[22] declara que a crise mundial da água converteu-se num símbolo da

[19] ESPADA, Gildo. "O direito humano à água.". In: GOUVEIA, Jorge Barcelar; HENRIQUES, Henrique José., ESPADA, Gildo, COUTINHO, Francisco Pereira. III Congresso do Direito de Língua Portuguesa. Justiça, Desenvolvimento e Cidadania. Coimbra: Almedina, 2014, p. 235-250. (Citação da p. 235).

[20] TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura. A água. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2009, p. 39, p.40 e 41.

[21] BOUGUERRA, Mohamed Larbi. As batalhas da água: por um bem comum da humanidade. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2004, p. 129 e p. 159.

[22] BARLOW, Maude. Água. Pacto Azul. A crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. Tradução de Cláudia Mello Belhassof. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2009, p. 15 e p. 17.

crescente desigualdade no mundo, pois enquanto os ricos consomem água potável resta aos pobres a ingestão de água contaminada, o que resulta nos alarmantes índices de óbito de uma criança a cada oito segundos por beber água sem tratamento.

Face à gestão ineficiente da água e à complexidade dos problemas que a rodeiam é elevadíssimo o número de mortes em virtude doenças de veiculação hídrica, como alerta a antiga Relatora Especial das Nações Unidas para o Direito Humano à Água e ao Saneamento, Catarina de Albuquerque[23], ao informar que diariamente mais de 3600 crianças falecem em decorrência de diarreias, superando o número de crianças que morrem todos os dias por malária, AIDS/HIV e sarampo, juntos. É sabido que as crianças são mais vulneráveis que os adultos porque seu sistema imunológico ainda não está plenamente desenvolvido, apresentam menos defesa e resistência contra os agentes patogênicos transmitidos pela água.

Mohamed Bouguerra[24] colaciona o seguinte adágio médico: "O ser humano bebe 80% de suas doenças", sendo de fácil dedução que se trata de enfermidades facilmente evitáveis através do fornecimento de água potável à população. Acrescenta que, a nível global, um em cada dois leitos de hospital é ocupado por paciente internado em virtude de doenças transmitidas por veiculação hídrica.

Inúmeras são as enfermidades causadas por agentes patogênicos transmitidos através de águas contaminadas que são consumidas pela população, como é o caso da hepatite, cólera, disenteria, febre tifóide, esquistossomose, poliomelite, enterite, dentre outras, as quais são responsáveis pelo alto índice de internações hospitalares e óbitos, chegando a causar 5 milhões de mortes anuais[25].

A ausência de saneamento básico impacta mais fortemente a população carente, normalmente residente nas periferias dos grandes centros urbanos ou nas pequenas e médias cidades[26]. Infelizmente essa é a realidade que assola grande parte da população mundial que se encontra privada do abastecimento de água tratada, sobretudo as camadas de baixa renda, as quais, diante da falta de alternativa, consomem qualquer água consigam ter acesso, ainda que em estado bruto e sem condições de potabilidade.

Os hipossuficientes, via de regra, são os maiores penalizados por não disporem de uma fonte hídrica segura, quer seja em virtude da ausência de condições financeiras para pagar pela água ou quer seja por habitarem em regiões distantes dos centros urbanos e carentes de serviços alternativos de abastecimento de água. De tal maneira, as limitações ao direito de acesso à água convertem-se em um fator que causa a desigualdade entre as

[23] ALBUQUERQUE, Catarina de. On the right track, Good pratices in realising the rights to water and sanitation, Lisboa: Textype, 2012, p. 20.

[24] BOUGUERRA, Mohamed Larbi. As batalhas da água: por um bem comum da humanidade. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2004, p. 167.

[25] TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura. A água. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2009, p. 55.

[26] FREITAS, José Carlos de. "Água, saneamento e saúde." In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org). Direito, Água e Vida. Law, Water and the web of life, v.1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 603-619. (Citação da p. 604).

pessoas[27].

Em situações de crise de hídrica, os indivíduos que possuem melhor condição financeira terão maior facilidade de acesso à água, quer através da perfuração de poços, abastecimento por carro-pipa, compra de água mineral e outras alternativas, enquanto que os mais pobres novamente sofrerão as consequências de uma crise que sequer contribuíram para que se estabelecesse.

Lord Selborn[28] relaciona a ausência de acesso à água potável e ao saneamento à pobreza e à saúde precária, sustenta que a água deve ser gerida baseada na justiça ambiental com fundamento em três pilares indispensáveis: eqüidade, justiça e solidariedade intergeracional.

Com efeito, a população carente é a mais castigada pela ausência de acesso à água potável pois, desconectados da rede de abastecimento de água, pagam mais caro por uma água de pior qualidade, chegando a desembolsar entre cinco e dez vezes mais pela água do que a população integrante da classe mais abastada da sociedade. Diante dos altos preços são obrigados a captar água de fontes alternativas, consumindo água bruta e contaminada[29].

Como destaca João Miranda[30], essa disparidade no fornecimento e consumo de água potável assim como nos indicadores de esgotamento sanitário demonstram a situação de marginalização e exclusão social que atinge grande parte da população do globo, revelando altos índices de pobreza e significativas desigualdades entre os Estados.

5. Água x Discriminação

As Nações Unidas alertam que alguns grupos ou pessoas apresentam maiores dificuldades para ter acesso à água, cabendo aos Estados adotar medidas eficientes para a proteção dos mais vulneráveis, como é o caso das populações pobres de zonas urbanas e rurais, mulheres, crianças, pessoas portadoras de deficiência, refugiados e povos indígenas[31].

[27] MORLIN, Vanessa Teles; EUZÉBIO, Silvio Roberto Matos. "Direito à água: um direito humano de três dimensões." In: Revista do CNMP: água, vida e direitos humanos, v. 07, 2018, p. 59-81. (Citação da p. 66). Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/revista_final.pdf.

[28] SELBORN, Lord. A ética do uso da água doce: um levantamento. Brasília: UNESCO, 2001, p. 52, p. 56, p. 59 e p. 60. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127140.

[29] Organização das Nações Unidas (ONU). El derecho al agua. Folleto informativo nº 35, p. 20. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf .

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), p.52 e p.53. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf>.

[30] MIRANDA, João. "Para onde vai o Direito da Água". In: AA.VV., Políticas Públicas da Água. Organização APRH – Associação Portuguesa dos Recursos Hídricos. Lisboa: Europress, 2016, p. 101 – 107. (Citação da p. 105).

[31] Organização das Nações Unidas (ONU). El derecho al agua. Folleto informativo nº 35, p. 19. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf.

Maude Barlow[32] destaca que as mulheres e os povos nativos sofrem de forma mais acentuada os impactos da desigualdade no acesso à água, pois as primeiras são as principais captadoras de água em todo o mundo e os segundos são mais vulneráveis ao roubo e à apropriação de água, merecendo um olhar mais atento por parte do Poder Público.

De fato, máxime em áreas rurais, a dificuldade de acesso à água acentua a desigualdade de gênero pois em inúmeras localidades onde não há disponibilidade hídrica, as mulheres e crianças são as responsáveis pela coleta de água, as quais, em virtude dos deslocamentos, ficam mais expostas à ataques, inclusive de animais, violência e aos abusos sexuais. A busca pela água pode estender-se por quilômetros, em alguns casos as pessoas são obrigadas percorrer longas distâncias e repetidas vezes, o que implica no afastamento das meninas da vida escolar, impede que as pessoas se dediquem ao exercício de atividades produtivas, transferindo para os cidadãos o ônus da deficiência do Poder Público no que concerne ao abastecimento universal de água potável[33].

Quando há uma redução no tempo utilizado para a coleta de água é possível haver uma reorganização dos afazeres domésticos de forma a permitir que as meninas consigam retomar as atividades escolares. Em Gana, uma redução de quinze minutos no tempo de coleta de água, aumenta de 8 a 12% o número de meninas entre 5 a 15 anos que frequentam a escola enquanto que no Iêmen e no Paquistão ao ser reduzido em uma hora o tempo de deslocamento para a coleta de água permite um aumento da frequência no percentual de, respectivamente, 10 e 12%[34].

[32] BARLOW, Maude. Água. Pacto Azul. A crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. Tradução de Cláudia Mello Belhassof. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2009, p. 165.

[33] NEVES-SILV,A, Priscila; HELLER, Léo. "O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis" In: Revista Ciência & Saúde Coletiva, Associação Brasileira de Saúde Coletiva/Abrasco, v. 21, n. 6, 2016, p. 1861-1870. (Citação da p. 1866). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016000601861&script=sci_abstract&tlng=pt.

CAMPBELL O.M.R., BENOVA L., GON G., AFSANA K., CUMMING O. "Getting the basic rights – the role of water, sanitation and hygiene in maternal and reproductive health: a conceptual framework." In: Trop Med Int Health, v. 20, n. 3, março 2015, p. 252–267. (Citação da p. 257 e p. 258). Disponível em: https://doi.org/10.1111/tmi.12439 e https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4681319/.

SORENSON S.B., MORSSINK C., CAMPOS P.A. "Safe access to safe water in low income countries: Water fetching in current times." In: Soc Sci Med. 2011, p. 1522-1526. (Citação da p. 5 e p. 6). Disponível em: https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1192&context=spp_papers https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2011.03.010, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21481508 e https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277953611001572.

[34] NEVES-SILV,A, Priscila; HELLER, Léo. "O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis" In: Revista Ciência & Saúde Coletiva, Associação Brasileira de Saúde Coletiva/Abrasco, v. 21, n. 6, 2016, p. 1861-1870. (Citação da p. 1866). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016000601861&script=sci_abstract&tlng=pt.

KOOLWAL G., WALLE D. "Access to Water, Women's Work, and Child Outcomes." In: Economic Development and Cultural Change. 2013. (Citação da p. 17 e p.22). Disponível em:

A escassez hídrica e a ausência de saneamento também prejudica o direito de educação das meninas pois, diante da ausência de banheiros nas escolas, muitos pais optam pelo seu afastamento das atividades escolares. Na Nigéria, os pais tiraram suas filhas dos estabelecimentos de ensino porque tinham que fazer suas necessidades fisiológicas ao ar livre. Em Uganda, grande parte das meninas afirmaram ter dificuldades na escola durante o período menstrual e muitas delas faltavam as aulas durante o ciclo menstrual[35].

Na África e na Ásia a extensão média de caminhada pelas mulheres para buscar água é de seis quilômetros. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), para se ter um acesso básico a vinte litros de água por dia, a fonte não deve distar mais de mil metros da habitação e o tempo de deslocamento não deve superar trinta minutos[36]. Quando a distância a ser percorrida até o ponto de coleta de água é muito longo, a quantidade transportada é reduzida, muitas vezes num volume insuficiente para atender as necessidades pessoais e domésticas, podendo acarretar riscos à saúde pela higiene deficiente. Reduções na ordem de 11% nas taxas de mortalidade infantil que atinge crianças com idade abaixo de cinco anos são constatadas quando se diminui apenas quinze minutos no tempo usado no transporte e coleta de água, podendo atingir uma redução dos níveis de diarreia e desnutrição na casa de 41%[37].

Face a tais disparidades, entende-se que o direito de acesso à água potável deve ser extensivo a todos, independente de condição social, situação financeira, origem, raça, credo, religião, profissão, nacionalidade ou qualquer outro fator de descriminação posto que os direitos humanos são inerentes a todo indivíduo de forma igualitária, não havendo espaço para qualquer tipo de distinção entre os homens[38].

[35] Water Aid. Global cause and effect: How the aid system is undermining the Millennium Development Goals, 2007. Disponível em: <https://eurodad.org/files/pdf/1576-how-the-aid-system-is-undermining-the-millennium-development-goals-.pdf>. (Citação da p.3).

[36] Organização das Nações Unidas (ONU). El derecho al agua. Folleto informativo nº 35, p.10 e p11. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>.

[37] NEVES-SILV,A, Priscila; HELLER, Léo. "O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis" In: Revista Ciência & Saúde Coletiva, Associação Brasileira de Saúde Coletiva/Abrasco, v. 21, n. 6, 2016, p. 1861-1870. (Citação da p. 1866). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016000601861&script=sci_abstract&tlng=pt.

PICKERING A. J., DAVIS J. "Freshwater availability and water fetching distance affect child health in sub-Saharan Africa." In: Environ Sci Technol . 2012, p. 2391-2397. (Citação da p. 8 e p. 9, versão online). Disponível em: http://pstorage-acs-6854636.s3.amazonaws.com/4191196/es203177v_si_001.pdf e https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22242546.

[38] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. "Direitos Humanos e Meio Ambiente do Trabalho. Título executivo constitucional. Tutela jurisdicional." In: Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, v.1, n.1, São Paulo, jan/jun. 2006, p. 29-67. (Citação da p. 30).

6. A água sobre a ótica do direito internacional

Em que pese o tema "água" venha sendo objeto de discussões no plano internacional nas últimas quatro décadas, não havia até pouco tempo seu reconhecimento expresso como Direito Humano. Ao longo dos anos foi configurando-se a necessidade de sua consagração como um direito autônomo, merecedor da tutela jurídica tanto no âmbito do direito internacional como no direito interno. Porém, apenas recentemente, sobretudo após a conscientização da finitude dos recursos hídricos do planeta e diante da crise hídrica que se instalou no cenário mundial é que se consolidou a ideia da consagração do direito universal de acesso à água potável.

Foi a partir do século XX que teve início a produção de documentos internacionais disciplinando o direito à água. No final da década de 60, início da década de 70, a temática envolvendo a água passou a adquirir maior relevância nas discussões internacionais, tendo início um lento e importante processo de tutela jurídica de tão valoroso recurso natural[39].

A ONU, diante do quadro alarmante de degradação ambiental e dos crescentes índices de escassez hídrica, nas últimas quatro décadas passou tratar o acesso à água potável como um grave problema a ser enfrentado, considerando-o como umas prioridades de suas atuações, inclusive pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA ou *United Nations Environment Programme – UNEP.*

A água foi inserida nos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM)[40], em seu número 7, intitulado "Assegurar um Desenvolvimento Sustentável", e tinha como uma de suas metas reduzir para metade, até 2015, baseado nos índices de 1990, o percentual da população sem acesso permanente a água potável e a saneamento básico. Em relação ao abastecimento de água a meta foi atingida no ano de 2010, antes mesmo do prazo final previsto, porém não foi alcançada no que concerne ao esgotamento sanitário.

A Assembleia Geral das Nações Unidas declarou o ano de 2003 como sendo o "Ano Internacional da Água Potável", oportunidade em que também foi criada a "ONU Água" para coordenar as ações a serem adotadas pelo Sistema das Nações Unidas de forma a atingir as metas propostas concernentes à água. Através dela, em articulação com os Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais e grupos de peritos interessados, é publicado anualmente o Relatório de Desenvolvimento Mundial da Água para analisar os dados e tendências que afetam os recursos mundiais de água doce.

Largo passo se deu com a aprovação pela Assembleia Geral da Organização das

[39] SCHLICKMANN, Rafaela Borgo Koch. "O Direito fundamental à água potável como pressuposto da dignidade da pessoa humana." In: Revista Ponto de Vista Jurídico: Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, v. 6, n. 2, jul/dez. 2017, p. 58-70. (Citação da p. 59). Disponível em: https://periodicos.uniarp.edu.br/juridico/article/download/1282/675.

[40] Disponível em: https://www.unric.org/pt/objectivos-de-desenvolvimento-do-milenio-actualidade.

Nações Unidas da Resolução nº 64/292[41], de 28 de julho de 2010, que consagrou expressamente o acesso à água potável e o saneamento básico como direito humano essencial, fundamental e universal, indispensável à vida com dignidade e reconhecido como "condição para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos".

A Resolução nº 64/292 da ONU representa um grande avanço, reconhecendo o direito à água como pré-requisito para o gozo dos demais direitos humanos. Constitui-se numa exortação para que os Estados direcionem suas ações e recursos financeiros para sua concretização, devendo ser intensificada a assistência e cooperação internacional no aumento da capacidade e na transferência de tecnologia, sobretudo aos países em desenvolvimento, visando o fornecimento de água potável e saneamento a toda a população do planeta[42].

Por sua vez, a aplicabilidade imediata da Resolução nº 64/292/2010 da ONU é questionada pelos Estados, sob o argumento de que, em virtude do instrumento adotado tratar-se de uma resolução, com natureza jurídica de *soft law,* não é dotada de força vinculante e não cria obrigações jurídicas para os Estados-Membros das Nações Unidas, consistindo em recomendações aos Estados. Forçoso reconhecer que a mudança do status da água de valor econômico, como objeto de mercado, para uma concepção humanística, passando a ser encarada pela comunidade internacional como direito humano, representou uma considerável evolução na abordagem do tema.

Em 2015, após os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio terem vencido, foram pactuados os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), visando a erradicação da pobreza em todas as suas dimensões, através de um plano de ação que se estende até 2030 denominado "Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável"[43]. Nela estão contempladas todas as dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam, econômica, social e ambiental. O objetivo número 6 contempla a gestão da água buscando assegurar o acesso universal e equitativo à água potável e ao esgotamento sanitário para todas as pessoas até o ano de 2.030[44].

Esses objetivos devem ser perseguidos pelos Estados, cabendo-lhes envidar esforços para garantir o acesso a condições dignas de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Tal marco representa um grande avanço na busca por uma igualdade entre as todas pessoas, de todos os povos e nações.

[41] Disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=E.

[42] OLIVEIRA, Celso Maran de; AMARANTE JUNIOR, Ozelito Possidônio de. "Evolução das regras jurídicas internacionais aplicáveis aos recursos hídricos." In: Revista de Direito Ambiental, v. 80, nov-dez. 2015, p. 423-447. (Citação da p. 11, versão online). Disponível em: http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/05-20_3_Encontro_Anual_da_Rede_Ambiental/RTDoc16_5_11_1_56_PM.pdf.

[43]Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

[44] Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/.

Oportuno colacionar a posição de Durkwood Zaelke, Kenneth J. Markowitz e Thomas Higdon[45] que, com propriedade, destacam que embora tenha ocorrido uma explosão de documentos legislativos no campo ambiental nos últimos trinta anos, isso não significa necessariamente um indicador de sucesso. Acrescentam, ainda que:

> Despite this growing body of environmental law at the national and international level, various measures of environmental quality show continuing degradation across a broad spectrum, with serious consequences for ecosystems and public health.

Álvaro Sánchez Bravo[46] sustenta que o reconhecimento do direito humano à água pelos organismos internacionais representam um avanço para sua efetivação, porém, será o mesmo improdutivo se não for seguido de compromissos dos entes públicos para fins de se buscar sua implementação, através da adoção de medidas políticas e econômicas:

> No bastan sólo palabras, sino que se hace imprescindible, como un primer paso para garantizar la dignidad humana, las inversiones, mediante planes realistas y comprometidos, em el suministro de agua y saneamento. Sin dotación económica, sin reservas destinadas a estos fines em los presupuestos públicos, el derecho al agua será inoperante, y no será más que una declarción grandilocuente vacía de contenido, que olvida no sólo lo obvio de garantizar agua potable a todos los seres humanos, sino lo relevante que estas inversiones son para la generación de desarrollo social y económico, em términos de valor agregado.

É sabido que a mera existência de uma legislação não garante a efetividade do direito nela contido pois se o Poder Público não cumprir a sua parte, permanecerá letra morta, sem qualquer benefício em concreto na vida dos cidadãos.

Verifica-se, portanto que houve uma notável evolução no âmbito internacional no que concerne à proteção jurídica da água visando o pleno respeito ao direito humano de acesso à água potável bem como a utilização racional dos recursos hídricos, porém, não se pode deixar de registrar que é indispensável um esforço efetivo dos Estados para concretizar internamente os direitos consagrados na esfera internacional.

[45] ZAELKE, D.; MARKOWITZ K.J; HIGDON, T. "Compliance and enforcement: toos to meet sustainable fresh water goals.". In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org). Direito, Água e Vida. Law, Water and the web of life, v.1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 111-116.(Citação da p. 114).

[46] BRAVO, Álvaro A. Sánchez. "Derecho humano al agua". In: PURVIN, Guilherme (Org). Direito ambiental, recursos hídricos e saneamento: estudos em comemoração aos 20 anos da política nacional de recursos hídricos e aos 10 anos da política nacional de saneamento. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p 48-64. (Citação da p. 61).

O tratamento jurídico da água evoluiu na esfera internacional para equacionar as diversas nuances relativas ao seu uso, tendo sido-lhe conferido um novo enfoque, deixando de ser tratada tão somente pelo ângulo econômico para alçar a posição de um direito humano, extensivo a todo e qualquer habitante deste planeta, sem qualquer distinção.

Imprescindível registrar que a ONU tem desempenhado um papel proeminente no disciplinamento jurídico dos recursos hídricos com grande produção de normas relativas ao direito de acesso à água potável, que embora ostentem a natureza de *soft law,* em sua maioria, são extremamente importantes para fixar os contornos imprescindíveis para se atingir a segurança hídrica, tais como a busca pela qualidade dos serviços de abastecimento de água, a transparência, destinação de recursos financeiros para investimento, gestão integrada dos recursos hídricos e a universalização[47].

7. Água, bem comum da humanidade

Até bem pouco tempo não tratava-se da água como um patrimônio da humanidade pois o enfoque era voltado exclusivamente para a dominialidade, no âmbito do direito interno, como um bem pertencente aos Estados, o que afastava a incidência de uma proteção de âmbito global de tão valoroso recurso natural. Cuida-se de uma ideia nova e que ainda encontra uma certa resistência e dificuldade sobretudo diante da soberania e independência dos Estados.

Atualmente, grande parte da doutrina defende que, em função da sua especificidade e indispensabilidade para a sobrevivência de todos os seres, a água deve ser abordada como um patrimônio global comum. É o caso de Helini Sivini Ferreira[48] para quem a água é um bem social e patrimônio comum de toda a sociedade, constituindo-se em um recurso natural que pertence a toda a coletividade pois ostenta a característica de ser um bem global e comunitário e que deve ser protegido em nome de toda a humanidade, para a satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações.

Na mesma linha de raciocínio pronuncia-se Ricardo Lorenzetti[49] que entende ser a água um bem coletivo pertencente a esfera social e que apresenta duas características básicas. A primeira consiste na indivisibilidade dos benefícios da água, trazendo como

[47] LIMA, Maria Isabel Leite Silva de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. "Direito humano à água e a perspectiva econômica para a sustentabilidade hídrica." In: Revista do CNMP: água, vida e direitos humanos, v. 07, 2018, p. 13-36. (Citação da p. 17). Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/revista_final.pdf.

[48] FERREIRA, Heline Sivini. "Política Ambiental Constitucional." In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233 – 322. (Citação da p. 297).

[49] LORENZETTI, Ricardo. "¿Que fue; que es y que ser el agua para el derecho?". In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org). Direito, Água e Vida. Law, Water and the web of life, v.1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 215-229. (Citação da p. 227).

consequência a proibição de sua apropriação privada e o caráter difuso de sua titularidade. Já o segundo traço marcante traduz-se no princípio da não-exclusão de beneficiários pois todos os indivíduos são titulares desse direito, o qual se estende às gerações vindouras.

Diante da importância da água, tem-se entendido que a ocorrência de danos ou agressões a esse bem de valia inestimável deve ser enquadrado como uma lesão à humanidade, já que seus efeitos atingem ao planeta e não restringem-se tão somente ao impacto local. Compartilhando desse entendimento, Ivan Maia[50] se pronuncia:

> As águas, como águas dos mares, dos rios ou dos lagos, águas vivas, correntes ou estanques, são bens que pertencem a toda a Humanidade, o que quer dizer que os atos lesivos ao meio ambiente, no que diz respeito à degradação das águas, serão considerados delitos de *lesa humanidade,* porque se trata de bem jurídico-penal prevalente e de máxima importância, ante o interesse global e a necessidade premente de preservação e atenção por sua riqueza imensurável e constante escassez.

Numa visão holística da natureza, todos os seus componentes estão intimamente conectados, daí as repercussões dos atos lesivos ao ambiente não respeitarem limites e fronteiras, alcançando a todos indistintamente, carecendo de uma proteção multinível apta a refrear o crescente processo de degradação ambiental que assola o planeta.

Leonardo Boff[51] também considera que a água é um bem comum público mundial, constituindo-se em patrimônio da biosfera e indispensável para a sobrevivência de todas as formas de vida, devendo o Poder Público garantir seu acesso a toda a população.

Por ser diferente dos demais recursos naturais, já que é insuscetível de substituição por qualquer outro, a água representa um bem vital para os seres que habitam o planeta, devendo ser garantido seu acesso universal, de forma que afigura-se coerente o entendimento de que trata-se de um recurso natural que pertence a todos indistintamente, patrimônio global comum da humanidade.

Por outro lado, não se pode perder de vista que embora a água seja objeto de proteção do Direito Internacional, tanto na perspectiva ambiental como sob a ótica da garantia do acesso à água, os Estados são soberanos para dela dispor, da mesma forma como o fazem em relação aos demais recursos naturais que encontram-se em seu território. A água, ao lado do viés ambiental e social, apresenta também a natureza econômica,

[50] MAIA, Ivan Luis Barbalho. "O acesso à água potável como direito humano fundamental no direito brasileiro." In: Revista do CEPEJ, v. 20, Salvador, jul-dez. 2017, p. 301-338. (Citação da p. 333). Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/download/27165/16363. (Grifos do autor).

[51] BOFF, Leonardo. "A questão da água no contexto da globalização." In: Revista ECO 21, n. 109, dez. 2005. Disponível em: http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=1251.

constituindo-se em um valoroso bem e como tal será explorado pelos Estados. Ressalte-se que, embora soberanos, cabe aos Estados desenvolver uma gestão racional dos recursos hídricos.

Não obstante seja considerável a adesão da comunidade internacional ao reconhecimento de bens ambientais como patrimônio comum da humanidade, Carla Amado Gomes[52] destaca que a questão assume feições de complexidade quando se trata da gestão internacional de bens sujeitos a jurisdição estadual pois, ressalvado o dever de indenizar os danos causados por poluição transfronteiriça gerada por fontes situadas em seu território assim como a obrigação de respeitar obrigações convencionalmente reconhecidas, o Estado dispõe de total autonomia para dispor de seus recursos naturais, independentemente da sua importância para a manutenção do equilíbrio ambiental do planeta. Dentro de seus territórios, os Estados são soberanos para explorar os recursos naturais sem que lhe seja imposto um dever geral de prevenção de danos ao ambiente.

Luciana Ferreira[53], com propriedade, faz um alerta esclarecedor no sentido de que: "[...]o direito universal de acesso à água não pode, no entanto, se transformar em alvará para atropelar o direito de cada nação soberanamente decidir sobre suas reservas e sobre a gestão de seus recursos naturais".

Assim, deve haver respeito à autonomia estatal sobre a exploração de seus bens ambientais sob pena de, em defesa do patrimônio ambiental da humanidade, legitimar-se intervenções da comunidade internacional nos Estados, afrontando diretamente sua soberania, o que não seria aceitável. Até que sobrevenha uma convenção ou outro instrumento internacional que pactue que a água é um bem público internacional, ratificado por todos os Estados subscritores, não vislumbra-se embasamento jurídico diante do arcabouço legal existente para defender tal enquadramento do bem água.

Da análise dos documentos internacionais relativos à água, não obstante a importância da Resolução nº 64/292/2010 da ONU, verifica-se que não existe um documento formal ratificado por todos os Estados, de natureza de *hard law,* onde haja o reconhecimento do direito de acesso à água como direito humano. Não há, no âmbito internacional, nenhuma convenção ou outro instrumento jurídico com efeito vinculativo que assegure o direito universal de acesso à água potável.

[52] GOMES, Carla Amado. "Os bens ambientais como bens de interesse comum da humanidade: entre o universalismo e a razão de Estado." In: Direito Internacional do Ambiente: Uma abordagem temática. Lisboa: Almedina, 2018, p. 37-58. (Citação da p. 40 e p. 47).

[53] FERREIRA, Luciane. "Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano". In: Revista de Direito Público, v. 06, n. 01, Londrina, jan/abr. 2011, p. 55-69. (Citação da p. 64). Disponível em: http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2011v6n1p55 e http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub /article/view/8141.

8. Água, um recurso natural polarizador de conflitos

Os vocábulos "rio" e "rival" possuem a mesma raiz do latim e, desde os primórdios da civilização, muitas vezes vizinhos que dividem o mesmo rio enxergam-se na posição de rivais. O conflito tem lugar quando incidem vários interesses sobre algo, muitas vezes divergentes entre si, cabendo ao Direito buscar o disciplinamento para a resolver a contenda. No caso da água, alguns fatores contribuem para o agravamento da crise hídrica mundial, como o compartilhamento de bacias hidrográficas, a poluição, o desperdício e as crescentes demandas de água. As disputas tendem a se tornar ainda mais intensas em virtude dos múltiplos usos, sendo alguns deles extremamente difícil de compatibilizar[54].

Numa economia global a cada dia mais integrada, a escassez hídrica cruza fronteiras e situações de conflitos começam a surgir em virtude dos diferentes interesses envolvidos em seus inúmeros usos que muitas vezes colidem, como é o caso da construção de grandes barragens para a geração de energia elétrica que frequentemente choca-se com outros, por exemplo, relacionados à irrigação agrícola, pecuária, navegação, pesca, turismo, lazer e até mesmo, ao abastecimento humano.

Ao longo dos séculos, incontáveis conflitos têm se instalado em todo o planeta em virtude da disputa pela água. Ocorre que tal situação agrava-se na atualidade pois a demanda pela água é crescente enquanto que a capacidade hídrica do planeta mantém-se a mesma e não consegue acompanhar o ritmo de consumo imposto pelo progresso e desenvolvimento. Trata-se de uma realidade inafastável e de elevada complexidade. A United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) estima que em 2050 um quarto da população do planeta viverá em situação de escassez crônica de água potável[55].

Oportuno colacionar o pensamento de Édis Miláré[56], ao enunciar que: "A água torna-se um magno problema de ecopolítica global, resumido na expressão real, nada metafórica, de 'guerra pela água', que encontra-se em gestação em algumas partes do mundo." Na verdade, as tensões já se fazem presente na atualidade, podendo ser de maiores ou menores proporções, caráter regional ou local, chegando podendo ocasionar guerras entre Estados[57].

São diversas as facetas que os conflitos pelos suprimentos de água doce podem assumir como bem assevera Maude Barlow[58]: "[…] entre nações, entre ricos e pobres,

[54] GRANZIERA, Maria Luíza Machado. Direito de Águas: Disciplina jurídica das águas doces. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.
[55] Disponível em: http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/environment/water/wwap/wwdr.
[56] MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 531.
[57] VIEGAS, Eduardo Coral. Gestão da água e princípios ambientais. 2ª ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2012, p. 35.
[58] BARLOW, Maude. Água. Pacto Azul. A crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. Tradução de Cláudia Mello Belhassof. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2009, p. 147.

entre o interesse público e privado, entre habitantes rurais e urbanos e entre as necessidades concorrentes do mundo natural e a dos seres humanos."

Erivaldo Moreira Barbosa[59] assevera que a água apresenta-se como "uma dimensão aglutinadora de conflitos jurídicos, sociais, econômicos, ambientais, políticos e éticos". Acrescenta o autor que, paulatinamente, a água vem ocupando o lugar do petróleo como o recurso natural mais precioso do planeta, podendo a disputa pela água pode vir a ser o foco da terceira guerra mundial, pois enquanto o "ouro negro", como é denominado o petróleo, tem sido substituído por outras fontes de energia, a água, "ouro azul", indispensável à manutenção da vida na Terra, não pode ser substituída por nenhum outro recurso natural.

Cabe ao Estado repelir as atividades que ponham em risco o patrimônio hídrico, a poluição, em todas as suas formas, das nascentes, rios e lagos, a superexploração dos recursos hídricos que podem chegar até mesmo ao esgotamento, os desvios do leito natural dos cursos d'água, as obras hídricas sem planejamento, zelar pela manutenção da rede de abastecimento de água impedindo vazamentos e perdas, além de desenvolver políticas públicas que permitam o acesso justo e equitativo da população a tão importante recurso natural.

Ao lado do direito de acesso à água deve caminhar o dever de seu uso racional, banindo-se desperdícios e práticas nocivas ao ambiente, sendo adequado o trabalho de educação ambiental, sobretudo nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, acerca da correta utilização dos bens da natureza, dentre eles, a água. Além disso, é primordial a elaboração de planos que utilizem os recursos hídricos de maneira sustentável e equilibrada.

9. Conclusão

O acesso à água é um dos maiores desafios do século XXI e a cada dia sua problemática ganha maior relevo no cenário internacional, quer pela sua essencialidade para a vida, quer pela sua escassez e pelas diversas implicações dela decorrentes, sobretudo as batalhas pela água, revelando a imprescindibilidade do desenvolvimento de políticas públicas, tanto no âmbito interno dos Estados como à nível internacional, voltadas para um manejo integrado e gestão racional dos recursos hídricos, com a adoção de medidas que objetivem tanto a sua proteção e conservação como a reparação dos danos já causados.

Por tratar-se de um bem comum da humanidade, todos os indivíduos são titulares do direito de acesso à potável, a qual deve ser disponibilizada de forma universal a preços

[59] BARBOSA, Erivaldo Moreira. "Água doce: direito fundamental da pessoa humana". In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega (Coord.). Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 37-46. (Citação da p. 37).

justos e em quantidade e qualidade suficientes, cabendo ao Poder Público efetivar as providências cabíveis para tal fim[60]. No entanto, para se alcançar a segurança hídrica é necessário banir a condição de miserabilidade em que vive grande parcela da população mundial. Medidas voltadas para a erradicação da pobreza devem ser adotadas urgentemente pelos Estados, pois do contrário as classes sociais menos favorecidas continuarão a suportar os maiores efeitos da crise global da água. Assegurar seu fornecimento dentro dos padrões de potabilidade e em quantidade suficiente para todos os habitantes do planeta, minimizando a grande dívida social existente, deve ser uma meta a ser perseguida por todos os Estados.

A ONU não tem poupado esforços para viabilizar o acesso à água potável para toda a população do globo terrestre, porém, às suas ações deve-se somar uma postura pró-ativa dos Estados a fim de assegurar-se uma equidade social na distribuição da água e o efetivo respeito ao direito humano ora consagrado pelas Nações Unidas através da Resolução nº 64/292/2010.

É premente a necessidade de avançar-se na forma como os Estados lidam com os Direitos Humanos, sobretudo os relativos ao direito de acesso à água potável, pois não obstante reconheçam sua importância, por tratar-se, na sua esmagadora maioria, de normas de *soft law,* muitas vezes permanecem esquivando-se da adoção de medidas para sua implementação, sobretudo porque, em geral, requer investimentos de grande monta[61].

O reconhecimento do direito humano de acesso à água potável e ao saneamento básico através da Resolução nº 64/292/2010 da ONU não implica automaticamente numa garantia de segurança hídrica para toda a população do globo. As declarações do direito humano à água, no âmbito internacional, normalmente são vagas, genéricas, ausente uma definição exata do seu conteúdo e do papel do Estado para sua concretização[62]. Cabe, portanto, ao direito internacional contemporâneo a função não apenas de reconhecer e afirmar o direito à água potável como um direito humano mas também de protegê-lo para que consiga atingir o ideal da Declaração Universal dos Direitos Humanos, consistente na

[60] RESENDE, Augusto César Leite de. "O acesso à água potável como parcela do mínimo existencial: reflexões sobre a interrupção do serviço público de abastecimento de água por inadimplemento do usuário." In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.7, n. 02, ago. 2017, p. 267- 284. (Citação da p. 268). Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/4728/pdf.

[61] ESPADA, Gildo. "O direito humano à água.". In: GOUVEIA, Jorge Barcelar; HENRIQUES, Henrique José; ESPADA, Gildo; COUTINHO, Francisco Pereira. III Congresso do Direito de Língua Portuguesa. Justiça, Desenvolvimento e Cidadania. Coimbra: Almedina, 2014, p. 235-250. (Citação da p. 249).

[62] BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. "O direito à água no direito internacional e no direito brasileiro." In: Confluências. Revista interdisciplinar de sociologia e direito, v. 14, n. 1, Niterói: PPGSD-UFF, dez. 2012, p. 60-82. (Citação da p.78 e p.79). Disponível em: periodicos.uff.br/confluencias_teste/article/download/20171/11844.

[63] FRATTON, Elisangela Furian; OLIVEIRA, Aline Cristina de. "O reconhecimento do direito à água potável como direito humano fundamental no direito internacional público." XIII Seminário Internacional. Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra internacional de trabalhos científicos, 2016, p. 1-20. (Citação da p.17). Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16031.

melhoria das condições de vida de toda a população mundial[63].

A questão do acesso à água merece total atenção por parte dos líderes mundiais, da comunidade jurídica e de toda a humanidade pois ela é decisiva para a paz mundial e para o futuro de todos os seres viventes no planeta Terra. A gestão humanista e o uso equitativo desse bem comum da humanidade deve ser perseguido pelo Poder Público como forma de assegurar o fornecimento universal de água dentro dos padrões de potabilidade e em quantidade necessária para garantir a vida humana com dignidade[64].

[64] FRATTON, Elisangela Furian; OLIVEIRA, Aline Cristina de. "O reconhecimento do direito à água potável como direito humano fundamental no direito internacional público." XIII Seminário Internacional. Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra internacional de trabalhos científicos, 2016, p. 1-20. (Citação da p.02) Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16031.

Uma análise do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) brasileiro à luz da teoria do transplante legal

T. Chacon Delgado

1. Introdução

O presente artigo pretende analisar a importação do acordo de não persecução penal ao direito brasileiro, como um instituto com raízes extraídas e inspiradas em modelos presentes anteriormente no direito estrangeiro.

Parte-se da problemática central, comumente repetida por estudos críticos, de que o legislador brasileiro criou o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), com a Lei nº 13.964/2019, realizando meras cópias de institutos estrangeiros, sobretudo, do famigerado *plea bargain norte-americano.*

Percebe-se ser recorrente a reprodução da crítica de que acordos penais de quaisquer espécies afrontam o direito brasileiro, pois foram pensados para sistemas distintos, de raízes do *common law,* com bases constitucionais e estruturas diversas, aproximando-o de uma perspectiva adversarial pura, na qual as partes teriam ilimitados poderes para dispor da persecução penal, em nome de resultados utilitaristas e pragmáticos, como ocorre na realidade norte-americana.

Por outro lado, sabe-se que o Brasil possui um sistema de inegável viés democrático e acusatório, com instituições públicas incumbidas constitucionalmente de serem os titulares da ação penal, mais precisamente a partir do artigo 129, I, da Constituição da República Federativa Brasileira ao dispor que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Dessa crítica nasce a justificativa deste estudo, fazendo-se necessário compreender se as regras escolhidas pelo legislador brasileiro, quando da criação do ANPP, acrescentando o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, contrariam ou se harmonizam ao sistema acusatório e aos direitos e garantias superiores previstos na nossa Constituição cidadã.

O estudo, para atingir este propósito, utilizará metodologia de pesquisa qualitativa e bibliográfica, de cunho argumentativo e caráter exploratório, amparado em doutrina consolidada e amplamente testada no ambiente acadêmico, em especial, nas ideias desenvolvidas por Alan Watson e Maximo Langer a respeito dos transplantes e traduções de institutos jurídicos de um sistema doador para o sistema receptor.

Busca-se, portanto, contribuir com a busca por respostas sólidas,

compreendendo mais profundamente o Acordo de Não Persecução Penal brasileiro, o que poderá ser salutar para o aprimoramento do debate e o surgimento de novas críticas ou ideias, pois, como bem adverte Bernd Schünemann, ao comentar a introdução do consenso no contexto penal da Alemanha, os verdadeiros problemas atinentes ao alargamento das hipóteses de oportunidade não se encontram em seus fundamentos, mas em seu controle e limites.

É preciso, portanto, aceitar a realidade de tal mecanismo punitivo, em vigor desde 2019, e conhecê-lo na sua integralidade, para assim angariar argumentos que possibilitem expor críticas adequadas, visando aprimoramentos, sob pena de restarem meros apelos retóricos à sua negação.

2. Justiça consensual e a importação jurídica de institutos estrangeiros: as necessárias acomodações e adaptações

Alan Watson (1993) produziu um relevante estudo a respeito dos transplantes jurídicos, tornando-se, desde então, ponto de partida fundamental para um abalizado estudo do direito comparado. Sua teoria ganhou amplo espaço, por meio da publicação do livro, em 1974, denominado *Legal Tansplants.*

Entretanto, como observa Dutra (2018), antes de Watson publicar essa famosa obra de referência, já havia autores que se utilizavam do termo "transplante jurídico" como metáfora no sentido de *"transplantar leis"*, podendo ser destacado Jeremy Bentham e Frederick Walton, em 1927. Bentham, em sua obra "Time and Place", ainda em 1782, elabora três capítulos dedicados inteiramente aos estudos dos transplantes legais, trabalhando nove técnicas para que o transplante jurídico possa ser bem-sucedido no ordenamento receptor, além de expor algumas das possíveis resistências.

Watson, no entanto, é certamente o autor mais citado nessa temática, desenvolvendo importantes contribuições ao defender que o empréstimo de normas, instituições e ideias jurídicas pode ser considerado a forma mais comum para o desenvolvimento do Direito. Esse empréstimo, defende o autor, não significa a implementação plena do sistema doador por parte do sistema receptor. O estudo do direito comparado deve ser compreendido como uma análise das relações entre os sistemas legais envolvidos nesse intercâmbio.

Para o citado autor, o sucesso de um possível transplante jurídico não está vinculado, necessariamente, à proximidade ou semelhança das raízes dos sistemas envolvidos. Para ele, mais importante é a ideia (instituto ou teoria) que está sendo analisada para ser incorporada. Assim, o êxito ou o fracasso do empréstimo jurídico não tem ligação direta com o contexto político-jurídico, social ou econômico dos sistemas (WATSON, 1976).

Essa reflexão, entretanto, não é pacífica, havendo autores que defendem a necessidade de avaliação da pertinência dos sistemas para determinar o sucesso de um

transplante legal. Com esse debate, desenvolveu-se a diferenciação, feita por Eric Stein (1997), entre a "perspectiva sociológica" dos transplantes, com visão "micro-legal", adotada por Kahn-Freund; e, de outro lado, a "perspectiva historicista do direito", extraída da análise "macro-legal", defendida por Watson e que contribuiu com o pensamento de inúmeros juristas posteriormente.

Para Dutra, porém, é só em seguida que os autores dedicados a essa temática, fundamental para a compreensão dos estudos de direito comparado, passam a aprofundar o objeto do transplante. A contribuição de Rodolfo Sacco (1991) é considerada por Dutra como a primeira que foca no objeto (instituto a ser transladado). O trabalho desse autor é considerado inovador na medida em que propõe uma concepção de "formatos legais", como uma estrutura jurídica que varia em cada sistema.

O autor elenca, por exemplo, a existência de leis, regras prescritas por decisões (jurisprudências) e a doutrina, como sendo formatos legais que não estão necessariamente em harmonia para o estudo de um dado instituto ou sistema, o que dificulta o êxito das importações e exportações dos conceitos e instrumentos jurídicos. (SACCO, 1991).

Em seguida, com mais destaque no Brasil, surgem as pesquisas de transplante jurídico e tradução legal (*legal transplant e legal translation*) abordadas por Maximo Langer, as quais serão utilizadas para avaliar a introdução do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro. Em suas palavras:

> [...] a influência do plea bargaining estadunidense sobre todas estas quatro jurisdições é inegável. Apesar desta influência, contudo, a importação do plea bargaining nestas jurisdições não é suscetível de reproduzir um modelo estadunidense de processo criminal. Cada uma destas jurisdições adotou uma forma de plea bargaining que contem diferenças –às vezes substanciais –do modelo estadunidense, seja devido às decisões dos reformadores jurídicos em cada uma das jurisdições, seja devido às diferenças estruturais entre o processo penal estadunidense e os processos penais da tradição *civil law.* (LANGER, 2017).

Em resumo, importar um instrumento jurídico de um país (ordenamento) para outro, não significa, simplesmente, transplantá-lo, como se fosse possível encaixá-lo com os mesmos contornos, linhas e formatos que havia no paradigma correspondente, mas sim realizar uma atividade mais assemelhada a uma tradução, na qual condições circunstanciais e locais acabam influenciando sobremaneira no resultado da operação.

2.1. Os principais fatores para a chegada dos acordos penais ao Brasil

No âmbito da justiça criminal brasileira, o pensamento de resolução de conflitos de forma consensual sempre esteve conectado a intensas resistências e críticas. É preciso

lembrar que no Brasil sempre prevaleceram mecanismos de respostas advindos da cultura do litígio, da centralidade do poderio estatal, em especial do Poder Judiciário, e da ideia de adversariedade entre acusação x defesa. Com isso, às partes, principais interessados e sujeitos capazes, nunca foi inteiramente confiada a resolução consensual da lide. Neste sentido, Cunha (2020) aponta que se estimula o conflito para que o Estado-juiz seja chamado para socorrer e proferir o heroico decisório.

É importante considerar que o primeiro fundamento apto a sustentar a introdução de mecanismos negociais nos sistemas continentais foi a pretensão de superação do modelo inquisitório e paternalista, partindo-se para instauração de um sistema acusatório. Essa razão é vista, no Brasil, por meio de diversas reformas e criação de novos institutos processuais, bem como nas legislações latino-americanas aprovadas a partir da década de 1990, as quais assumem uma tendência de ampliação dos instrumentos de poder e autonomia das partes (acusação e defesa), deixando o Judiciário em posição de inércia e imparcialidade para uma jurisdição mais restrita e precisa (CUNHA, 2020).

Outro argumento que explica essa rápida expansão dos métodos consensuais para aplicação da pena é apontado por Langer como o discurso jurídico contemporâneo de se estabelecer um processo penal célere e eficiente, capaz, portanto, de proporcionar respostas à macrocriminalidade, cada dia crescente em quantidade e complexidade.

Como lembra Miranda Rodrigues (2003), as dificuldades probatórias concernentes a crimes mais complexos, como aqueles cometidos por organizações criminosas e os denominados de "colarinho branco", ou crimes corporativos e econômicos, com uso de meios tecnológicos, os quais demandam um tempo mais alargado para investigação e conclusão da instrução, também justificam a busca por soluções negociais como alternativas ao processo penal de cunho meramente litigioso ou tradicional.

Por fim, pode-se apontar que em países como o Brasil, a existência de grande desigualdade social e falta de políticas públicas básicas, em prejuízo de boa parte da população, também contribui com o aumento da criminalidade, sobretudo em delitos de natureza violenta e patrimonial, além das dificuldades globais envolvendo a repressão ao tráfico de drogas. Assim, com o aumento do número de processos em andamento, surge também a necessidade de mecanismos mais céleres de solução judicial.

Todavia, Masson (2018) enfatiza que medidas paliativas não servem para resolver problemas estruturais. Para o autor, medidas meramente paliativas são aquelas destinadas a combater as falhas do modelo de prevenção criminal, elaboradas pelo Poder Legislativo com a edição de leis na tentativa de atender aos anseios sociais do momento. Trata-se do chamado Direito Penal simbólico, instituto que para Masson (2018, p. 2), "proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido."

O relatório Justiça em Números de 2023, produzido anualmente pelo Conselho

Nacional de Justiça – CNJ, demonstrou que apenas em 2022 houve o ingresso, no Brasil, de mais 3,1 milhões de novos processos criminais no sistema do Poder Judiciário. Destes, 2,4 milhões (63,8%) representam a fase de conhecimento de primeiro grau, 19,4 mil (0,5%) nas turmas recursais, 597,4 mil (16,1%) no segundo grau e 142,3 mil (3,8%) nos Tribunais Superiores. Além dos 3,1 milhões, foram iniciadas 585,8 mil (15,8%) de novas execuções penais, totalizando 3,7 milhões de novos processos criminais, quando computadas as execuções penais.[1]

Esse cenário, portanto, corrobora decisivamente com a necessidade de se buscar novos métodos e ritos para dar vazão aos julgamentos em tempo razoável.

O surgimento do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro (ANPP) é, desta feita, um exemplo de instituto que remete aos fundamentos da justiça penal negociada, inerente ao chamado Direito Penal de 2ª Velocidade de Silva Sánchez. (SANCHEZ, 2002), uma vez que privilegia punições alternativas à prisão.

Assim, a introdução de mecanismos negociais estrangeiros nos sistemas dos países continentais, como foi o caso do Brasil, também expõe a necessidade de transformação estrutural, intentando-se novas regras que permitam economia processual, maximização do princípio acusatório, da eficiência na função primordial do direito penal e na racionalização das prisões (MIRANDA RODRIGUES, 2003).

2.2. Argumentos críticos ao consenso penal como mecanismo punitivo no contexto brasileiro

Essa adaptabilidade, porém, não é impassível de críticas. Autores como Aury Lopes Jr. (2021), Rosmar Alencar e o próprio M. Langer compreendem que constitui grave erro importar *"a la carte"* institutos de sistemas de matrizes absolutamente diversas, como é o caso do *common law* norte-americano. Tais importações, para os mencionados autores, desconsideram a incompatibilidade sistêmica entre os modelos do *common law* e *civil law,* sendo o ANPP brasileiro, para grande parte destes críticos, um exemplo desta importação indevida.

Citam, ainda, que os princípios que regem o processo penal brasileiro, como a acusação de iniciativa pública, os limites institucionais do Ministério Público e a indisponibilidade do objeto do processo penal (princípio da obrigatoriedade), são barreiras intransponíveis para a introdução de mecanismos de negociação no sistema processual penal brasileiro.

Outra parte da doutrina, como Garapon e Papadopoulos (2008), aponta riscos, compreendendo que a justiça negocial visa promover a "abertura de um mercado internacional do direito". Assim, estaria o direito processual penal cedendo às pressões

[1] CNJ – Relatório Justiça em Números 2023. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2023.pdf. Acesso em 02/09/2023.

econômicas em busca de celeridade e efetividade nas penas, colocando como preço a flexibilização dos direitos fundamentais individuais.

Para Vasconcelos (2022), a utilização dos acordos penais, de maneira geral, na essência, provoca um desaparecimento do processo, de modo a inviabilizar a dogmática processual penal limitadora do poder punitivo. Ademais, potencializa riscos de abusos e erros judiciais.

Entretanto, passe-se, a seguir, a demonstrar fundamentos que contrariam as visões negativas acima retratadas. Inicialmente, cabe ressaltar, como já explanado neste trabalho, que importar um instrumento jurídico do exterior, seja qual for o sistema paradigma e o receptor, significa traduzi-lo e não simplesmente transplantá-lo. Por outro lado, o diálogo de fontes e culturas, com intercâmbio de institutos e práticas, não é necessariamente prejudicial, podendo, inclusive, contribuir com o avanço racional e epistêmico do processo judicial.

A visão de sistemas isolados e autossuficientes, portanto, parece superada em um mundo globalizado e cada vez mais conectado e tecnológico. Nesse sentido, é importante mencionar que outros instrumentos, hoje considerados importantes e avançados no direito brasileiro, também foram fruto de importação de ideias advindas de outros sistemas, como a audiência de custódia, o respeito aos precedentes, o juiz das garantias e, até mesmo, a colaboração premiada.

Cabe frisar que o fenômeno de expansão da justiça negociada, influenciando também o campo penal, não é exclusivo do Brasil. O processualista Scarance Fernandes (2005, p. 180-181) reconhece ser um movimento global, seja nos Estados Unidos ou na Inglaterra (países de origem *common law*), seja nos demais países da Europa e da América Latina (*civil law*), a exemplo de Chile, Argentina e Brasil, afirmando que vem se ampliando a "cultura processual alternativa", com flexibilização de regras procedimentais e introdução de mecanismos negociais entre as partes. Nereu Giacomolli (2014) lembra que até mesmo Tribunais Internacionais e organizações supranacionais aceitam e estimulam a modalidade de condução do processo penal abreviado.

Essa tendência, adverte Ventura Leite (2013), parece ter se iniciado ainda em 1986, na Reunião de Helsinque, em que foi aprovado o fomento aos acordos com aplicação de penas não privativas de liberdade. No mesmo trilhar, em 1987, foi realizada a Recomendação nº 18 do Conselho de Ministros da Justiça da Europa, na qual restou consignado que esse órgão "expressamente recomenda o procedimento de assunção de culpa, com vistas a acelerar a justiça" (VASCONCELLOS, 2022, p. 20).

No contexto internacional ainda se observam as Regras de Tóquio – Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990, nas quais, taxativamente, há o reconhecimento à aplicação abreviada de penas não privativas de liberdade a partir de critérios utilitaristas (BOVINO, 2005, p. 30).

O constitucionalista português Jorge de Figueiredo Dias (2011, p. 325) mostra-se entusiasta da expansão da justiça penal negociada, chegando a afirmar que "a tentativa de

consenso deve ser levada tão longe quanto possível, para o que importa melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos processuais e as diferentes formas processuais". Para o mencionado autor, o formato de consenso é plenamente adaptável aos ordenamentos processuais penais democráticos, devendo-se aprimorar os mecanismos de controle e racionalidade para o seu adequado mister.

Do exposto, constata-se que o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), recentemente positivado no Brasil, em 2019, vem alinhar-se ao mesmo fluxo já experimentado em diversos países e tribunais internacionais, inclusive e, primordialmente, nos continentes Europeu e Sul-Americano.

Nesse sentido, Vasconcellos (2022, p. 22) cita que o Código Modelo de Processo Penal para Iberoamérica, apresentado ainda em 1988, já reconhecia dois esquemas ideais e legítimos para procedimentos de apuração e instrução da justiça penal, com o objetivo de servir de parâmetro a ser seguido pelos países da região: i) um abreviado, com admissão de culpa por parte do imputado em troca de pena reduzida; e ii) outro comum, para juntada de provas, com instrução e diversas fases de julgamento.

2.3. ANPP e *plea bargaining:* uma análise comparativa das principais diferenças

O Acordo de Não Persecução Penal pode ser conceituado como negócio jurídico ou ajuste obrigacional extraprocessual e bilateral, com efeitos penais materiais e processuais, celebrado entre o titular da ação penal e o investigado, sempre assistido por advogado ou defensor. Por esse meio, as partes formalizam interesse recíproco de que o caso não seja submetido ao rito ordinário do conflito, suscetível de sentença condenatória, optando por sua substituição pelo rito consensual, requerendo ao Judiciário a homologação da avença para início do cumprimento das condições sancionatórias ajustadas. Ao final, satisfeitas todas as cláusulas punitivas, declara-se a extinção da punibilidade (CUNHA, 2020, p. 127).

Por tal definição já se percebe, de antemão, evidentes diferenças entre o ANPP e institutos traduzidos do direito estrangeiro, como o *plea bargain* norte-americano. Revelam-se diferenças substanciais, como, exemplificativamente, a forma de encarar a verdade processual; a possibilidade de fixar sanções privativas da liberdade; o uso do *nolo contendere*[2]*;* o comportamento da acusação e da defesa na realização das barganhas, pautados em estratégias obscuras ou artificiais; o modelo de promotoria de justiça de caráter não-oficial e com escolhas discricionárias; além do uso abusivo da *overcharging*[3].

[2] De acordo com CASTRO, 2020, p. 51: "o acusado poderá se declarar não culpado, culpado ou com consentimento do juízo, conhecido como nolo contemdere. O juízo poderá recusar a aceitar a confissão de culpa, e não deverá aceitá-la sem antes determinar que tal declaração tenha sido feita voluntariamente".

[3] O termo "overcharging" pode ser definido como a prática consistente em multiplicar as acusações contra um imputado (horizontal overcharging) ou imputar prática de crime mais grave a ele (vertical overcharging), com o objetivo de induzir o imputado à negociação de um guilty plea – a aceitação da aplicação de pena imediata, com a renúncia ao julgamento por júri no curso do processo – em troca de o acusador dispensar parte das acusações ou reduzi-las a crimes menos graves (ALSCHULER, 1968)

Todas essas peculiaridades do sistema adversarial estado-unidense não são vislumbradas no modelo brasileiro.

Cabe destacar a diferença substancial extraída da comparação entre os órgãos acusatórios dos sistemas americano e brasileiro. Nos países de *civil law,* derivados de um modelo inquisitorial, o promotor de justiça é um agente comprometido com a verdade dos fatos investigados e com a obrigatoriedade (legalidade) da ação penal, como previsto na Constituição brasileira, não podendo a acusação dispor injustificadamente da imputação ou dos sujeitos imputados, caso presente autoria e materialidade, tampouco pautar sua atuação em critérios discricionários ou imorais.

Esse ponto, por si só, já expõe grandes diferenças na importação desse instituto para o direito brasileiro, porquanto a posição de negociação do órgão acusador não é tão ampla como no modelo adversarial puro estadunidense.

Nesse ponto, Cunha concorda que, embora as comparações doutrinárias do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro sejam feitas, predominantemente, com o direito norte-americano, em trabalhos científicos que colocam a *plea bargaining* como um contraponto comparativo, quase obrigatório, o ANPP não guarda semelhanças relevantes com esse referencial, havendo uma pertinência maior com os instrumentos do direito francês (*composition pénale*) e alemão (*Absprache*). (CUNHA, 2022).

Assim, não é adequado deduzir falhas ou pressupor que o ANPP poderá se mostrar antigarantista ou incompatível com o sistema de direitos e garantias brasileiro, utilizando-se, tão somente, de argumentos extraídos de estudos empíricos do direito comparado norte-americano, porquanto são induvidosas as diferenças de natureza e tratamento existentes entre tais regramentos.

Também nesse sentido cabe referenciar que a *plea bargaing* não oferece compromisso do órgão acusador com a verdade dos autos, havendo a possibilidade do *"nolo contendere"* para a maioria dos delitos, em substituição à necessidade de confissão (FALCONERY, 2022). Ao contrário, no Brasil, consoante ressalta Falconery (2022), a posição jurídica do promotor de justiça brasileiro não se altera no bojo de um ANPP. Continua como instituição garantidora de direitos constitucionais, seja da vítima, da coletividade ou dos investigados (acusados), nos moldes assentados na Constituição da República de 1988 (art. 127, caput), não podendo se desvencilhar do interesse primordial na apuração da verdade dos fatos em uma perspectiva de aproximação da correspondência à realidade.

Assim, para a autora citada, "o Ministério Público não dispõe de amplos poderes de negociação, não havendo o que se falar em liberdade de exclusão de imputação, ou de dispor do procedimento investigatório criminal correspondente sem a certeza da materialidade e autoria" (FALCONERY, 2022), o que reflete robusta e substancial diferença para o modelo adversarial puro adotado pelos Estados Unidos.

Além da justa causa, consistente em um procedimento investigativo formalizado que conclui pela existência de materialidade e autoria contra o imputado, expondo os

elementos de prova neste sentido, Falconery lembra também da importância da confissão na perspectiva de busca da verdade por correspondência. Afirma a autora que

> "a confissão exigida para a celebração do acordo difere no guilty plea, uma vez que, na hipótese de ser o acordo revogado, a confissão é mais um meio de prova ou elemento informativo, entre os demais, a ser valorado pelo juiz da causa, em futura ação penal." (FALCONERY, 2022).

Assim, percebe-se a presença da cognoscibilidade em busca da verdade correspondente também no âmbito do ANPP, embora possa ser considerada em patamar reduzido, em comparação ao procedimento comum litigioso, o que se justifica pela abreviação das fases processuais. Em compensação, cabe sublinhar que há uma amenização dos riscos envolvidos com essa opção, na medida em que não se admite a privação da liberdade.

Desse modo, o acordo é proposto com base em justa causa, após conclusão do procedimento investigatório correspondente, desde que o promotor de justiça forme a *opinio delicti* no sentido de haver elementos para a denúncia e o investigado, em posição de plena voluntariedade, sem pressões, coações implícitas ou receio da prisão, confirma a sua autoria nos exatos termos enunciados. Para Falconery, portanto, "o ANPP não é um meio de encerramento mais célebre do processo, como ocorre com o *plea agreement,* mas uma forma de evitá-lo, visto que ele é proposto antes do oferecimento da peça acusatória". (FALCONERY, 2022).

Por tudo isso, retomando Langer, é preciso apontar as diferenças entre transplantar e traduzir um instituto jurídico. Para ele, a ideia de transplante estaria muito mais ligada a uma reprodução idêntica, colocando-se o instituto de forma a copiar e colar no outro ordenamento. Esse é o ponto que Langer (2017) considera inviável, em importações de instrumentos jurídicos, ao afirmar que a metáfora do transplante falha na explicação da transformação que as ideias e instituições jurídicas sofrem quando são transferidas para outro sistema distinto.

O termo "tradução jurídica", para o citado autor, torna-se mais adequado, pois propicia uma intervenção heurística de maior produtividade e melhor significado. O instituto estrangeiro, quando integrado ao novo ordenamento receptor, deve ser pensado como um "texto" que foi traduzido de uma "linguagem" para outra. Ou seja, as traduções, por melhores que sejam os tradutores, nunca chegam a reproduzir com perfeição o que presenta o paradigma, sobretudo em casos tais, como no *plea bargaing* e sua possível tradução brasileira, por serem instrumentos advindos de matrizes jurídicas diversas, a saber, *common law* e *civil law,* com pensamentos, ideais e estruturas destoantes.

Há, pois, intensas diferenças estruturais entre os processos criminais norte-americano, de natureza adversarial e os processos regidos ou descendentes de

sistemas com raízes inquisitoriais, como é o caso do Brasil, Chile, Uruguai, Portugal e Itália, entre outros. Por outro lado, não se pode menosprezar as distinções de ordem cultural, expostas, sobretudo, no comportamento dos principais atores do processo penal.

A resistência, por exemplo, por parte de algumas instituições em mudar comportamentos (juízes, acusadores e defensores) ou perder poderes e atribuições também é fator que influencia(ou) o resultado da tradução ou importação de instrumentos. A acumulação de todos esses fatores demonstra como um instituto se flexibiliza ao entrar em vigor no ordenamento diverso. Na síntese utilizada por Damaška (1997, p. 839-840), *"the music of the law changes, so to speak, when the musical instruments and the players are no longer the same"*[4].

De qualquer forma, é importante também pontuar que o ANPP brasileiro recebeu influências não apenas do *plea bargain* norte-americano, mas também do *patteggiamento* italiano, da *composition pénale*[5], do *Absprache,* e das formas de abreviação aplicadas em países latino-americanos, além das figuras locais preexistentes da transação penal e da suspensão condicional do processo, advindos por meio da Lei 9.099/95 (CUNHA, 2022). Assim, a tradução brasileira também inovou criando um instituto com raízes ecléticas, não podendo ser equiparado, com exclusividade, a nenhum dos seus correspondentes internacionais (VASSALLI, 2021).

Com todas essas profundas diferenças, nota-se que a negociação no processo penal, na versão original do direito inglês e norte-americano *(plea bargaining),* foi traduzida para diversos ordenamentos do sistema *civil law.* Entretanto, como destacado, os institutos, após serem transladados pelos legisladores dos países receptores, sofrem tantas mutações na criação e ao longo dos anos de aplicação, algumas das quais tão profundas que formam uma nova categoria *sui generis.*

3. Conclusão

O acordo de não persecução penal (ANPP), por todo o exposto, é um exemplo de instrumento que foi traduzido do exterior e não, simplesmente, transplantado. Inspirado em países que já adotaram a política criminal de punição por meio de consensos, a exemplo dos Estados Unidos, da França, da Alemanha e de países da América do Sul, como Argentina e Chile, o legislador brasileiro criou um procedimento com regramento singular. Assim, foram mostradas ao longo deste estudo marcantes diferenças de tratamento na realidade

[4] DAMAŠKA, 1997. Tradução própria: "A música do Direito muda, por assim dizer, quando os instrumentos musicais e os tocadores não são mais os mesmos.". Assim, para o autor, é necessária realizar uma rigorosa observância das peculiaridades do ordenamento receptor, pois "o sentido e o impacto" da norma "se alteram em condições externas, mais diretamente no contexto institucional em que a justiça é administrada em um determinado país". O desrespeito a esse contexto, segundo o autor, ocasiona consequências não pretendidas.

[5] O acordo penal francês, chamado de composition pénale - composição penal (tradução literal), é hoje disposto pela Loi 93-2 du 4 janvier 1993 e pela Loi 99-515 du 23 juin 1999.(DESCHOT, Emilie)

normativa brasileira dada ao ANPP (art. 28-A, CPP), quando comparado aos demais acordos penais estrangeiros, sendo grande parte dessas adaptações consideradas positivas no que se refere ao respeito aos direitos fundamentais.

Adotando-se a ideia clássica de Cesare Vivante (2007) é possível concluir que *"altro tempo, altro diritto"* (apud FUX, 2015, p. 15), ou seja, a ciência do Direito deve adequação às mutáveis relações sociais e, por conseguinte, precisa acompanhar as demandas e anseios advindos dessas alterações.

Ficou demonstrado que a composição penal é uma realidade que parece ser inevitável. Deve, portanto, ser observado como mais um mecanismo sancionatório que precisa ser estudado criticamente para uma aplicação mais segura e convergente com os direitos fundamentais do cidadão, uma vez que se mostra como produto de um pensamento global, de certa forma com influência neoliberal e utilitarista, flexibilizando regras de garantias em nome da eficiência e da funcionalidade do sistema penal exigido pela sociedade contemporânea.

Tratá-lo como sendo um instituto pertencente a outro sistema sancionatório, diverso do processo penal, em nosso pensar, mostra-se arriscado, porquanto pode abrir espaços para desrespeito a direitos fundamentais básicos que estruturam o processo penal brasileiro de pretensão garantista, a exemplo da inafastabilidade jurisdicional, da ampla defesa técnica e contraditório efetivo, experiência, aliás, já verificada anteriormente no Brasil, por exemplo, no âmbito dos procedimentos administrativos disciplinares que dispensam a presença da defesa[6].

Assim, afirmar que o ANPP é um *"plea bargaining abrasileirado"* não se mostra um caminho salutar para a busca por um mecanismo cada vez mais controlável e garantista. Tal discurso, além de se mostrar equivocado do ponto de vista teórico do direito comparado, prejudica e apequena o instituto brasileiro, criado após intensos e ricos debates do Poder Legislativo, com a contribuição de uma comissão de juristas integrada por nomes consagrados do Direito brasileiro[7]. Não se deve esquecer, por exemplo, que foi esse mesmo projeto de lei que aprovou a criação do chamado "juiz da garantia" e o aumento das frações para progressão do regime de pena, medidas consideradas adequadas para a realidade brasileira.

Defende-se, portanto, que o fundamento correto é reconhecer as influências dos institutos estrangeiros de justiça penal negociada na criação do ANPP, dentre eles, o *plea bargaining,* mas sempre destacando as diferenças e o regramento original escolhido pelo legislador nacional, na Lei 13.964/19. É preciso sublinhar um verdadeiro exercício de

[6] Veja-se, neste sentido, a Súmula Vinculante nº 5 do STF, a qual estabelece: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1199. Acesso em: 21 jun. 2023.

[7] Para mais informações sobre a discussão e elaboração da Lei nº 13.964/2019, consultar em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/senado-aprova-pacote-anticrime-que-vai-para-sancao-presidencial.

tradução jurídica, nos moldes definidos pela doutrina de referência, conferindo as acomodações e adaptações de regras para um contexto social peculiar e único, existente no Brasil, aperfeiçoando o mecanismo do acordo penal para uma harmônica aplicabilidade no sistema democrático e garantista presente na Constituição republicana de 1988.

Referências bibliográficas

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Em conformidade com a Teoria do Direito. São Paulo: Noeses, 2021.

ALSCHULER, Albert. The prosecutor s role in plea bargaining. University of Chicago Law Review, Chicago, v. 36, p. 50-112, 1968

BOVINO, Alberto. Princípios políticos del procedimiento penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL, CNJ – Relatório Justiça em Números 2023. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2023.pdf. Acesso em 02/09/2023.

CALDWELL, H. Mitchell. In: VASCONCELLOS, Vinicius. Acordo de Não Persecução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. da parte consultada. Disponível em: https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1003&context=lawreview. Acesso em: 4 jun. 2023.

CASTRO, Ana Lara Camargi. Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 51

CUNHA, Rogerio Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP. Salvador: ed. Juspodvm, 2020.

_____. Acordo de não Persecução Penal: (in)Constitucionalidade da confissão como pressuposto. OAB Campinas/SP, disponível no Youtube. 11 ago. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Z9PtthvNzQc&t=3879s. Acesso em: 12 jun. 2023.

DAMAŠKA, M. R. The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and continental experiments. The American Journal of Comparative Law, Inglaterra, v. 45, 1997, p. 839-840.

DESCHOT, Emilie. Le Caractere Hybride de la Composition Penale. Mémoire présenté et soutenu en vue de l'obtention du Master Droit « recherche », mention « droit pénal ». Lille 2, Université droit et santé. Lille. 2007. p. 5.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O "Fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses – Concelho Distrital do Porto, 2011.

DUTRA, D. C. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, 2018. DOI: 10.22456/0104-6594.83607. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/83607. Acesso em: 14 jun. 2023.

FALCONERY, Pollyanna Quintela. O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 191. ano 30. p. 235-259, jul./ago 2022.

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 180-181.

FUX, Luiz. Novo Código de Processo Civil temático. São Paulo: Mackenzie, 2015.

GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis. Julgar nos Estados Unidos e na França. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 250.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. São Paulo: Atlas, 2014, p. 268-273.

LANGER, Maximo. Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: A Globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal: From legal transplants to legal translations: the globalization of Plea Bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017. Disponível em: https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41. Acesso em: 8 jun. 2023.

LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 81.

LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o Jecrim. Boletim IBCCRIM - BOLETIM – 344 DE 2021. Disponível em: https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8569. Acesso em: 14 maio 2023.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Celeridade e eficácia: uma opção político criminal. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Ribeiro Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 44.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: a dynamic approach to comparative Law (Installment I of II). American Journal of Comparative Law, v. 39, p. 1-34, 1991.

STEIN, Eric. Uses, Misuses-and Nonuses of Comparative Law. NW. U. L. Review, n. 72, p. 198, 1997.

VASCONCELLOS, Vinicius. Acordo de Não Persecução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. Portal TRF4 - 6 abr. de 2021. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2156.

Acesso em: 9 maio 2023.

WATSON, Alan. Legal transplants: an approach to comparative law. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

_____. Legal Transplants and Law Reform. The Law Quarterly Review, Reino Unido, n. 92, p. 79-84, 1976.

O ativismo judicial na Suprema Corte Norte-americana: a influência do caso Marbury V. Madison no Brasil

Leonardo Novaes
Ricardo Schneider

1. Introdução

A Suprema Corte Norte-americana (SCNA), no emblemático julgamento do caso *Marbury v. Madison,* ocorrido em 1803, fixou as premissas basilares para o controle difuso de constitucionalidade. Apontado pela doutrina como um caso paradigmático indispensável ao estudo do Direito Constitucional, o aprofundamento de seu contexto histórico e do que representou, à época, em termos de revisão da clássica noção de separação de poderes adotada até então, é essencial, pois suscita importantes debates acerca do papel das Cortes Constitucionais em face dos demais poderes.

Ao assentar a sua competência para o exercício do *judicial review,* é possível questionar se a SCNA não teria extrapolado os limites de sua atuação, delineados no texto constitucional e na jurisprudência da época. A prevalecer essa visão, a referida decisão judicial estaria situada no campo de decisões ativistas da referida corte judicial, emergindo a temática atual e relevante, ainda mais no presente contexto nacional, acerca das possibilidades de atuação do Poder Judiciário, cada vez mais submetido ao escrutínio público.

Na identificação e no estudo do ativismo judicial, os Estados Unidos da América são os precursores. No referido país ocorreu a maior parte das discussões a respeito da atuação dos magistrados no sistema político local. O ativismo judicial norte-americano foi desenvolvido em contextos conflituosos de aspectos amplos; seu estudo é relevante para a compreensão do mencionado fenômeno no direito mundial, em especial no brasileiro.

Neste contexto, esta pesquisa busca avaliar se o caso *Marbury v. Madison,* de 1803, julgado pela Suprema Corte norte-americana, pode ser caracterizado como um exemplo de ativismo judicial, e qual a sua influência para o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil. Intenta-se identificar quais aspectos do nosso sistema de controle decorrem dessa experiência estrangeira.

A pesquisa foi desenvolvida a partir do método dedutivo e se valeu da abordagem qualitativa e da revisão bibliográfica. No primeiro capítulo promoveu-se uma abordagem conceitual do ativismo judicial e se examinou a sua evolução na Suprema Corte dos Estados Unidos. No segundo capítulo a análise direcionou-se especificamente à decisão da

Suprema Corte norte-americana em *Marbury v. Madison,* bem como a suas implicações na mudança de paradigma no controle difuso de constitucionalidade. No terceiro capítulo a investigação avaliou o controle difuso de constitucionalidade adotado no direito brasileiro.

2. O ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos

O ativismo judicial, além do âmbito jurídico, vem sendo objeto de grande interesse pela mídia. A sociedade em geral cada vez mais participa e interage no debate público, formando opiniões sobre as decisões judiciais proferidas pelas Cortes Constitucionais nos Estados Unidos da América. Exemplo recente ocorreu na suspensão pela Suprema Corte norte-americana do precedente conhecido como *Roe v. Wade,* em que sustentou não existir mais um direito constitucional federal ao aborto, o que gerou uma grande comoção social.[1]

No Brasil, verifica-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal também ganham contornos cada vez mais populares, com discussões acaloradas sobre diversos temas, fomentando a um só tempo interesse e críticas aos Poderes da República. Tanto assim que houve a criação de Comissão do Senado Federal para debater o ativismo judicial com ministros do Supremo Tribunal Federal.[2]

Sem embargo, é necessário compreender, na perspectiva jurídica, o significado de ativismo judicial, para além do senso comum. Em linhas gerais, é possível afirmar que este fenômeno se baseia na ideia de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, havendo uma maior interferência na atuação dos outros dois Poderes.

Campos destaca a existência de um núcleo comportamental no ativismo judicial, que é a expansão do poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.[3]

Outra questão de suma importância, quando se trata do ativismo, é a questão do espaço temático. Quanto mais analítica for a Constituição de um determinado país, mais abrangente será a atuação da Corte Suprema e a sua participação na vida de toda sociedade. Um dos exemplos seria o Supremo Tribunal Federal, que realiza diariamente a interpretação do texto constitucional de 1988, formado por um amplo leque de garantias e direitos de todas as espécies.

Essa ampliação de direitos protegidos constitucionalmente favoreceria uma maior

[1] VOGUE, Arlane de. Suprema Corte dos EUA suspende decisão que garantia direito ao aborto. CNN Brasil, 24 jun. 2022. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reverte-decisao-que-garantia-direito-ao-aborto/. Acesso em: 23 jul. 2022.

[2] SENADO FEDERAL. Comissão de Fiscalização quer debater ativismo judicial com ministros do STF. Diário Oficial, Brasília, DF. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/21/comissao-de-fiscalizacao-quer-debater-ativismo-judicial-com-ministros-do-stf. Acesso em: 23 jul. 2022.

[3] CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 93.

amplitude interpretativa, para que a Suprema Corte possa desenvolver decisões ativistas que gerem debates constantes, como vem ocorrendo na sociedade brasileira pela atuação do STF em diversas temáticas.[4]

As cortes ativistas, diante de sua relevância e dos efeitos de suas decisões, não fazem parte do sistema político de determinado país, mas são centros de poder que participam, direta ou indiretamente, da vontade política predominante.[5]

A respeito do conceito de ativismo, Campos fixa importantes diretrizes para a sua construção. A primeira seria considerar o ativismo judicial uma questão de postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes, quando de suas decisões, e não de correção de mérito. Já na segunda, o ativismo judicial não seria legítimo ou ilegítimo. A terceira diretriz apontaria o caráter contextual e dinâmico de identificação e de validade do ativismo judicial, enquanto a quarta diretriz concerniria à pluralidade de variáveis contextuais que limitam e moldam o ativismo judicial. A última explicaria o ativismo judicial como estrutura adjudicatória multidimensional. A partir dessas diretrizes, o autor define o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos e leis locais.[6]

Campos indica que o tema do ativismo deve ser analisado sob o ângulo qualitativo, nestes termos:

> Diante da relevância, da complexidade hermenêutica e da alta sensibilidade das decisões cruciais que compõem o principal quadro das decisões ativistas, o tema deve ser visto sob o ângulo predominantemente qualitativo. O ativismo judicial deve ser identificado e "medido" principalmente por critérios qualitativos. Não é possível uma "medida" seguro de ativismo judicial apenas por critérios quantitativos como a frequência que as cortes julgam inconstitucionais os atos normativos dos outros poderes ou superam precedentes de "cortes anteriores". Segundo alguns autores, é possível "medir" o ativismo judicial levando-se em conta quantas vezes uma corte declarou a inconstitucionalidade das leis. Para esses autores, quanto maior o número de julgamentos de inconstitucionalidade menor será a disposição da corte em ser deferente ao legislador e, por isso, maior será a disposição de ser ativista. Contudo, este método nivela todas as decisões judiciais, ignorando a diferença de importância entre as leis declaradas inconstitucionais, o nível diverso de esforço criativo-hermenêutico empregado e o maior ou menor impacto político e social das matérias julgadas.[7]

[4] CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 93.
[5] CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 94.
[6] CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 99.
[7] CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 97.

Na perspectiva de Koerner, o ativismo judicial seria um termo utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. Neste contexto, coloca-se o problema do papel apropriado do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes. Seu contraponto é a autocontenção, tendo por enfoque a autonomia de julgamento do juiz na construção do caso e a tomada de decisão. Essa autonomia ocorreria no espaço aberto entre os quadros normativos gerais e os dados fáticos de uma situação sob julgamento.[8]

Numa perspectiva crítica ao ativismo, Ramos compreende o fenômeno como a atuação do Poder Judiciário "para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)".[9] Na mesma linha, Abboud assinala que, na perspectiva estrutural, o ativismo judicial seria um abalo ao princípio da separação de poderes, pois implicaria a indevida invasão do Judiciário sobre o Legislativo.[10]

Interessante notar, a partir de Grostein, que a doutrina americana costuma ser mais crítica ao ativismo judicial do que a brasileira. Haveria uma quase unanimidade na reprovação de novos arranjos de separação dos poderes. Já em nosso país haveria uma facilidade maior em aceitar novos contornos institucionais, admitindo-se, inclusive, a possibilidade de esse fenômeno permitir aperfeiçoamentos institucionais. Não obstante, conforme se observa na literatura mais recente, acima indicada, o viés crítico também começa a ganhar força no âmbito doutrinário pátrio.[11]

Ribas, Trevisam e Gonçalves asseveram que o ativismo judicial ocorreria "quando o magistrado ultrapassa os limites semânticos, legislando, no caso concreto, de acordo com suas convicções pessoais de justeza".[12] Ramos defende que "[...] toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma (limite da textualidade)".[13]

Uma avaliação mais cautelosa do ativismo judicial é necessária ao julgador especialmente nos casos em que existam razões tão fortes que permitam afastar o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição.

Com efeito, destaca Alexy:

[8] KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. Lua Nova: Revista cultural e jurídica, São Paulo, p. 233-255, 2016. p. 233.
[9] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.
[10] ABBOUD, Georges. Ativismo Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 99.
[11] GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial. São Paulo: Almedina, 2019. p. 206-207.
[12] RIBAS, Lidia Maria; TREVISAM, Elisaide; GONÇALVES, Thiago André Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 501: ativismo judicial trabalhista ou judicialização do direito fundamental as férias remuneradas? Revista Jurídica, Curitiba, v. 2, n. 74, p. 1-21, 2023. p. 9.
[13] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

> Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional.[14]

Em face da desigualdade social patente e da ausência de fornecimento de serviços públicos mais básicos como saneamento básico, saúde, educação, é possível defender uma atuação judicial mais expansiva, a fim de suprir a omissão do Poder Público, mormente quando se acha em jogo a garantia do mínimo existencial.

Ao discorrer sobre os direitos à saúde e à educação e tecer críticas ao argumento da reserva do possível como óbice à tutela jurisdicional correspondente às respectivas prestações sociais, fruto, a seu ver, de um direito constitucional comparado equivocado, Krell assinala que "nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos precários e ineficientes por parte de municípios, dos estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais".[15]

É necessário, portanto, o fenômeno em países diversos considerar as peculiaridades de cada realidade social local, em especial quando se observa um significativo déficit na efetivação de direitos fundamentais sociais e um texto constitucional que atribui aos poderes públicos deveres expressos de concretização das prestações fáticas correspondentes.

Numa avaliação mais recente, insere-se no debate jurídico a necessidade do aperfeiçoamento da atuação judicial no controle de políticas públicas. Para além das questões relacionadas à omissão normativa, deve-se atentar para a inefetividade de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais, que envolvem a ausência de coordenação entre o legislador e os órgãos e entidades responsáveis por regulamentar e dar concreção aos comandos legais.[16] Isso impõe ao Judiciário uma reavaliação de sua própria atuação, que pode incorrer no debate acerca do ativismo judicial.

As questões relacionadas à capacidade institucional e à legitimidade institucional do Judiciário para interferir em políticas públicas sugerem a necessidade de uma maior abertura a diálogos interinstitucionais. Para Campos, uma possível solução seria um ativismo judicial estrutural dialógico. Em outros termos, para o autor, o ativismo judicial, sob certas condições, seria legítimo e afastaria os riscos de supremacia judicial, quando pautado pela prática de diálogos institucionais, invalidando as objeções democrática e

[14] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 141.
[15] KRELL, Andreas. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 56.
[16] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 96-97.
[17] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 252-253.

institucional comumente associadas ao ativismo judicial.[17]

Direcionando o foco para os Estados Unidos, foi neste país que surgiram os primeiros debates sobre o ativismo judicial. Arthur Schlesinger Jrapresentou, pela vez primeira, a temática e a terminologia do ativismo judicial. Para o autor, quanto mais a Corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações.[18]

Schlesinger Jr propôs uma separação entre magistrados que tinham um perfil ativista, que seriam liderados por Hugo Black, e aqueles autorrestritivos, que seriam liderados pelo magistrado Felix Frankfurther. Para o autor, os magistrados ativistas substituiriam a vontade do legislador pela sua própria por acreditarem promover direitos das minorias bem como liberdades civis, enquanto os magistrados que atuam com autorrestrição judicial obedeceriam ao limite do que o legislador estabeleceu e entenderiam que o Judiciário deve agir com deferência às decisões adotadas pelo Poder Legislativo, sem que haja intervenção da Suprema Corte no campo da política.[19]

Veja-se:

> O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jason advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro, com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes do governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano.[20]

A discussão proposta por Schlesinger Jr permitiu uma reflexão que atualmente ganha contornos cada vez mais conflituosos, a respeito do espaço decisório da Suprema

[17] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 252-253.

[18] SCHLESINGER, Arthur. The SupremeCourt: 1947. Fortune, v.XXXV, n.1, jan. 1947apud CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 201.

[19] SCHLESINGER, Arthur. The SupremeCourt: 1947. Fortune, v.XXXV, n.1, jan. 1947apud CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 31.

[20] SCHLESINGER, Arthur. The SupremeCourt: 1947. Fortune, v.XXXV, n.1, jan. 1947apud CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 32.

Corte no sistema político e constitucional do país. Casos mais recentes, como a restrição ao direito ao aborto, adotada no ano de 2022, demonstram que a formação dos magistrados e suas percepções pessoais a respeito dos temas sensíveis da sociedade podem gerar decisões que se enquadram como decisões ativistas ou autorrestritivas. Perfis de magistrados mais liberais ou mais conservadores, conforme a formação política de cada época, podem ser determinantes no contexto das decisões judiciais adotadas pelas cortes supremas.[21]

Neste contexto, o caráter político adotado pelas cortes constitucionais, cujo conteúdo das decisões e seus efeitos podem adotar aspectos que superam as barreiras dos aspectos jurídicos, indo para os aspectos sociais e políticos, vem sendo muito debatido na atualidade.

A forma de seleção dos magistrados também influencia no teor das decisões judiciais. Esta temática sobre a interpretação e a implementação dos direitos constitucionais é abordada por Hirschl, para quem os direitos constitucionais não são interpretados ou implementados num vácuo político ou ideológico. A interpretação judicial e sua implementação de direitos constitucionais dependem da atmosfera ideológica, das restrições institucionais específicas e das metacondições econômicas e sociais nas quais eles operam. A redistribuição de recursos e oportunidades e a erradicação da pobreza e do analfabetismo estão além do alcance dos direitos constitucionais, na interpretação que lhes tem sido conferida pelos tribunais superiores nacionais.[22]

Grostein demonstra, a partir do exemplo norte-americano, não existir necessariamente uma relação causal entre determinado perfil ideológico e o ativismo judicial. A literatura americana demonstraria a existência de posturas conservadoras e liberais abertamente vinculadas à concepção ativista. Cita como exemplos os casos *Brown v. Board ofEducation (liberal), Lochner v. New York (conservador), Dred Scott v. Sanford* (conservador), Miranda v. Arizona (liberal), Gideon v. Wainwright (liberal),Wards Cove Packing Co., Inc. v. Atonio (conservador), entre vários outros.[23]

Interessante reflexão é realizada por Hirschl a respeito da tendência global da constitucionalização, que envolve mais do que a preservação de valores ameaçados de grupos sociais relevantes. A transferência de poder para os tribunais serve também aos interesses de uma Suprema Corte tendente a aumentar sua influência política e melhorar sua reputação internacional. Com a nova revolução estratégica no estudo de tomada de decisão judicial, os juízes podem ser seguidores passivos de precedentes, formuladores de políticas legais ou tomadores de decisões orientados por ideologias, mas também tomadores de decisões estratégicas sofisticadas que percebem que o leque à disposição é limitado pelas preferências e pela reação antecipada da esfera política que os envolve.[24]

[21] SCHLESINGER, Arthur. The SupremeCourt: 1947. Fortune, v.XXXV, n.1, jan. 1947apud CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 201.
[22] HIRSCHL, Ran. Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora EDA, 2020. p. 361.
[23] GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial. São Paulo: Almedina, 2019. p. 197-200.
[24] HIRSCHL, Ran. Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora EDA, 2020. p. 101.

A compreensão do fenômeno do ativismo judicial deve perpassar, também, pela identificação dos traços comumente atribuídos à sua exteriorização pelo Judiciário. Segundo Luiz Roberto Barroso, a postura ativista é manifestada por diversas condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[25]

De modo diverso, Grostein identifica diferenças nas concepções de ativismo existentes no Brasil e nos Estados Unidos. Os ativismos comuns aos dois países seriam o julgamento orientado pelo resultado, em que há "decisão judicial proferida com base nas convicções políticas, valorativas ou ideológicas do julgador", também identificado como "politização da justiça", e outro, a criação judicial do direito, correspondente a "toda e qualquer decisão, emanada do Judiciário pátrio, que efetivamente dispõe sobre o caso concreto, porém inovando na ordem jurídica, fora das balizas impostas pelo próprio constituinte ou pelo legislador".[26]

O ativismo nas concepções mais particulares ao contexto americano, segundo o autor, poderia ocorrer no caso do uso de métodos não ortodoxos de interpretação, que reside, em linhas gerais, nas divergências entre originalistas e não originalistas, e na indevida superação de precedentes, dada a tradicionalidade do princípio do *staredecisis et non quieta movere* para o direito norte-americano.[27]

Uma das primeiras decisões que podem ser identificadas como ativistas é a do caso *Marbury v. Madison,* decidido pela Suprema Corte norte-americana em 1803, e que representou a histórica afirmação do poder que esta Suprema Corte exerce sobre a *judicial review.* A referida decisão teve repercussão não apenas no âmbito judicial, mas também no campo político de afirmação de poder da Corte. É sobre esta decisão que avança a análise a seguir, para, ao final, avaliar seus efeitos em relação à consolidação do controle de constitucionalidade no Brasil.

3. *Marbury V. Madison* e a mudança de paradigma no controle difuso de constitucionalidade

Em linhas gerais, o caso *Marbury v. Madison,* de 1803 versa acerca da impetração de um *writ ofmandamus* proposto por *Marbury* na Suprema Corte norte-americana por ato

[25] BARROSO, Luis Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 14.
[26] GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial. São Paulo: Almedina, 2019. p. 57, 65.
[27] GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial. São Paulo: Almedina, 2019. p. 67-71.

praticado pelo então secretário de Estado James Madison. O impetrante almejava tomar posse no cargo de Juiz de Paz Distrital de Columbia. O fator determinante do julgamento do caso foi a nomeação, no ano de 1801, de John Marshallcomo *Chief Justice.* John Marshall foi o 4º Presidente da Suprema Corte norte-americana, entre os anos de 1801 e 1835, permanecendo na presidência por 34 anos.[28]

A nomeação de *Marbury* ocorreu no final do mandato do então Presidente dos Estados Unidos John Adams (um presidente federalista). Entretanto a posse de *Marbury* não se deu durante o mandato de *John Adams,* ocorrendo a transição para o próximo presidente, que representava outro partido (o republicano), *Thomas Jefferson.* Este ordenou que o magistrado *Madison* não investisse *Marbury* na função para a qual fora nomeado pelo presidente anterior. Com a negativa de sua investidura, *Marbury* utilizou como fundamento a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 que, em suma, conferiu poderes à Suprema Corte para julgar, de forma originária, o *mandamus* contra autoridades públicas, como no caso de secretários de estado do governo.[29]

De início, a decisão não tratava a respeito do controle de constitucionalidade, porquanto era uma questão política. *Marbury* e os outros magistrados nomeados para os cargos de Juiz de Paz ficaram conhecidos como *midnight judges* (juízes da meia-noite), numa alusão ao fato de que as referidas nomeações ocorreram na transição presidencial.[30]

A questão fundamental do dilema da Corte consistiu em saber se a concessão do *mandamus* criaria um atrito com a base governista do então Presidente Thomas Jefferson, que anteriormente já havia dito que não concederia a posse, já que esta traria uma desmoralização para a Suprema Corte. Entretanto, em caso de negativa do pedido de *Marbury,* o Presidente Thomas Jefferson utilizaria a decisão como um fator político de apoio da Suprema Corte ao seu governo. Esta situação criaria um conflito interno, pois John Marshall, Presidente da Corte, era do partido contrário ao dele e essa utilização política poderia trazer efeitos ruins para Marshall.[31]

Neste contexto conturbado, *Marshall* defendeu a inconstitucionalidade da lei que estabelecia a competência para julgar o mandado de segurança, tendo em vista que a lei federal não poderia ampliar as atribuições definidas para a Corte Suprema, já previstas na Constituição Norte Americana.[32]

[28] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 95.
[29] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 87-89.
[30] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 88.
[31] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 90.
[32] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 90.

Fator interessante, e muitas vezes desconhecido, é que o controle de uma lei estadual incompatível com a Constituição de um Estado já tinha sido realizado anteriormente ao caso *Marbury v. Madison* por supremas cortes estaduais, como foi o caso da Suprema Corte de *New Jersey,* que declarou inválida uma lei estadual sobre o júri, em razão de sua incompatibilidade com a Constituição do Estado (*Holmes v. Walton*), bem como no caso em que foi julgado *Trevett v. Weeden,* em 1786, quando a Corte Superior de *Rhode Island* invalidou uma lei estadual por ser inconstitucional.[33]

A diferença dos casos citados anteriormente é que, em *Marbury v. Madison,* pela primeira vez ocorria a análise da compatibilidade de uma lei federal com a Constituição pela Suprema Corte dos Estados Unidos e não pelas supremas cortes estaduais, como já havia ocorrido.

Para decidir, o juiz *Marshall* utilizou-se de três questionamentos. Primeiro, se o requerente possuiria direito à posse para, posteriormente, caso positiva a primeira pergunta, definir se as leis pátrias ofereceriam alguma medida judicial para o pleito. Em terceiro lugar, se seria o mandado de segurança a medida adequada para se pleitear tal direito.[34]

Quanto ao primeiro ponto, a Suprema Corte entendeu que o impetrante tinha direito de ser investido no cargo, já que, caso não investido, haveria violação às normas pátrias. Em relação à segunda questão, decidiu que o cidadão pode reivindicar a proteção de leis quando houver violação à sua esfera individual, decidindo também de forma positiva ao impetrante. Entretanto, no terceiro aspecto, entendeu a Suprema Corte que o mandado de segurança era uma via inadequada para pleitear o referido direito, pois a sua previsão em lei federal seria incompatível com a Constituição.[35]

Conhecidas as nuances que conduziram a decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison,* cumpre analisar se esse julgado poderia ser considerado um exemplo de ativismo judicial. Com razão, assevera Grostein, houve o ativismo numa perspectiva negativa, pois traduziu a clara utilização da Corte para fins políticos. Seria um exemplo de julgamento orientado pelo resultado, já que Marshall, antes de enfrentar a questão da incompetência da Corte, decorrente da inconstitucionalidade da lei que ampliara suas competências constitucionais, avançou sobre o mérito da causa, com o nítido propósito de tecer críticas ao atual governo, com finalidade político-partidária, incompatível com a missão atribuída ao Poder Judiciário, à luz da separação de poderes plasmada no texto constitucional.

[33] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 91.
[34] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 92.
[35] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 92.

Com efeito, assinala Grostein, "a história do constitucionalismo americano, em geral, e da Suprema Corte, em particular, revelam momentos em que juízes agem com base em suas posições ideológicas, à vista de excepcionais condições políticas".[36]

Não obstante sua identificação como caso de ativismo judicial para a doutrina norte-americana, e muito embora não tenha sido o primeiro em que houve a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso nos Estados Unidos, *Marbury v. Madison* passou para a história como o julgado que promoveu a mudança de paradigma do controle difuso norte-americano.[37] Acerca do papel que o Judiciário deve assumir em defesa da Constituição, inclusive para declarar a inconstitucionalidade de leis, vale destacar este trecho da referida decisão:

> A Constituição ou é uma lei superior, suprema, imutável pelos meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, assim, é alterável quando o legislador desejar alterá-la. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última parte for verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder em sua própria natureza ilimitado. Certamente todos aqueles que formularam Constituições escritas as contemplam como lei fundamental e suprema da nação e, consequentemente, a teoria geral do Estado deve ser a de que um ato do Legislativo repugnante à constituição é nulo. Essa teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, consequentemente, deve ser considerada por este Tribunal com um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. É enfaticamente competência e dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar essa regra. Se duas leis entrarem em conflito, os Tribunais devem decidir sobre o funcionamento de cada uma.[38]

O julgamento do caso *Marbury v. Madison* foi a primeira vez em que uma Suprema Corte realizou o controle de constitucionalidade difuso de uma lei federal de maneira taxativa. A seguir, avalia-se a repercussão desse julgado, considerado ativista, para o controle de constitucionalidade no Brasil.

4. O controle de constitucionalidade difuso realizado no Brasil e suas origens

A Constituição norte-americana, de 17 de setembro de 1787, ratificada em 21 de

[36] GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial. São Paulo: Almedina, 2019. p. 116-125.
[37] GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial. São Paulo: Almedina, 2019. p. 121.
[38] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 95.

junho de 1788, baseou-se, principalmente, nas discussões havidas em reuniões no Estado da Filadélfia no ano de 1787, reunidas no célebre livro "O Federalista". Compreende uma avançada sistemática de ideias consolidadas num texto conciso, porém adequado ao seu tempo e que, até os dias atuais, confere estabilidade jurídica àquele país.

Diferentemente da tradição da América Latina, a consolidação da democracia nos Estados Unidos tornou-se um terreno fértil para a produção de ampla doutrina constitucional. Sua Suprema Corte angariou amplo respeito popular, com diversas decisões emblemáticas. Essa sólida formação constitucional influenciou diversos países, inclusive o Brasil, em especial pela doutrina do controle difuso de constitucionalidade, surgido no início do século XIX, a partir do julgamento do caso *Marbury x Madison.*[39]

No Brasil, o controle de constitucionalidade surgiu no ano de 1891, a partir da influência significativa do direito norte-americano, instituindo a doutrina do *judicial review.*[40] Este modelo de controle faculta a todos os juízes e tribunais, independentemente de grau ou instância, exercer a atividade de fiscalização da compatibilidade da norma com a Constituição.

Em linhas gerais, este modelo de controle difuso possibilita que os órgãos do Poder Judiciário exerçam o controle de constitucionalidade a partir da análise de determinado caso prático, cabendo apenas a este Poder afastar a aplicabilidade de um ato, regulamento ou lei quando diante de um litígio intersubjetivo.

As características principais do controle em estudo consistem em: ser exercido por qualquer juiz ou tribunal; ser incidental, isto é, surgir a partir da análise de caso concreto; ser prejudicial, ou seja, o juízo de compatibilidade da norma com a Constituição é condição necessária e indispensável à solução da lide; e a decisão possuir eficácia apenas entre as partes que compõem o processo, não havendo generalização dos efeitos da coisa julgada.

Barroso ressalta as modificações em sede de controle de constitucionalidade neste período, ao dispor que na Constituição do Império de 1824 não existia previsão do controle de constitucionalidade, tendo sido introduzido no Brasil pela Constituição de 1891 em seus artigos 59 e 60. Do enunciado constitucional extrai-se que a União e os Estados podem pronunciar-se sobre invalidades das leis em face da Constituição, tendo sido adotado o modelo norte-americano, em que a fiscalização era exercida de modo incidental ou difuso.[41]

Sintetizando a repercussão da decisão do caso *Marbury v. Madison* e sua influência no controle de constitucionalidade difuso realizado no Brasil, Becker aduz que, no Brasil,

[39] FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante; CALIL, Mário Lúcio Garcez; MACHADO, Edinilson Donizete. O controle das mutações constitucionais a partir da força normativa da constituição. Revista Jurídica, v. 2, n. 74, Curitiba, p. 128-148, 2023. p. 133.

[40] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 99.

[41] BARROSO, Luis Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 62.

o controle de constitucionalidade foi estabelecido de início de modo difuso, conforme diretriz norte-americana embasada na decisão de *Marbury.* Em seguida, adotou-se um modelo intermediário, em que se mesclou o controle difuso e o controle abstrato por intermédio de ação ajuizada no tribunal competente.[42]

Sobre o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, Fernandes assevera que a Constituição de 1891 foi influenciada pela Constituição norte-americana. O autor cita que já existia controle difuso no Brasil por meio da Constituição provisória de 22.6.1890 (art. 58, § 1º, alíneas "a" e "b", do Decreto n° 848, de 11/10/1890). Posteriormente à Constituição de 1891, existiu a Lei n° 221/94, que teve por função explicar o sistema de controle de constitucionalidade, moldado pela Constituição de 1988.[43]

Ainda acerca da formação do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro, Santiago cita importante informação de que o controle difuso surgiu pela Constituição de 1891, primeiro pelo Decreto nº 848/1890 e, em seguida, pela Constituição de 1891, sendo o modelo ordenado para permitir a manifestação de juízes a qualquer tempo no curso de procedimentos judiciais ordinários, mediante a provocação das partes.[44]

Castro observa a respeito da modalidade de controle de constitucionalidade que esta é feita no controle difuso. Afirma que é o modelo que permite a qualquer órgão do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade quando da apreciação de um caso concreto, só podendo haver o afastamento da norma legal pelo caso concreto. O sistema sólido decorre da doutrina do *staredecisis,* que preceitua a vinculação de todos os órgãos, não só do Judiciário, mas também da Administração Pública, às decisões da Suprema Corte.[45]

Na Constituição de 1934 foi mantido o controle difuso de constitucionalidade e instituída a cláusula de reserva de plenário. Nesta, a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser declarada pela maioria dos magistrados de determinado Tribunal, o que evitaria que as declarações de inconstitucionalidade fossem realizadas de forma fracionada.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1937, o controle difuso de constitucionalidade foi mantido. Entretanto, houve a inserção de norma que permitia ao Presidente da República solicitar ao Poder Legislativo federal que realizasse a validação de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Tal medida acabaria por

[42] BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 100.

[43] FERNADES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 1834

[44] SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, v. 2, n. 12, p. 14.300-14.329, 2013. p. 14.303.

[45] CASTRO; NATHALIA; NETO. Gine Gouveia Pires de. Thaminne. Antônio Beserra dos Santos. Controle de constitucionalidade no Brasil e Argentina – as origens e influências do controle de constitucionalidade sob uma perspectiva comparada. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 418-439, 2017. p. 426.

sobrepor o Poder Judiciário à decisão do Presidente da República e do Poder Legislativo federal.

Retornando aos ditames da Constituição de 1934, as Constituições de 1946 e 1967/1969 mantiveram o controle difuso sem interferências estabelecidas na Constituição de 1937. Durante a Constituição de 1946 foi restabelecida a cláusula de reserva de plenário. Na Constituição de 1988 manteve-se o controle difuso com a cláusula da reserva de plenário.

Percebe-se que a origem do controle de constitucionalidade difuso brasileiro teve matriz norte-americana, pela influência do caso *Marbury v. Madison,* julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Embora seja considerado um exemplo de ativismo judicial, a doutrina do *judicial review* teve ampla aceitação em nosso país, desde nossa primeira Constituição republicana até os dias atuais. Desta forma, embora o ativismo possa ser considerado, por diversos aspectos, algo negativo, por desbordar dos limites institucionais estabelecidos pelo constituinte, isso não impede que algumas decisões caracterizadas por esse fenômeno alcancem ampla repercussão e, até, produzam efeitos positivos.

5. Conclusão

O debate doutrinário acerca do ativismo judicial surge nos Estados Unidos da América. Esse fenômeno possui como característica fundamental a expansão do poder decisório dos juízes sobre os demais poderes, suscitando questionamentos acerca da legitimidade dessa nova configuração institucional. A relevância dessas Cortes deve sujeitá-las a um escrutínio público e crítico sobre suas motivações.

O espaço decisório da Suprema Corte baseia-se no sistema político e constitucional de cada país. Conforme o perfil dos magistrados, adotam-se posições ativistas ou autorrestritivas. Estudos identificam juízes menos propensos a adentrar nas atribuições de outros poderes, enquanto outros entendem que devem promover o bem social, mesmo que isso não seja visto de bom grado pelos demais poderes constituídos.

O ativismo pode ser analisado sob diversos prismas. Enquanto parcela da doutrina o relaciona a uma participação mais intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, denotando uma visão positiva e até defensável do fenômeno, outros sinalizam para os seus riscos, em especial quando magistrados atuam para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento e não respeitam os limites da textualidade.

Restou demonstrado não existir necessariamente uma vinculação entre o perfil ideológico dos juízes (conservadores ou liberais) e a postura mais ativista ou autocomedida. A doutrina americana apresenta ao longo de sua história diversos exemplos de ativismo conservador e liberal pela Suprema Corte.

O ativismo no Brasil e nos Estados Unidos pode ser caracterizado pela existência de julgamento orientado pelo resultado ou pela criação judicial do direito. A doutrina norte-americana aponta ainda a existência de ativismo pela utilização de métodos não

ortodoxos de interpretação e pela superação indevida de precedentes.

O caso *Marbury v. Madison,* de 1803, julgado pela Suprema Corte norte-americana, pode ser caracterizado como um exemplo de ativismo judicial, em razão do procedimento adotado pela Corte, ao adentrar no mérito da causa, com o nítido propósito de realizar críticas de ordem política ao governo, a despeito de reconhecer a sua própria incompetência para apreciar o caso, pois não poderia a lei ampliar as atribuições definidas pela Suprema Corte, anteriormente já definidas pela Constituição norte-americana.

Desta forma, o caso *Marbury v. Madison* apresenta cunho ativista (julgamento orientado pelo resultado) e representou a histórica afirmação do poder que a referida Suprema Corte exerce por meio do *judicial review.* Sua decisão teve repercussão não apenas no âmbito judicial, mas também no campo político de afirmação de poder da Corte.

O controle de uma lei estadual incompatível com a Constituição de um Estado já havia sido realizado anteriormente ao caso citado. Entretanto, estes julgamentos foram realizados por cortes inferiores. A decisão do caso *Marbury v. Madison* foi a primeira decisão de uma Suprema Corte a adotar o controle difuso de constitucionalidade.

A despeito de seu caráter ativista, por se tratar de julgamento orientado pelo resultado, é nítida a sua influência para o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Em nosso país, o controle difuso foi o primeiro a ser adotado pela Constituição de 1891. Posteriormente, na Constituição de 1934, o controle difuso foi mantido, sendo instituída a cláusula da reserva de plenário, estabelecendo que uma lei só poderia ser considerada inconstitucional quando a maioria do Tribunal que realizasse o controle de constitucionalidade assim entendesse.

Na Constituição de 1937 foi mantido o controle difuso de constitucionalidade, entretanto com um controle direto do Presidente da República, que poderia instar o Legislativo Federal a manter uma lei inconstitucional válida, mesmo que tivesse sido considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. As Constituições posteriores, inclusive a de 1988, mantiveram o controle difuso de constitucionalidade com a cláusula de reserva de plenário.

Percebe-se que o embrião fecundado no caso *Marbury v. Madison* gerou ampla repercussão como modelo de controle difuso de constitucionalidade, embora seja retratado como uma decisão ativista. Adotado quase noventa anos depois no Brasil, é mantido ainda vigente na Constituição de 1988 e apresenta-se como uma importante ferramenta para que magistrados das mais variadas instâncias e justiças diversas possam realizar o controle constitucional pela via incidental, e afastar a incidência de uma norma que entendam ser inconstitucional.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011.

ABBOUD, Georges. Ativismo Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SCHLESINGER JR, Arthur. The SupremeCourt: 1947. Fortune, v. XXXV, n. 1, 1947 apud CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2019.

BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). Suprema Corte dos Estados Unidos:casos históricos. São Paulo: Almedina, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 06 de julho de 1934. Diário Oficial, Brasília, DF.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 10 de novembro de 1937. Diário Oficial, Brasília, DF.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

CASTRO; NATHALIA; NETO. Gine Gouveia Pires de. Thaminne. Antônio Beserra dos San-tos. Controle de constitucionalidade no Brasil e Argentina – as origens e influências do con-trole de constitucionalidade sob uma perspectiva comparada. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 418-439, 2017.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-117, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Jus-podivm, 2019.

FERNADES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Jus-podivm, 2020.
FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante; CALIL, Mário Lúcio Garcez; MACHADO, Edinilson Donizete. O controle das mutações constitucionais a partir da força normativa da constituição. Revista Jurídica, v. 2, n. 74, Curitiba, p. 128-148, 2023.

GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial. São Paulo: Almedina, 2019.

HIRSCHL, Ran. Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalis-mo. Londrina: Editora EDA, 2020.

KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. Lua Nova: Revista cultural e jurídica, São Paulo, p. 233-255, 2016.

KRELL, Andreas. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fa-bris Editor, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Sarai-va, 2015.
RIBAS, Lidia Maria; TREVISAM, Elisaide; GONÇALVES, Thiago André Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 501: ativismo judicial trabalhista ou judicializa-ção do direito fundamental as férias remuneradas? Revista Jurídica, Curitiba, v. 2, n. 74, p. 1-21, 2023.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do qua-dro constitucional brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, v. 2, n. 12, p. 14.300-14.329, 2013.

SENADO FEDERAL. Comissão de Fiscalização quer debater ativismo judicial com ministros do STF. Diário Oficial, Brasília, DF. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/21/comissao-de-fiscalizacao-quer-debater-ativismo-judicial-com-ministros-do-stf. Acesso em: 23 jul. 2022.

VOGUE, Arlane de. Suprema Corte dos EUA suspende decisão que garantia direito ao abor-to. CNN Brasil, 24 jun. 2022. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reverte-decisao-que-garantia-direito-ao-aborto/. Acesso em: 23 jul. 2022.

Escolhas orçamentárias e garantia dos direitos fundamentais

Alexandra Beurlen
Fernanda Moreira

1. Introdução

> A função judicial na política dá-se na medida em que o direito exerce papel fundamental na sua concretização: o direito estabelece as pré-condições para a realização da política, cria os espaços nos quais a política pode ocorrer espaços sem direitos são políticas vazias.
>
> HANNAH ARENDT

Assiste-se, nacionalmente, a um aumento da política de entretenimento promovida pelos entes públicos, na forma de realização de festivais e eventos, com a participação de artistas de renome nacional, buscando a promoção do lazer, aliada à divulgação do ente, sob o argumento de suposto estímulo à economia local e promoção à cultura.

Tratar-se-á, neste artigo, a realização desses eventos como uma política de entretenimento porque, na maioria das vezes, não há por parte do ente que a promove diagnóstico e planejamento adequados a justificar tais práticas como verdadeiras formas de fomento e valorização à cultura ou comprovação de incremento à economia local, com retorno aos cofres públicos dos valores investidos.

Os eventos geralmente acontecem com a preponderância de recursos públicos, com pequena ou irrisória parcela de investimento ou patrocínio privados, o que traz a preocupação com a regularidade no dispêndio do gasto público, notadamente com a programação orçamentária, que só deve ocorrer em consonância com as diretrizes traçadas na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em paralelo, seguem, por todo país, os altos índices de analfabetismo, desigualdade, pobreza e exclusão social, mantidos em razão da insuficiência de políticas públicas inclusivas aptas a romper o ciclo da miséria, sob a justificativa de que o orçamento público é insuficiente para implementação universal e eficiente dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Este artigo pretende evidenciar a importância do papel do Ministério Público no controle das escolhas alocatícias orçamentárias, como fomento às políticas públicas

indispensáveis à realização dos direitos fundamentais.

Isso porque, segundo HABERMAS, é impossível a realização dos direitos sociais pelo simples exercício da liberdade individual. Sem garantia de justiça social não há sequer a capacidade de querer ou ter, que impulsiona os indivíduos à luta política pela realização dos direitos.

Será demonstrada a relevância da análise da legalidade e da legitimidade do gasto público, sob o aspecto das normas formal e materialmente constitucionais, em atenção às diretrizes de controle insertas no artigo 70, da Constituição Federal, e aos princípios sistêmicos do ordenamento jurídico.

E, por fim, evidenciada a viabilidade da judicialização da discussão sobre a pertinência da escolha orçamentária, sem afronta ao princípio da separação e independência dos poderes, amparada nas diretrizes de responsabilidade fiscal e da preponderância dos valores, como meio de garantia dos direitos econômicos e sociais e culturais, quando preteridos pelos gestores públicos em suas escolhas discricionárias.

2. A obediência à legalidade

Formando um sistema, a geração de despesa perpassa por um conjunto de leis orçamentárias, composto por três leis distintas: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), deduzidas no artigo 165, da Carta Magna.

Estruturou-se, assim, a geração de despesas e estimativa de receita, com o planejamento de longo prazo (PPA), seguido pelo estabelecimento de metas e prioridades da administração pública (LDO), até chegar, efetivamente, à programação anual inserta na Lei Orçamentária Anual (LOA).

Os três diplomas legais foram reforçados com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a Lei Complementar nº 101/00, consolidando o parâmetro do equilíbrio nas contas públicas.

Como pressuposto, inaugural, decorrente do princípio da programação[1], a Carta Magna veda, expressamente, o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, consoante dicção do seu inciso I, artigo 167.

Inobstante tais diretrizes, é recorrente que a decisão administrativa na concepção e realização de eventos festivos de grande porte, envolvendo vultosos custos com artistas renomados e altos cachês, ocorra no decorrer do exercício financeiro, sem uma prévia programação orçamentária.

Em tais casos, a realização do evento e, em consequência, a geração da despesa, não se encontra inserida entre as prioridades e metas contantes da Lei de Diretrizes Orçamentárias, nem previstos na Lei Orçamentária Anual, como apontado acima.

[1] O orçamento não deve conter apenas estimativas para as receitas e despesas do exercício financeiro, mas, também a previsão de objetivos e metas relacionados à realização das necessidades públicas.

A previsão da despesa e seu anterior planejamento, derivam da gestão fiscal responsável, conceituada no parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal[2].

Ademais, a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, além de declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.[3]

Não se trata de mera formalidade. A própria Lei de Responsabilidade Fiscal enfatiza que a estimativa de impacto e declaração de compatibilidade constituem condição prévia para empenho e licitação dos serviços[4], sendo considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigações que não atendam a tais pressupostos[5].

Aliás, reforçando os preceitos de equilíbrio nas contas públicas e responsabilidade na geração das despesas, a nova Lei de Licitações, a Lei Federal n° 14.133/24, alçou o planejamento ao patamar de princípio, ao lado dos demais vetores insertos em seu artigo 5º, estabelecendo, em consequência, que a fase preparatória deve ser caracterizada pelo planejamento e deve estar compatível com as leis orçamentárias[6].

Esse aspecto não pode sequer ser relegado em caso de contratação direta (procedimento geralmente utilizado para formalização dos contratos com os artistas), reforçando a ideia de que a adequação orçamentária é parâmetro a ser observado pela administração pública[7].

Diante da ausência de crédito orçamentário específico e no valor correspondente à despesa que se pretende dispender, o custeio dos eventos festivos, na maioria das vezes, será gerado no decorrer do exercício, o que enseja a atuação do Ministério Público visando ao questionamento da despesa gerada sem observância dos preceitos acima aludidos.[8]

[2] "pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar".

[3] Nos termos do artigo 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal

[4] Nos termos do § 4º do artigo 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal

[5] Nos termos do artigo 15 , da Lei de Responsabilidade Fiscal

[6] Nos termos do artigo 18 , da Lei Federal n° 14.133/24

[7] Vide artigo 72, da Lei Federal n° 14.133/24: O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: II – estimativa da despesa e IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

[8] suplementar quando do reforço de dotação existente ou especialquando da inexistência de dotação específica -, nos termos dos incisos I e II do artigo 43 da Lei Federal nº 4.320/64

[9] "a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes" e "a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa"

Essa despesa, dissociada do prévio planejamento, demandará o aporte de recursos públicos, sanado com a abertura de crédito adicional ao orçamento , e a consequente anulação de despesa destinada a outras ações governamentais, o que configura repriorização da ação governamental, vedada nos incisos V e VI, do artigo 167 da Lei Maior.[9]

3. A legitimidade constitucional das escolhas orçamentárias

Dado que a repriorização governamental e a consequente abertura de crédito adicional pressupõem, na maioria dos casos, a anulação de dotação orçamentária[10], torna-se imprescindível a análise da legitimidade da nova escolha. Isso, porque a anulação da dotação orçamentária pode recair em despesa de caráter obrigatório ou despesa destinada à efetividade dos direitos fundamentais, as quais restariam suprimidas em prol da realização de evento festivo.

Ademais, considerando a histórica impossibilidade de realização universal dos direitos fundamentais, justificada pela insuficiência de receita para tal fim, é essencial a atuação do Ministério Público em face da deficiência ou omissão na formulação e execução das políticas públicas, visando a materializar os ditames Constitucionais.

Por outro lado, mesmo quando existem recursos públicos e previsão da despesa na Lei Orçamentária Anual, há de se analisar se tal escolha é legítima, diante dos valores constitucionais, verificando-se o adimplemento das obrigações do ente público face aos demais direitos fundamentais da população.

Nesta situação, não mais se impõe a apreciação de uma repriorização, a partir de uma modificação no planejamento orçamentário inicial, mas o questionamento da constitucionalidade da priorização de eventos festivos em detrimento da satisfação de outros direitos econômicos, sociais e culturais.

Não se pretende, com esta análise, propagar a aniquilação da realização de eventos festivos, porquanto tais celebrações configuram-se como uma das formas de realização do direito ao lazer, mas sim questionar a discricionariedade administrativa e a possibilidade de questionamento judicial dessa escolha orçamentária, quando há proteção insuficiente ou efetivação deficiente de outros direitos constitucionais.

Defende-se, aqui, o dever do Ministério Público de aferir a legalidade e a legitimidade do gasto público, consoante paradigma inserto no artigo 70, da Constituição Federal, sob o prisma da proporcionalidade, da razoabilidade e da preponderância de interesses.

Segundo EIDE, a realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais não significa inação ou ação insuficiente até quando o gestor pretender, mas à medida da disponibilidade orçamentária e com o máximo de urgência possível.

[10] Nos termos do inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 43, da Lei nº 4.320/64

Com efeito, é o Poder Executivo que detém a iniciativa das leis orçamentárias, nos termos do artigo 165, da Carta Magna, com a aprovação do Poder Legislativo. E, por tal razão, parte da doutrina tem defendido sua análise meramente formal e que a natureza da escolha sobre as despesas públicas é eminentemente política.

Entretanto, a partir da Constituição Federal de 1988, configurou-se um cenário onde a natureza das despesas se conforma a aspectos jurídico-constitucionais, alçando o orçamento ao patamar de instrumento de progresso, espaço de planejamento, intervenção e atuação do Estado, tendente a disciplinar a vida social e promoção das políticas públicas ali norteadas, restando, portanto, uma margem cada vez menor para deliberações de cunho discricionário a seu respeito.

Segundo ABRAHAM, esse cenário é reforçado, entre outros aspectos, pelo perfil social da Carta de 1988, que ofertou à sociedade uma gama de direitos, e assumiu uma série de deveres para garanti-los; pela superação do caráter programático normativo; pela consolidação da doutrina da efetividade das normas constitucionais, conferindo-lhes uma aplicação direta e imediata[11]; e pela crescente judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais que eventualmente não tenham sido regularmente satisfeitos pela atividade estatal originariamente programada.

Na concepção jurídica moderna, ainda segundo ABRAHAM, a Carta Constitucional de 1988 deixa de ser um texto formal, meramente programático e passa a ser considerada um sistema normativo aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

Acrescenta o autor que não se pode deixar de considerar que a Carta Magna define expressamente, no seu artigo 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que deverão ser observados prioritariamente pelo administrador público, pautando seus atos e decisões, limitando-se, assim, seu espaço de discricionariedade.

No mesmo sentido o posicionamento de RÉGIS FERNANDES OLIVEIRA para quem o aspecto discricionário na decisão das escolhas alocatícias vem sendo restringido de acordo com os valores que a constituição e as leis vão encampando.

Os direitos fundamentais e, mais especialmente os econômicos, sociais e culturais, afiguram-se em um nível de essencialidade e prioridade mais prementes, posto que relacionados à dignidade da pessoa humana e sua sobrevivência.

A ausência de políticas públicas adequadas e suficientes à realização dos direitos fundamentais inerentes à dignidade humana é, por fim, uma violação a esses direitos, pela omissão do Estado no cumprimento de seu dever.

Realizando-se uma análise comparativa das despesas elencadas em Leis Orçamentárias Anuais de diversos entes públicos, o dispêndio de recursos com os eventos festivos, apresenta-se desproporcional ao orçamento total de alguns de seus órgãos, bem

[11] Art. 5, § 1º CF, como assentado no Resp 1.185.474-SC

como ao custo de políticas públicas específicas que asseguram a promoção de direitos humanos fundamentais. Não raras vezes, o cachê de um artista de renome equivale ao custo total da política pública anual.

Comumente, os gestores públicos, a pretexto de justificar a escolha do evento festivo, argumentam o exercício de sua discricionariedade, na eleição do direito fundamental que lhe convém efetivar, notadamente quando cumprem os limites mínimos constitucionalmente estabelecidos para a garantia dos direitos à saúde e à educação e quando preveem, minimamente, alguma política pública de garantia dos demais direitos econômicos, sociais e culturais.

Defende-se, neste artigo, que a Constituição Federal criou um microssistema de tutela do custeio dos direitos econômicos, sociais e culturais, destinado a conferir a máxima e progressiva eficácia dos direitos fundamentais, através de todo um plexo normativo protetor de certos direitos, com expressa previsão de destinação legal de recursos para esse fim, como acentua, com propriedade, GRAZIANE PINTO.

Atendendo à recorrente valoração dos direitos em aparente conflito, o princípio da proporcionalidade é instrumento apto a balancear o meio ao fim pretendido pela lei, ordenando que esta relação seja proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Igualmente, o princípio da razoabilidade serve de meio de valoração do fato concreto em relação ao direito a ser aplicado.

Acerca do tema, BARROSO leciona que a razoabilidade funciona como limitação à discricionariedade administrativa, consistindo em mecanismo de controle e parâmetro de avaliação dos atos do poder público.

Para ABRAHAM, é inegável que a definição das políticas públicas e a escolha feita pela administração sobre o que fazer com os recursos arrecadados, devem seguir sempre o interesse coletivo, pautarem-se nas necessidades mais urgentes da sociedade e serem conduzidas a partir dos valores constitucionais voltados para a consecução e o atendimento dos direitos fundamentais, que impõem o gasto de recursos públicos como único caminho para sua realização.

Ausentes tais pressupostos, restam patentes a desproporcionalidade e a irrazoabilidade na escolha alocatícia que permite o dispêndio de vultosos recursos públicos em detrimento da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ademais, diante dos interesses em disputa (direito ao lazer de um lado e outros direitos econômicos, sociais e culturais de outro) e da escassez de recursos para satisfazê-los, LEITE indica que a ordem é sopesar, com critérios rígidos e objetivos, quais os interesses de maior proteção constitucional para a devida alocação de recursos.

E mais, diante de eventual ausência de critérios objetivos, impõe-se a observância dos princípios constitucionais, dos fundamentos e dos objetivos constitucionais, em um juízo de ponderação e razoabilidade.

O Estado não pode tudo. Precisa avaliar as prioridades constitucionais face a seu tamanho, para ponderar que, de todas as restrições necessárias, as áreas que devem ser

menos prejudicadas são as de maior sensibilidade constitucional, notadas pelo constituinte originário, ao elaborar um complexo normativo que escolhe a dignidade da pessoa humana como princípio matriz da Lei Maior.[12]

Para além do critério principiológico, ABRANHAM apresenta um parâmetro objetivo acerca da utilização dos recursos públicos, relembrando que, a despeito da privativa competência do Poder Executivo em deliberar a alocação das receitas públicas nas despesas públicas que entender mais conveniente, esta deverá seguir uma ordem de prioridades.

Em primeiro lugar, a alocação de recursos públicos para fazer frente às despesas previstas pela Constituição, seja através de seus comandos imperativos, seja pelas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Em segundo lugar, a destinação do produto da arrecadação dos tributos vinculados, devem fazer face às despesas públicas previstas na respectiva lei.

Finalmente, no campo residual, para a deliberação discricionária sobre a aplicação dos recursos públicos, as escolhas deverão se pautar pelos ditames da dignidade da pessoa humana.

Mesmo no campo remanescente, considerado flexível para a deliberação acerca das despesas públicas, esta deverá ser pautada pelo atendimento daqueles objetivos, afinal, a Constituição não contém meros conselhos.

Insiste ABRAHAM que somente após observar e atender àquelas despesas consideradas fixas e obrigatórias, assim como as despesas vinculadas aos direitos econômicos, sociais e culturais (não apenas prevendo-as no orçamento, como também as executando) é que restaria ao administrador público uma margem de liberdade e discricionariedade para destinar e aplicar o restante dos recursos financeiros nas suas escolhas políticas, inclusive podendo até mesmo decidir, em relação apenas a estas, por não as executar.

Na mesma toada, BARCELOS afirma que as políticas públicas envolvem gastos e, como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição genérica de *em que gastar,* é preciso, ainda, decidir *como gastar,* tendo em conta os objetivos específicos que se deseje alcançar. E essas escolhas precisam receber a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário.

A evolução jurisprudencial salvaguarda esse panorama. Nessa esteira, são meticulosas as lições esposadas pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no julgamento do ARE 639337/São Paulo, exemplificando, com maestria, como se deve pautar republicanamente o Chefe do Poder Executivo, para assegurar o núcleo

[12] Artigo 1º, III. da Constituição Federal

fundamental do mínimo existencial.[13]

Percebe-se, assim, que, a despeito da Constituição da República Federativa do Brasil assegurar o direito ao lazer, elencou a alimentação, a moradia, a saúde e educação em seu núcleo essencial, como forma de assegurar um mínimo existencial, e, diante desse conflito de interesses de envergadura constitucional, deve o gestor público valer-se da técnica de ponderação de interesses, priorizando àqueles direitos de maior relevância em detrimento daqueles de menor envergadura constitucional, como forma de preservar os direitos fundamentais, ainda mais quando para garantia do direito ao lazer nem sempre é necessário o dispêndio de recursos públicos.

Sintetiza BARROSO que, ao conceder maior efetividade aos valores sociais constitucionalmente previstos, permite-se exercer a função estatal de maneira mais equilibrada, balanceando e ponderando seus princípios e regras.

4. A justiciabilidade da discussão das escolhas orçamentárias

Não há dúvidas quanto à importância do controle político do orçamento público. Não apenas no âmbito da divisão da construção orçamentária, como materialização do sistema de freios e contrapesos, mas também do controle externo da execução orçamentária, pelo Poder Legislativo.

Além do controle (interno e externo) exercido entre os próprios poderes há o controle social político, direto, através do próprio exercício do voto, e também o indireto, praticado por meio dos conselhos sociais.

Como aponta TRISTÃO, a discussão acerca da escolha orçamentária passou a ser acompanhada mais de perto pelo cidadão, através dos vários mecanismos de controle social, com o fortalecimento da democracia e o aprimoramento do grau de politização da sociedade.

Tais mecanismos, todavia, nem sempre, são aptos a identificar e sanar, oportunamente, desvios de legalidade e legitimidade do orçamento, mormente diante da complexidade de sua execução e do acesso às informações orçamentárias.

O que se verifica, cada vez mais, é que vislumbrado desrespeito a direitos fundamentais, através das normas orçamentárias ou do manejo de instrumentos

[13] "A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter emperspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental". AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011 (destaques nossos).

orçamentários, durante sua execução, tem exigido que o tema seja levado ao Poder Judiciário, o qual, historicamente, ficava alheio a este tipo de demanda.

O exame de políticas públicas, em si, pelo Poder Judiciário, para avaliar sua capacidade de realizar o direito que pretende garantir, bem como a análise da omissão dos gestores na implementação de tais políticas já é aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias majoritárias.

Contudo, não há como analisar, de forma responsável, tais ações e omissões estatais sem examinar o orçamento público em si. É que a escusa mais comum para a insuficiente oferta dos serviços essenciais à garantia universal dos direitos sociais, econômicos e culturais é o limite do "possível" orçamentário.

Enfrentar o argumento teórico da *reserva do possível,* impõe aos operadores do direito a compreensão concreta do orçamento público e sua discussão a partir das leis que integram o sistema orçamentário, embora se tenha defendido, outrora, que o tema da alocação de recursos orçamentários pelo poder público não seria judiciável, vez que tema eminentemente político e discricionário.

Registre-se que a concepção arcaica de que o controle político dos orçamentos seria suficiente para assegurar a realização dos preceitos constitucionais resta superada com a assertiva de que "não existem direitos sem custos para sua efetivação", como asseveram SCAFF e NUNES.

Segundo BARROS, a Constituição só se efetiva com a realização dos direitos fundamentais que são providos através de políticas públicas, que por sua vez, carecem de previsão orçamentária. Não há, por conseguinte, como assegurar a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, sem que se faça, no âmbito mesmo do Poder Judiciário, análise das peças orçamentárias.

Em face da correlata mudança de paradigma, essa abordagem passou a ser mais presente nas decisões judiciais, seja no controle dos atos administrativos discricionários, seja na análise da razoabilidade da despesa considerada supérflua. O Poder Judiciário está amparado, inclusive, na mudança legislativa que assegurou controle mais rígido dos gastos públicos.

Explica-nos BARROS que o controle judicial do orçamento pode ser realizado tanto de forma preventiva, visando a impedir vício que possa tornar ilícita a peça orçamentária; como concomitante, ocorrendo durante a execução orçamentária; ou, por fim, de forma repressiva, quando se busca o ressarcimento ao erário por danos sociais decorrentes do descumprimento pretérito das normas constitucionais.

Em sede jurisprudencial, o julgamento da ADPF nº 45, consolidou a tese de não ser absoluta a liberdade nas escolhas sobre as despesas públicas.[14]

[14] "Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do poder executivo".

Nesse sentido, como asseverou MELO, a análise da lei do orçamento não pode, sob hipótese alguma, prescindir da investigação de suas finalidades, afinal, é a finalidade da regra o que permite compreendê-la e que vai lhe dar o sentido que efetivamente tem.

LEITE destaca que é importante inquirir se as prioridades constitucionais estão sendo alcançadas com relação aos seus fins últimos, permitindo a análise da questão da injustiça generalizada por conta da alocação orçamentária destoante dos fins constitucionais. Por conseguinte, possibilitando ao Poder Judiciário desempenhar um papel institucional de exigir do administrador público racionalidade na alocação dos recursos para a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Segue o autor explicando que o orçamento que opta por gastar mais em publicidade do que em educação, ou mais em guerra do que em saúde, sem análise detalhada das especificidades do caso concreto, apresenta um padrão de injustiça, intolerável que deveria ser combatido política e socialmente. É nesse quadrante que se vislumbra a atividade judicial, não na definição da política pública a ser executada, mas na verificação se o Direito aceita como válida a política apresentada.

A dedução judicial, longe de ferir a autonomia administrativa e independência dos poderes, encontra-se intrinsecamente relacionada com a atividade financeira, conceituada por DEODATO como sendo a procura de meios para satisfazer as necessidades públicas.

Como uma das funções instrumentais exercidas pelo Estado, a atividade financeira destina-se a prover, de forma equitativa e equilibrada, as necessidades públicas, gerindo os recursos de maneira responsável e controlada, o que conduz à sindicância da legitimidade dos gastos, no contexto do artigo 70, da Carta Magna, que surge como a relação entre o gasto e sua valoração diante do atendimento ao interesse público.

Para BASTOS, a expressão legitimidade ultrapassa a legalidade, vez que impõe o compasso aos valores fundamentais.[15] A análise da legitimidade dos gastos, por conseguinte, não se trata de intromissão indevida do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo.

Como esclarece ABRAHAM, a intervenção judicial é indispensável para dirimir conflitos, nos termos das diretrizes insertas nos preceitos constitucionais, que dizem respeito à consideração das condições materiais e valorativas decorrentes das necessidades públicas que envolvem atos administrativo-financeiros (demonstração da motivação dos atos e dos fins que se busca atingir).

Ainda nessa seara, o Poder Judiciário vem sendo chamado a intervir em face da escolha da realização de eventos festivos, com vultosos dispêndios de recursos públicos, como meio mais eficiente à realização do direito ao lazer, justamente diante do prejuízo que tal gasto gera à efetivação dos demais direitos econômicos, sociais e culturais.

[15] "Um dispêndio excessivo com atividades de representação ou mesmo com cerimônias festivas, embora regulares do ponto de vista legal, visto que financiadas por verbas competentes do orçamento, podem ter a sua legitimidade questionada".

Nesse sentido, no âmbito do STJ, o contexto de ponderação aqui abordado vem sendo ratificado em diversas decisões judiciais que apontam para a inconstitucionalidade dos gastos excessivos em festividades, quando menores valores são alocados para garantia de políticas públicas aptas à efetividade de diretos econômicos, sociais e culturais, a exemplo da Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3123-BA[16], Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3099-MA[17] e Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3131-GO[18].

5. Conclusão

Tendo partido de uma abordagem constitucional, norteada pelo artigo 70, da Magna Carta, que traz, expressamente, a legalidade e a legitimidade, como critérios imprescindíveis de controle orçamentário, comprovou-se, neste artigo, a importância de uma atuação, neste viés, para garantia dos direitos fundamentais.

Observando a má gestão orçamentária, tanto do ponto de vista da legalidade como da legitimidade, nas escolhas que vêm aportando enormes quantias de recursos públicos em eventos festivos, propôs-se um olhar técnico, jurídico, orçamentário e constitucional para fazer frente a tais escolhas, quando evidenciem desrespeito tanto ao princípio da legalidade quanto da legitimidade.

As realidades locais, em todo Brasil, são distintas. Entretanto, não se pode negar que há uma recorrência na falta de diagnóstico e planejamento realizados pelos gestores públicos e aptos a aferir soluções de curto, médio e longo prazo para as desigualdades sociais e promoção integral de direitos fundamentais como saúde e educação.

Com tal omissão, sem qualquer fundamento técnico e a partir dos atos de vontade dos administradores públicos, vê-se escolhas sendo feitas voltadas, exclusivamente para a promoção pessoal dos gestores e suas permanências na vida política.

Como primeira estratégia de combate a essa má gestão, propõe-se a análise das normas que integram o Sistema Orçamentário (PPA, LDO e LOA), com intuito de verificar se os eventos festivos estão nelas previstos, em atenção ao princípio da programação, entre outras regras legais.

Superada a etapa da legalidade, sugere-se a apreciação da legitimidade das escolhas orçamentárias. Essa análise só pode ser feita comparando-se os recursos disponíveis para políticas públicas não essenciais com os destinados a políticas públicas imprescindíveis à garantia de direitos fundamentais.

[16] 2022/0172196-7, Relator Ministro Presidente do STJ: Cuida-se de gastos deveras alto para um município pequeno, com baixa receita, no qual, como apontado pelo Ministério Público da Bahia, o valor despendido com a organização do evento chega a equivaler a meses de serviços públicos essenciais, como se compara na petição inicial.

[17] 2022/0114603-0, Relator Ministro Presidente do STJ: Na decisão o presidente do STJ reconheceu que ficou demonstrada a incompatibilidade entre a despesa de R$ 500 mil com a contratação do evento artístico e a realidade orçamentária do município maranhense

[18] 2022/0187756-5, Relator Ministro Presidente do STJ

No quadro do ente federativo local, conhecidas a realidade e a previsão dos objetivos constitucionais, é que será possível analisar se a escolha do gestor é ou não razoável, proporcional e constitucionalmente legítima.

Não o sendo, nem sempre, como se sabe, o controle político e social é suficiente para assegurar o respeito à Constituição e a efetividade máxima dos direitos constitucionais. Por isso, defende-se a Justiciabilidade da demanda.

O Poder Judiciário precisa ser demandado a participar ativamente do equilíbrio entre os poderes também na análise orçamentária.

Não é possível exigir-se do Poder Judiciário a força da ordem de realização de direitos fundamentais negligenciados por outros poderes, sem que se possa reconhecer a ele a legitimidade da análise não apenas da legalidade, mas da legitimidade das escolhas orçamentárias.

Os controles da legalidade e legitimidade do orçamento público são imprescindíveis para a concretização dos direitos fundamentais e não podem mais ser negligenciados.

Referências bibliográficas

ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. São Paulo: Editora Forense, 2018.

ARENDT, Hannah. The Promise of Politics. Edited with an introduction by Jerome Kohn. New York: Shocken Books, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito de Estado, nº 3, jul/set 2006. São Paulo.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Controle Jusrisdicional de Políticas Públicas. Parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2022. São Paulo. Editora Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. Curso de Direito Financeiro e Tributário. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

DEODATO, Alberto. Manual de Ciências das Finanças. São Paulo: Saraiva, 2020

EIDE, Asbjorn. Human rights requirements to social and economic development. In: Food policy. Grã-Bretanha: Elsevier Science, v. 21, n. 1, 1996.

HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro: estudios de teoría política. Buenos Aires: Paidós, 1999.

LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. Salvador: JusPodium, 2021.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2014.

PINTO, Elida Graziane. Um microssistema de tutela do custeio dos direitos sociais nos protege Revista Consultor Jurídico. In https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/contas-vista-microssistema-tutela-custeio-direitos-sociais-protege/, acesso em 26 fev 2025.

TRISTÃO, Gilberto. Dificuldades na democratização do orçamento público. Brasília: Revista de Informação Legislativa. Ano 26, n. 104, 1989.

SCAFF, Fernando Facury e Antônio José Avelãs NUNES. Os tribunais e o direitos à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011.

Feminicídio no Brasil: análise histórica e jurídica

Stela Valéria Cavalcanti

> "Levanto minha voz, não para que eu possa gritar, mas para que aquelas sem voz possam ser ouvidas" (Malala Yousafzai).

> "Que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa substância" (Simone de Beauvoir).

1. Introdução

Uma honra participar desta coletânea de artigos em homenagem ao querido amigo, professor e Procurador de Justiça aposentado, Dr. Dilmar Lopes Camerino. O Dr. Dilmar foi meu mestre e professor na FDA/UFAL durante a graduação e posteriormente, tive a grata satisfação, de ser sua colega no Ministério Público de Alagoas. Desde então, estreitamos nossos laços de amizade, respeito e cordialidade. O ilustre amigo é um exemplo de servidor público competente, honesto e de ser humano comprometido com as causas sociais. Desta forma, é um grande prazer homenageá-lo, colaborando nessa obra.

Este artigo abordará o fenômeno do feminicídio no Brasil, suas causas e consequências maléficas para as famílias, a sociedade e o Estado brasileiro.

A violência contra a mulher é um fenômeno presente em todo o mundo. Apesar de ser um problema antigo, vivenciado por grande parcela da sociedade brasileira, apenas em 2006, após a publicação da Lei Maria da Penha, n. 11.340, passou a ter um regramento jurídico específico[1].

É importante ressaltar que a Lei Maria da Penha foi considerada pela ONU como uma das três melhores legislações de proteção às mulheres em situação de violência do mundo. É uma norma de natureza protetiva, que tem sua própria regra hermenêutica, apta a dar conta da singularidade da situação da mulher que está vivendo em violência doméstica e familiar. Vigente desde 2006, tem por finalidade a igualdade de gênero e desde então vem contribuindo para a proteção integral das mulheres e para a efetividade dos seus

[1] CAVALCANTI, Stela. Violência doméstica em tempo de pandemia: repercussões do isolamento social nas relações familiares à luz da Lei Maria da Penha. Curitiba: Juruá, 2020.

direitos fundamentais[2].

A Lei Maria da Penha trouxe a doutrina da proteção integral para situações de violência doméstica e familiar que envolvam mulheres. Esta doutrina se caracteriza por estabelecer que toda violência contra a mulher, praticada por questão de gênero, é uma grave violação de direitos humanos, conforme expresso nos artigos 2º e 3º da Lei Maria da Penha.

Durante muito tempo o homicídio de uma mulher foi considerado equivocadamente como "crime passional" e em várias ocasiões, utilizado como argumento de legítima defesa da honra, para justificar sua absurda prática[3].

No Brasil, o termo Feminicídio ganhou destaque a partir de 2015, quando foi aprovada a Lei Federal 13.104/15, conhecida popularmente como Lei do Feminicídio, que foi festejada pelo movimento de mulheres, pelas ONGs que prestam apoio às mulheres e pelas instituições que atuam em defesa das vítimas, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o poder Judiciário.

Visando ampliar a proteção jurídica das mulheres, diante da evidência dos altos índices de violência de gênero, o Projeto de Lei nº 4.266/2023 foi apresentado com a finalidade de corrigir deficiências no tratamento penal dos crimes cometidos contra a mulher, especialmente no concernente ao feminicídio. Assim, com o advento da Lei n. 14.994/2024, o feminicídio foi tipificado como delito autônomo no Brasil, com definição e penas estabelecidas no Código Penal.

Apesar de a legislação brasileira ter evoluído bastante, terem sido criadas políticas públicas voltadas ao empoderamento das mulheres e à repressão e punição dos casos de violência doméstica e familiar, as estatísticas ainda demonstram números alarmantes. Em 2022, conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 1.341 mulheres foram vítimas do feminicídio no país, cerca de uma mulher a cada sete horas[4].

Definido como o assassinato intencional com motivação de gênero, o feminicídio é, em muitos casos, impulsionado pelo machismo estrutural existente na sociedade e pelas relações desiguais de poder entre homens e mulheres. Para coibir o feminicídio é fundamental conhecer suas características e, assim, implementar ações concretas, eficazes e direcionadas à prevenção dos crimes, punição dos autores e ressarcimento às vítimas e seus familiares.

[2] CANUTO, Érica. Princípios especiais da Lei Maria da Penha e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

[3] O Plenário do STF, em 1/8/2023, finalizou o julgamento da ADPF nº 779 [1], e, referendando medida cautelar concedida em 2021, declarou inconstitucional o uso da tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio.

[4] 16º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 16, 2022.

2. Violência de gênero

Os estudos de Gênero surgiram nas décadas de 1960/1970 do século XX, se contrapondo à definição de sexo por determinação biológica, apresentando uma visão única para a questão, como sendo a construção cultural, social, e política que ordenariam as diferenças entre homens e mulheres ao redor do mundo. Segundo a conhecida lição, "não se nasce mulher, torna-se mulher"[5].

Nesse sentido, a concepção de gênero para SCOTT compreende dois importantes aspectos: no primeiro, gênero é recebido como elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças percebidas entre os sexos; no segundo, gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder[6].

Partindo dessa nova doutrina, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995, define a violência de gênero como ofensa à dignidade humana e manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres.

Da mesma forma, Piovesan[7] entende que a violência contra a mulher constitui ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens e que a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra a mulher pelo fato de ser mulher.

O Protocolo para Julgamento com perspectiva de Gênero do CNJ diz que:

> utilizamos a palavra gênero quando queremos tratar do conjunto de características socialmente atribuídas aos diferentes sexos. Ao passo que sexo se refere à biologia, gênero se refere à cultura. Quando pensamos em um homem ou em uma mulher, não pensamos apenas em suas características biológicas; pensamos também em uma série de construções sociais, referentes aos papéis socialmente atribuídos aos grupos: gostos, destinos e expectativas quanto a comportamentos[8].

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero foi criado com a finalidade precípua de orientar magistradas e magistrados a considerar o papel das desigualdades estruturais nos julgamentos de conflitos que envolvam homens e mulheres.

[5] BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo - Fatos e mitos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, vol. I, 1980.
[6] SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2. 1995.
[7] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
[8] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com perspectiva de Gênero. 2021 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf Acesso em: 22/01/25.

A ideia central é que a Justiça seja um espaço de promoção de direitos para todas as pessoas e de superação de práticas de discriminação, bem como possa contribuir para a efetivação das políticas de equidade.

Se baseou nos sistemas internacionais de proteção, na medida em que adotou o "modelo de protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero (feminicídio)", cuja adesão do Brasil em 2016; e cumpre a recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a adoção de tratamento diferenciado na elaboração de protocolos oficiais de julgamentos com perspectiva de gênero, para casos de violência contra a mulher. Sendo assim, o Grupo de Trabalho responsável por sua elaboração, realizou pesquisa e estudos em documentos produzidos pela doutrina e Judiciário brasileiros, além dos protocolos do Uruguai, Colômbia e México, dentre outros instrumentos internacionais como a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher – CEDAW.

Nesse mesmo sentido a Corregedoria Nacional do Ministério Público editou a Recomendação n. 02, de 22/03/2023, orientando a adoção de medidas destinadas a assegurar a atuação da Instituição ministerial com perspectiva de gênero, bem como a necessidade de os Ramos e Unidades do Ministério Público brasileiro adotarem medidas que assegurem um atendimento humanizado, de modo a evitar avaliações baseadas em estereótipos e preconceitos existentes na sociedade e promovendo postura ativa de desconstrução e superação de desigualdades históricas e de discriminação contra as mulheres[9].

Da mesma forma, ocorreu com a modificação do Estatuto da Advocacia (Lei nº 14.612/2023) que incluiu o assédio moral, sexual e a discriminação entre as infrações ético-disciplinares no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Contudo, analisando os dados estatísticos, urge que essas políticas públicas sejam ampliadas, para que os direitos humanos das mulheres estejam garantidos no nosso país, conforme preconiza a Lei Maria da Penha, n. 11.340/06.

A Lei Maria Penha estabelece que todo caso de violência doméstica e familiar é crime e deve ser apurado por meio de inquérito policial a ser remetido ao Ministério Público Estadual. Esses crimes são julgados pelos Juizados Especiais de Violência doméstica contra a mulher, criados a partir dessa legislação, ou, onde não existam, nas Varas Criminais.

A Lei também tipifica as situações de violência doméstica, proíbe a aplicação de penas pecuniárias aos agressores, amplia a pena para os crimes e determina o encaminhamento das mulheres a programas e serviços de proteção e assistência social. Ademais, a referida lei, em seu art. 7º, estabelece que a violência doméstica e familiar pode ser física, psicológica, sexual, moral ou patrimonial.

[9] CORREGEDORIA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recomendação nº 02, de 22 de março de 2023. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/596-institucional/corregedoria/recomendacoes-de-carater-geral/9839-recomendacoes-de-carater-geral. Acesso em: 23/01/2025.

Importante também compreender que a violência doméstica ocorre dentro de um ciclo que é constantemente repetido. O ciclo da violência doméstica foi descrito em 1979, pela psicóloga norte-americana Lenore E. Walker, para identificar padrões abusivos em uma relação íntima de afeto[10].

O ciclo é composto de três fases:

Fase 1 (Aumento da tensão) Num primeiro momento, o agressor mostra-se tenso e irritado por questões insignificantes, chegando a ter acessos de raiva, assim, iniciam-se a tensão, seguida por humilhações e ameaças. Em geral a vítima tende a desculpar ou mesmo negar que o fato tenha ocorrido. Essa tensão pode durar dias, meses ou anos. Mas como tende a aumentar, é muito provável que chegue à próxima fase.

Fase 2 (Ato de violência) nesse momento da relação ocorre a explosão do agressor ou seja, a falta de controle que leva a uma agressão física. Esta fase é seguida por pedido de desculpas pelo agressor e juras de que jamais o fato voltará a ocorrer e busca a reconciliação. Fase 3 (Lua de mel) esta fase se caracteriza pelo arrependimento do agressor para obter a reconciliação e evitar que o fato seja conhecido por alguém próximo à vítima, ou mesmo pelas autoridades. Por fim, a tensão volta a ocorrer e reinicia a Fase 1.

Esses ciclos são repetitivos, com uma diminuição gradativa dos intervalos. Ou seja, o ciclo só terá fim, com a notícia do fato às autoridades, porém, as mulheres em situação de violência tem a sua dignidade abalada, sua autoconfiança ferida, sentem medo e insegurança, ou mesmo dependem econômica ou emocionalmente do agressor, situações que as impedem de procurar ajuda imediatamente à ocorrência do ato violento.

Para romper esse ciclo, é necessário reconhecer os sinais da violência doméstica e suas diferentes formas, as quais estão descritas na Lei Maria da Penha, n. 11.340/06, que possui diversos mecanismos para proteger as vítimas e seus familiares, combater a violência e punir os agressores. É preciso quebrar este ciclo, sob pena se tornar algo irreversível: o feminicídio.

3. Femicídio x Feminicídio

A antropóloga mexicana Marcela Lagarde y de Los Ríos[11] foi responsável por atribuir ao vocábulo femicídio um conceito mais abrangente. Já palavra feminicídio foi usada pela primeira vez pela socióloga Sul Africana Diana Russel[12], no intuito de dar definição específica para homicídios praticados em um contexto de assassinatos de mulheres em crime de guerra, posteriormente o termo foi utilizado largamente devido a uma grande quantidade de mortes ocorridas na cidade de Ruarez, México, um caso que

[10] WALKER, Lenore E. The battered woman. New York: Harper and Row, 1979.
[11] LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Del femicidio al feminicidio. Desde el Jardín de Freud, [S.l.], n. 6, p. 216-225, 2006.
[12] RUSSELL, Diana. Feminicide: The Politics of Woman Killing. New York: Twayne Publishers, 1992.

ficou conhecido como Campo Algodoeiro, que inclusive teve uma condenação pela Corte Americana de Direitos Humanos.

A partir dessas experiências, vários países latino-americanos, a exemplo do Brasil, iniciaram o processo de criação de leis criminalizando o feminicídio.

Mais de 51 mil pessoas do gênero feminino foram mortas por seus parceiros ou membros da família em 2023. É o que revela o Anuário da ONU Mulheres sobre o assassinato de mulheres e meninas no mundo. Isso equivale a 140 mulheres mortas todos os dias[13].

No Estado do Rio de Janeiro, ao longo de 2023, 83% dos casos de feminicídio foram motivados por problemas nos relacionamentos. É o que mostra a 19a Edição do "Dossiê Mulher 2024"[14], publicado pelo Instituto de Segurança Pública do Estado. Entre os motivos mais comuns apareceram: feminicídio após briga conjugal – 42 casos; feminicídio por não aceitação ao fim do relacionamento – 20 casos; feminicídio por ciúmes – 17 casos e feminicídio por desconfiança de traição – 6 casos.

4. A Lei 13.104/2015, "Lei do Feminicídio"

A lei 13.104/2015 surgiu após recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre violência contra Mulher, que investigou a violência contra as mulheres nos estados brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013. Esta lei alterou o Código Penal brasileiro, incluindo a palavra feminicídio como qualificadora do crime de homicídio.

O feminicídio é crime contra a mulher pelo simples fato de ser mulher diante de um ambiente de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Desde que se iniciou no Brasil o processo de discussão para a criação de uma "Lei do Feminicídio", alguns doutrinadores se insurgiram, alegando que o Código Penal já trataria do tema no capítulo que dispõe acerca dos crimes contra a vida, portanto, não haveria necessidade de diferenciar a morte de alguém, quando a vítima fosse uma mulher.

Apesar dessa discussão, os legisladores brasileiros, acertadamente, optaram pela criação do feminicídio, ao qualificar o homicídio, estabelecendo três circunstâncias em que o crime poderia ocorrer: (Código Penal, art. 121, §2º-A, (i) violência doméstica e familiar, (ii) menosprezo ou (iii) discriminação à condição de mulher, incluído pela Lei n. 13.104/15), como veremos a seguir.

Importante ressaltar que não se mostra mais suficiente um Direito Penal neutro nas relações violentas de gênero. A técnica de tipos penais neutros que até então predominava na nossa legislação, no concernente ao homicídio, foi substituída por uma criminalização

[13] Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/noticias/uma-mulher-ou-menina-e-morta-a-cada-10-minutos-por-seu-parceiro-intimo-ou-outro-membro-da-familia.
[14] Disponível em https://ispconecta.rj.gov.br/ispmulher.

específica, para dar maior visibilidade a esses crimes e para demonstrar a indignação do Estado brasileiro com as estatísticas alarmantes dos crimes de feminicídio.

O feminicídio não escolhe suas vítimas, mas ataca a todos, não escolhe raça, religião, classe social. Feminicídio é considerado a expressão máxima da violência ou a etapa final do processo de violência contra a mulher, da cultura da dominação masculina e da desigualdade nas relações de poder existentes entre homens e mulheres.

A Lei 13.104/2015, que criou a qualificadora do feminicídio, visava atender à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Belém do Pará, 1994), estabelecendo uma "política repressora da criminalidade discriminatória da mulher".

Na justificativa do Projeto de Lei nº 292/13, tem-se que:

> o feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita da posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e a sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

Em face desses argumentos, seria plenamente justificada a criação da figura típica, pois ela decorre justamente da necessidade de se tratar desigualmente os desiguais. Se analisarmos o § 2º-A do artigo 121 do Código Penal brasileiro, percebe-se que não basta que a vítima seja mulher, mas que haja razões de condição de sexo feminino e o crime decorra de violência doméstica e familiar ou de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, demonstram que o Brasil teve 3.913 homicídios de mulheres, dos quais 1.350 foram registrados como feminicídios, média de 34,5% do total de assassinatos[15].

O Supremo Tribunal Federal, em controle direto de constitucionalidade, assentou que a diferenciação no tratamento penal entre homem e mulher como vítimas de delitos é harmônica com a Constituição Federal.

As medidas protetivas de urgência, estabelecidas no art. 22 da Lei Maria da Penha colaboram com a prevenção aos casos mais graves de violência contra a mulher e devem ser aplicadas em favor das vítimas e contra os agressores quando o caso exigir.

[15] 15o. Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021 Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/12/relatorio-de-atividades-2022-fbsp.pdf Acesso em: 23/01/25.

A polícia e os operadores do direito devem orientar as mulheres acerca da existência de alguma medida necessária no caso concreto, tendo em vista que, muitas vezes, o afastamento do agressor do lar, a proibição de aproximação da vítima, a proibição de portar arma de fogo ou mesmo alimentos provisórios podem contribuir para que o feminicídio não ocorra, uma vez que a mulher estará sob a proteção do sistema de justiça e da Patrulha Maria da Penha e o agressor que descumprir, poderá ter a prisão decretada. Ademais, as estatísticas demonstram que as vítimas que tem medidas protetivas aplicadas estão mais protegidas que aquelas que não denunciam.

5. A nova Lei do Feminicídio: Lei 14.994/2024

A nova lei modifica o Código Penal, **o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei Maria da Penha e a Lei dos Crimes Hediondos para tornar o feminicídio crime autônomo, agravar a sua pena e a de outros crimes praticados contra a mulher por rações da condição do sexo feminino, além de estabelecer outras medidas destinadas a prevenir e coibir a violência praticada contra a mulher.**

O feminicídio estava previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 2015, quando foi incluído pela Lei nº 13.104, com alterações das Lei nº 14.344/2022 e Lei nº 13.771/2018, se tratava de uma qualificadora do crime de homicídio, ao lado de outras, embora com a possibilidade de aplicação de majorantes específicas a esta qualificadora.

Com a modificação legislativa, torna-se um tipo de crime de homicídio, tal como ocorre com o crime de infanticídio. Deste modo, a legislação busca combater a impunidade e os altos índices da violência contra a mulher, proporcionando maior proteção às vítimas e punições mais severas aos autores.

O feminicídio, definido no artigo 121-A do Código Penal, é o ato de matar uma mulher por razões da condição de sexo feminino, repetindo a redação anterior da Lei n. 13.104/2015. Considera-se que há razões da condição do sexo feminino quando o crime envolve:

> I – violência doméstica e familiar;
> II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
> § 2º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime é praticado:
> I – durante a gestação, nos 3 (três) meses posteriores ao parto ou se a vítima é a mãe ou a responsável por criança, adolescente ou pessoa com deficiência de qualquer idade;
> II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;
> III – na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

> IV – em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);
> V – nas circunstâncias previstas nos incisos III, IV e VIII do § 2º do art. 121 deste Código.
> § 3º Comunicam-se ao coautor ou partícipe as circunstâncias pessoais elementares do crime previstas no § 1º deste artigo.

Conforme demonstramos anteriormente, a violência doméstica contra a mulher é praticada dentro de um ciclo, que pode envolver a ocorrência de outros delitos, como violência psicológica, violência moral, patrimonial, sexual e física. Contudo, se houver agressões que não resultem em morte, mas deixem marcas, lesões, o agressor poderá responder por lesão corporal, em concurso de crimes ou de forma continuada, ou tentativa de feminicídio, dependendo da extensão das lesões e de ficar comprovada a intenção de matar.

Sendo considerado um crime autônomo, outro embate poderia se iniciar sobre a incidência da norma penal acerca dos coautores ou partícipes, sem a mesma motivação do autor. O acréscimo do §3.º ao artigo 121-A não deixa dúvidas quanto esta questão, uma vez que se comunicam as circunstâncias pessoais elementares do crime.

Importante ressaltar que no concernente à retroatividade, a Lei n. 14.994/24 não pode retroagir para alcançar fatos anteriores a sua entrada em vigor, em obediência ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, previsto no artigo 5º, XL, da CF 88.

A pena prevista para o feminicídio agora é de reclusão, de 20 a 40 anos. Ademais, a Lei Nova prevê causas de aumento de pena na terceira fase da dosimetria, podendo elevar a pena acima da previsão máxima, ou seja, com a configuração de uma ou mais destas majorantes, mesmo relativamente a apenas uma conduta de feminicídio consumada, a pena pode chegar a 60 anos[16]. Vale ressaltar que os magistrados do júri devem apreciar a circunstância judicial da personalidade do agressor na sentença condenatória, art. 59, do Código Penal.

É considerado crime hediondo, com repercussões mais gravosas para o autor, como a proibição de concessão de anistia, graça ou indulto, o início do cumprimento de pena em regime fechado e a progressão de regime mais rigorosa, exigindo o cumprimento de 2/5 da pena para réus primários e 3/5 para reincidentes.

A nova lei passou a prever como majorante do crime de feminicídio as qualificadoras do crime de homicídio dos incisos III, IV e VIII do § 2º do artigo 121 do Código Penal:

[16] MENDES, Emerson Castelo Branco; ROCHA, Jorge Bheron. Novo tipo penal de feminicídio e outras alterações. Consultor Jurídico, 13 out. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-13/novo-tipo-penal-de-feminicidio-e-outras-alteracoes\>. Acesso em: 23/01/2025.

(a) emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
(b) traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; e
(c) emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. Com a nova lei, a condenação por feminicídio passa a acarretar automaticamente (artigo 92, §2º, III) a perda do poder familiar, da tutela ou da curatela; a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; e a vedação à nomeação, designação ou diplomação em qualquer cargo, função pública ou mandato eletivo desde o trânsito em julgado da condenação até o efetivo cumprimento da pena.

O Protocolo nacional de investigação e perícia no crime de feminicídio, de 2015, do Ministério da Justiça e Segurança Pública veio colaborar com a coleta das provas, preservação do local do crime e salvaguarda da dignidade da mulher, integridade física e emocional dos envolvidos nos casos de feminicídios, na medida em que a investigação criminal em todas as suas etapas deve observar a perspectiva da violência baseada em gênero, conforme art. 5º da Lei nº 11.340, de 2006[17].

Já o Pacto Nacional de Prevenção aos Feminicídios foi instituído em 16 de agosto de 2023, pelo Decreto nº 11.640/2023, com o objetivo de prevenir todas as formas de discriminação, misoginia e violência de gênero contra mulheres e meninas, por meio da implementação de ações governamentais intersetoriais, com a perspectiva de gênero e suas interseccionalidades.

Previsto para funcionar como um instrumento de articulação e operacionalização dos objetivos, diretrizes e princípios constantes da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, o Pacto envolve várias áreas do governo federal com a coordenação do Ministério das Mulheres, prevê a adesão de estados e municípios e a participação do conjunto da sociedade[18]. As ações governamentais intersetoriais e transversais serão implementadas a partir do Plano de Ação de 2024, com vistas a prevenir as mortes violentas de mulheres em razão da desigualdade de gênero e garantir os direitos e o acesso à justiça às mulheres em situação de violência e aos seus familiares.

[17] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Protocolo Nacional de Investigação e Perícias nos Crimes de Feminicídio. 2015. Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/12487/1/Protocolo%20Nacional%20de%20Investiga%C3%A7%C3%A3o%20e%20Per%C3%ADcias%20nos%20Crimes%20de%20Feminic%C3%ADdio.pdf. Acesso em: 23/01/2025.

[18] Pacto Nacional de Prevenção aos Feminicídios. Três eixos principais: Prevenção primária - ações planejadas para evitar que a violência aconteça e que visem a mudança de atitudes, crenças e comportamentos para eliminar os estereótipos de gênero, promover a cultura de respeito e não tolerância à discriminação, à misoginia e à violência com base no gênero e em suas interseccionalidades. As ações visam construir relações de igualdade de gênero, envolvidas as ações de educação, formal e informal, com a participação de setores da educação, da cultura, do esporte, da comunicação, da saúde, da justiça, da segurança pública, da assistência social, do trabalho e do emprego, dentre outros; Prevenção secundária- ações planejadas para a intervenção precoce e qualificada que visem a evitar a repetição e o agravamento da discriminação, da misoginia e da

O 30º aniversário da Plataforma de Ação de Pequim, em 2025, bem como a rápida aproximação do prazo final para alcançar o Objetivo 5 de Desenvolvimento Sustentável – ODS (igualdade de gênero), apresenta uma oportunidade crítica para mobilizar todas as partes interessadas para ações decisivas e urgentes em prol dos direitos humanos das mulheres e da igualdade de gênero.

Importante destacar a ADPF 1.107 (relatora ministra Cármem Lúcia), em que o plenário do STF disse não à sobrevitimização das mulheres no processo penal. Trata-se de inegável avanço, uma vez que a implementação de uma jurisdição com olhar de gênero é decisiva para extirpar, da Justiça Criminal, a cultura patriarcal[19].

6. Atores do crime de feminicídio

6.1 Sujeito ativo

A violência contra a mulher pode ser praticada por qualquer pessoa, de qualquer gênero, assim como o Feminicídio. O sujeito ativo do delito de Feminicídio (agressor) é aquele que pratica a conduta típica, por ação ou omissão. Inclusive no âmbito de relações homoafetivas entre mulheres "as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (artigo 5º, Parágrafo único), neste mesmo sentido, o STJ (HC 277.561)

Embora a violência de gênero possa ser praticada tanto por homens quanto por mulheres, na maioria dos casos o sujeito ativo é pessoa do sexo masculino[20]. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2024 afirma que 90% dos assassinos de mulheres são

violência com base no gênero e em suas interseccionalidades. São desenvolvidas por meio das redes de serviços especializados e não especializados nos setores da segurança pública, saúde, assistência social e justiça, dentre outros, e apoiadas com o uso de novas ferramentas para identificação, avaliação e gestão das situações de risco, da proteção das mulheres e da responsabilização das pessoas autoras da violência; Prevenção terciária - ações planejadas para mitigar os efeitos da discriminação, da misoginia e da violência com base no gênero e em suas interseccionalidades e para promover a garantia de direitos e o acesso à justiça por meio de medidas de reparação, compreendidos programas e políticas que abordem a integralidade dos direitos humanos e garantam o acesso à saúde, à educação, à segurança, à justiça, ao trabalho, à habitação, dentre outros. Disponível em: https://www.gov.br/mulheres/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas-1/pacto-nacional-de-prevencao-aos-feminicidios Acesso em: 23/01/25.

[19] Nesse sentido, a decisão recente, nos autos do Habeas Corpus n. 0800758-41.2025.8.02.000, do TJAL, da Ação penal da competência do Júri n. 0714889-44.2024.8.02.0001 em que o Magistrado Geraldo Cavalcante Amorim, afirmou: "Saliento, ademais, que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 1.107, cujo objeto foi o artigo 400-A do Código de Processo Penal, de redação semelhante no artigo 474-A do Código de Processo Penal, assentou que não se deve permitir questionamentos sobre "o modo de vida" da vítima, para que não ocorresse justamente a revitimização, impondo ainda, o dever dos magistrados de "atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal" (ADPF 1107, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23-05-2024, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-s/n DIVULG 23-08-2024 PUBLIC 26-08-2024).

[20] 17º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023.

homens “A morte violenta de mulheres é cometida majoritariamente por homens, de modo que, em 2023, é possível afirmar que 1.730 homens mataram mulheres”.

No caso de concurso de agentes, a alteração normativa inclui o § 3º ao artigo 121-A, determinando de forma expressa que “comunicam-se ao coautor ou partícipe as circunstâncias pessoais elementares do crime previstas no § 1º deste artigo”, Lei n. 14.994/2024.

Para investigadores e psicólogos, agressores de mulheres, na maioria dos casos, são cidadãos comuns, que trabalham, tem comportamento social compatível e muitas vezes são réus primários de bons antecedentes.

O perfil do homem autor da violência doméstica é definido por Scott e Oliveira como: “homens jovens, casados, com baixa escolaridade, com filhos e que exercem trabalho remunerado”. É importante conhecer o perfil dos agressores para um melhor entendimento da especialidade dos crimes praticados contra as mulheres, por questão de gênero[21]. Inclusive, vale ressaltar que, nos relatos em grupos reflexivos, grande parte dos homens que agridem tentam justificar suas condutas, culpam suas companheiras pela violência, sentem-se injustiçados por estarem respondendo aos crimes, bem como quando condenados[22].

Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública concluem que os companheiros e ex-companheiros da vítima despontam como os principais sujeitos ativos do Feminicídio, com percentual acima de 80%, seguido de algum parente 14,5%[23].

6.2 Sujeito Passivo

O sujeito passivo é sempre o titular do bem jurídico protegido, a vida. No caso do crime de feminicídio é a vida da mulher, abrangendo a mulher transexual (trans), conforme orientação prevalente na doutrina e decisão do STJ (HC 541237).

Das vítimas de feminicídio de 2023, 63,6% eram mulheres negras; 71,1% tinham entre 18 e 44 anos de idade; 64,3% foram mortas na residência, conforme demonstra o 17o. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2024.

7. Análise das decisões do STJ e TJDFT em caso de danos morais em violência doméstica

[21] SCOTT, Juliano Beck; OLIVEIRA, Isabel Fernandes de. Perfil de homens autores de violência contra a mulher: uma análise documental. Revista de Psicologia da IMED, v. 10, n. 2, 2018.

[22] SOARES, Cecília Teixeira; GONÇALVES, Hebe Signorini.Grupos reflexivos para autores de violência contra a mulher? “Isso funciona?” Revista Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 73-107, 2o. Sem. 2020.

[23] 17º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023.

7.1 Entendimento do STJ

Segundo o entendimento do STJ, em julgamento realizado sob o rito de recursos repetitivos (Tema 983, REsp 1675874/MS e REsp 1643051/MS), é possível a fixação de indenização por danos morais, se houver pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução

> (...) Apreciando o Tema 983 sob a sistemática dos recursos repetitivos, o colendo STJ sedimentou o entendimento de que, nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório por danos morais, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória para esse fim. Ademais, sendo o direito penal a última ratio, toda e qualquer infração penal também é um ilícito civil, que causa, in re ipsa, ao menos dano moral, de modo que a fixação de valor mínimo sob esse título não macula o processo penal. No caso concreto, verifico que a ofendida suportou malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher, transtornos e aborrecimentos que lhe causaram sofrimento, fato que causa lesão à dignidade subjetiva da vítima, configurando danos morais. Assim, a condenação em danos morais se impõe." (grifamos) *Acórdão 1282740, 00058745220188070005, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Terceira Turma Criminal, data de julgamento: 10/9/2020, .publicado no PJe: 22/9/2020. No mesmo sentido:* Acórdão 1282558, 07036238320198070005, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 10/9/2020, publicado no PJe: 21/9/2020; Acórdão 1280717, 00010302520198070005, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 3/9/2020, publicado no PJe: 14/9/2020; Acórdão 1280636, 00024632720168070019, Relator: MARIA IVATÔNIA, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 3/9/2020, publicado no PJe: 15/9/2020.

Recurso repetitivo 983 – desnecessidade de estimativa de valor

"Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória" (REsp 1675874/MSe REsp 1643051/MS).

[24] Vide https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/reparacao-por-danos-morais-a-vitima-de-violencia%20-domestica

Reconciliação entre a vítima e o agressor – não afastamento da reparação

"(...) 4. A posterior reconciliação entre a vítima e o agressor não é fundamento suficiente para afastar a necessidade de fixação do valor mínimo previsto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, seja porque não há previsão legal nesse sentido, seja porque compete à própria vítima decidir se promoverá a execução ou não do título executivo, sendo vedado ao Poder Judiciário omitir-se na aplicação da legislação processual penal que determina a fixação de valor mínimo em favor da vítima" (REsp 1819504/MS).

7.2 Decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT

Reparação por danos morais – extensão de dano e capacidade econômica do acusado

"(...) 3. Segundo a jurisprudência consolidada pelo STJ, em Recurso Especial representativo da controvérsia, em se tratando de crimes praticados no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, é viável fixar reparação a título de dano moral, contanto que haja pedido expresso feito pela acusação ou pela vítima, devendo a fixação levar em conta a extensão do dano e a capacidade econômica do ofensor." *Acórdão 1280957, 00020516720188070006, Relator: JESUINO RISSATO, Terceira Turma Criminal, data de julgamento: 3/9/2020, publicado no PJe: 14/9/2020.*

Dano moral "in re ipsa" - presunção em favor da vítima de violência doméstica

"(...) 8. Conforme REsp 1.643.051 - MS, condenado o réu por crime ou contravenção cometido em cenário de violência doméstica contra mulher, o dano moral é in re ipsa, restando ao julgador a estipulação de seu quantum mínimo." *Acórdão 1281122, 07075851720198070005, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Primeira Turma Criminal, data de julgamento: 3/9/2020, publicado no PJe: 15/9/2020.*

Proporcionalidade e razoabilidade na fixação do "quantum"

"(...) 3. Mantem-se o valor da indenização fixada a título de danos morais quando este se encontra em conformidade aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade." *Acórdão 1276556, 07112954220198070006, Relator: CRUZ MACEDO, Primeira Turma Criminal, data de julgamento: 20/8/2020, publicado no PJe: 2/9/2020.*

8. Indenizações em caso de feminicídios

Os filhos e dependentes menores de mulheres vítimas de feminicídio terão direito

a uma pensão especial no valor de um salário-mínimo, hoje R$ 1.518. A decisão está na Lei n. 14.717/23. Alguns requisitos são necessários para o recebimento da pensão. Entre eles: o crime tem que estar tipificado no inciso VI, do parágrafo 2o. Do art. 121, do Código Penal; a renda familiar mensal per capita deve ser igual ou inferior a 1/4 do salário-mínimo; o valor será pago aos filhos e dependentes menores de 18 anos de idade na data do óbito de mulher vítima de feminicídio.

O benefício poderá ser concedido provisoriamente antes da conclusão do julgamento do crime se houver indícios de que houve feminicídio. Se for decidido pelo juiz, após trânsito em julgado, que não houve feminicídio, o pagamento será imediatamente suspenso, mas os beneficiários não serão obrigados a devolver o dinheiro já recebido, a não ser que seja comprovada má-fé.

O eventual suspeito de autoria ou coautoria do crime não poderá receber ou administrar a pensão em nome dos filhos. O projeto também impede o acúmulo da pensão com outros benefícios da Previdência Social.

Será excluído definitivamente do recebimento do benefício a criança ou o adolescente que tiver sido condenado, mediante sentença com trânsito em julgado, pela prática de ato infracional análogo a crime como autor, coautor ou partícipe de feminicídio doloso, ou de tentativa desse ato, cometido contra a mulher vítima da violência, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis.

No caso de óbito ou maioridade do beneficiário da pensão especial, a cota será reversível aos demais beneficiários. “O benefício não prejudicará os direitos de quem o receber, relativos ao dever de o agressor ou o autor do ato delitivo indenizar a família da vítima", diz o texto. Ou seja, mesmo que o menor dependente da vítima de feminicídio tenha direito a ser indenizado pelo agressor ele fará jus ao recebimento da pensão especial.

Desde 2012, o INSS tem cobrado judicialmente dos agressores de mulheres o ressarcimento de valores gastos pelo governo com o pagamento de benefícios como auxílio-doença e aposentadoria por invalidez a mulheres impedidas de trabalhar por terem sido vítimas de violência. As ações também incluem casos de pensão por morte concedidas aos dependentes de vítimas de feminicídio. Entre março e agosto de 2023, 12 ações do tipo já foram movidas pela Advocacia-Geral da União (AGU) cobrando dos acusados as despesas previdenciárias decorrentes de feminicídios. A expectativa é que, com os casos, mais de R$ 2,94 milhões voltem aos cofres da União.

No entanto, apesar das decisões favoráveis, nenhum valor já foi arrecadado, por conta da dificuldade da Justiça de arrestar os bens dos acusados para garantir o pagamento da sentença.

9. Considerações finais

Desde que o feminicídio foi tipificado como crime em 2015 no Brasil, os registros de ocorrência deste tipo de delito evidenciam que é um grave problema social e de

segurança pública. Já em 2024, apenas no primeiro semestre, já foram notificadas mais de 2 mil mortes violentas de mulheres com indícios de feminicídio, de acordo com o Monitor de Feminicídios no Brasil.

O Laboratório de Estudos Femininos – LESFEM, divulgou os dados atualizados de 2024, revelando um aumento alarmante nos casos de feminicídios em todo o país. Segundo os úmeros mais recentes, foram registrados 750 feminicídios consumados e 1693 casos de feminicídios consumados e tentados. Destacando-se entre os estados mais afetados, São Paulo lidera com um aumento significativo de 101 casos em 2023 para 132 em 2024. No Paraná, houve um crescimento de 56 para 64 casos, enquanto a Bahia viu um aumento de 45 para 51 casos no mesmo período.

Os estados com as maiores taxas de crescimento percentual são Sergipe,com um alarmante aumento de 171,4%, seguido por Tocantins com 150% e Amapá com 100%. Alagoas registrou um aumento de 72,7%, e o Rio Grande do Sul acompanhou com um crescimento de 56,3%[25].

O feminicídio é a última etapa de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte sobre o corpo da mulher. A ocorrência do feminicídio está relacionada a fatores históricos, culturais e sociais que tornam o machismo uma característica estrutural da sociedade brasileira. Somos um país patriarcal, que ainda desvaloriza as mulheres e acaba por normalizar todo tipo de violência cometida contra as mulheres, notadamente no ambiente doméstico.

Apesar da completa legislação existente no país e de ser considerado crime hediondo, a violência doméstica e familiar permanece com dados alarmantes. Para controlá-la, se faz imprescindível entender o fenômeno e as circunstâncias da morte violenta das mulheres, praticada por parceiros íntimos, desnaturalizar papéis sociais impostos, quebrar preconceitos e orientar as possíveis vítimas a estarem atentas aos sinais para se protegerem e buscarem ajuda das autoridades públicas.

O art. 2º da Lei Maria da Penha, n. 11.340/2006, dispõe que

> Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver uma vida sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

As medidas protetivas de urgência são providências garantidas pela Lei Maria da Penha que geram obrigações ao agressor, como seu afastamento do lar ou proibição de contato com a vítima, e direitos à mulher, como alimentos e encaminhamento para

[24] LESFEM. Monitor de Feminicídios no Brasil. Disponível em: https://sites.uel.br/lesfem/monitor-de-feminicidos-do-brasil-revela-aumento-alarmante-e-estatisticas-preocupantes/#:~:text=O%20Monitor%20de%20Feminic%C3%ADdios%20no,e%20tentados%20at%C3%A9%20o%20momento. Acesso em: 23/05/25.

programas oficiais de proteção e assistência social, entre outros. São medidas preventivas de grande valor, que vem sendo amplamente utilizadas pela polícia e pelos operadores do Direito.

A ineficácia de políticas públicas para enfrentar essa grave situação, desde o apoio às vítimas até a efetiva punição aos agressores, tornam o cenário ainda mais complexo.

Segundo o Relatório da ONU Mulheres 2024, "uma mulher ou menina é morta a cada 10 minutos por seu parceiro íntimo ou outro membro da família", a aplicação da lei do Feminicídio é apenas o início de uma grande batalha que precisa ser travada pelos poderes públicos, sendo necessárias diversas ações no intuito de evitar que o crime ocorra, alertar as mulheres a ficarem atentas aos sinais para se defenderem e evitarem que os casos mais graves ocorram.

O feminicídio é crime, tipificado no Código Penal brasileiro, de competência do Tribunal do Júri e expressamente rotulado como crime hediondo, sendo um delito praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, Lei n. 14.994/24.

Para conter o avanço do feminicídio no Brasil, o primeiro passo é garantir acesso à informação como direito humano primordial. Conhecer direitos, saber como exercê-los e onde buscar apoio em situações de violência.

Precisamos investir maciçamente em políticas públicas de gênero, quebrar preconceitos, os desequilíbrios de poder que perpetuam a violência contra as mulheres. Protegê-las, principalmente aquelas que vivem nas cidades mais afastadas das Capitais, em que as redes de proteção ainda não estão bem articuladas para atendê-las de forma completa e eficiente.

O Sistema de Justiça precisa continuar avançando de maneira a neutralizar as desigualdades e os preconceitos existentes nas relações íntimas de afeto, com a publicação do Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero pelo CNJ de 2021, e posteriormente a Recomendação n. 02/2023 do CNMP, foram dados passos importantes nesse sentido, contudo, ainda verificamos atitudes isoladas de advogados, juízes e promotores que não condizem com as diretrizes dessas normas, razão pela qual uma contínua capacitação dos operadores do Direito se faz imprescindível, em tamas como gênero, direitos humanos das mulheres e contra a violência.

Numa sociedade em que o machismo e a misoginia são estruturantes das relações afetivas, a violência contra a mulher é algo ainda naturalizado no cotidiano de muitas mulheres. Para romper com essa mentalidade arcaica, é preciso educar em direitos humanos, equidade e justiça. Estes e outros temas precisam ser abordados nas escolas, em campanhas educativas e nas mídias sociais. Urge também que sejam responsabilizados os perpetradores, para acabar com a impunidade, ao mesmo tempo que seja garantido apoio adequado às sobreviventes, incluindo acesso a mecanismos seguros e transparentes de denúncia e proteção.

Espera-se, com este trabalho, contribuir para essa discussão e servir de orientação e alerta às mulheres brasileiras para que notifiquem os fatos, ao menor sinal de violência. Uma vez que a "denúncia" é o primeiro passo para romper o ciclo da violência e buscar uma vida plena, segura e feliz.

Referências bibliográficas

15º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2021. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 15, 2021.

16º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 16, 2022.

17º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: Fatos e mitos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, vol. I, 1980.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres. 5. ed. revista e ampliada, Juiz de Fora: Juapídium, 2023.

CAMPOS, Carmen Hein de. Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANUTO, Érica. Princípios especiais da Lei Maria da Penha e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CAVALCANTI, Stela. Violência doméstica em tempo de pandemia: repercussões do isolamento social nas relações familiares à luz da Lei Maria da Penha. Curitiba: Juruá, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com perspectiva de Gênero. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf. Acesso em: 22 jan. 2025.

CORREGEDORIA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recomendação nº 02, de 22 de março de 2023. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/596-institucional/corregedoria/recomendacoes-de-carater-geral/9839-recomendacoes-de-carater-geral. Acesso em: 23 jan. 2025.

FORTUNATO, Tammy. Feminicídio, aspectos e responsabilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Del femicidio al feminicidio. Desde el Jardín de Freud, [S.l.], n. 6, p. 216-225, 2006.

LESFEM. Monitor de Feminicídios no Brasil. Disponível em: https://sites.uel.br/lesfem/monitor-de-feminicidos-do-brasil-revela-aumento-alarmante-e-estatisticas-preocupantes/#:~:text=O%20Monitor%20de%20Feminic%C3%ADdios%20no,e%20tentados%20at%C3%A9%20o%20momento. Acesso em: 23 maio 2025.

PIMENTEL, Elaine; DORVILLÉ, Elita Morais. Mulheres, feminismos e interseccionalidade nas ciências criminais: escritos em homenagem a Sueli Carneiro. 1. ed. – 1. reimpr. Maceió: Edufal, 2020.

PIMENTEL, Silvia; BIANCHINI, Alice. Feminismo(s). São Paulo: Matrioska, 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Protocolo nacional de investigação e perícias nos crimes de feminicídio. 2015. Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/12487/1/Protocolo%20Nacional%20de%20Investiga%C3%A7%C3%A3o%20e%20Per%C3%ADcias%20nos%20Crimes%20de%20Feminic%C3%ADdio.pdf. Acesso em: 23 jan. 2025.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DAS MULHERES. Pacto Nacional de Prevenção ao Feminicídio. 2024. Disponível em: https://www.gov.br/mulheres/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas-1/pacto-nacional-de-prevencao-aos-feminicidios. Acesso em: 23 jan. 2025.

MENDES, Emerson Castelo Branco; ROCHA, Jorge Bheron. Novo tipo penal de feminicídio e outras alterações. Consultor Jurídico, 13 out. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-out-13/novo-tipo-penal-de-feminicidio-e-outras-alteracoes. Acesso em: 23 jan. 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RUSSELL, Diana. Feminicide: The Politics of Woman Killing. New York: Twayne Publishers, 1992.

SAFFIORI, Heleieth. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2, 1995.

SCOTT, Juliano Beck; OLIVEIRA, Isabel Fernandes de. Perfil de homens autores de violência contra a mulher: uma análise documental. Revista de Psicologia da IMED, v. 10, n. 2, 2018.

SOUZA, Guilherme de. Manual de Direito Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WALKER, Lenore E. The battered woman. New York: Harper and Row, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal: Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996.

Práticas abusivas das operadoras de saúde e autogestões: desafios contemporâneos

Max Martins

1. Introdução

Se é verdade afirmar que a vida se reveste num direito fundamental por excelência, este não poderia ser exercido em sua plenitude sem a garantia do direito à saúde, posto que viver, não é somente respirar, mas sim, interagir de forma digna e saudável (corpo, alma e espírito) com todo o orbe material e espiritual que envolve o homem e todas as criaturas viventes.

Deveras, a nossa Carta Magna consagrou através do art. 196, a saúde como direito fundamental, estabelecendo: *"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."*

Trata-se, portanto, de um direito fundamental indeclinável, jungido à dignidade humana e assegurado pela nossa Carta Política de 1988, bem como por diversas outras constituições e tratados internacionais. Sob a perspectiva de que a proteção à saúde é também um dever de todos, Fabio Cesar dos Santos Oliveira cita, em tradução livre, o magistral trecho do acórdão *Soobramoney vs. Minister of Health,* da lavra do Juiz Sachs da Corte Constitucional da África do Sul, *in verbis:*

> *"O direito de proteção à saúde, por sua própria natureza, deve ser considerado não somente a partir de um conteúdo legal tradicional estruturado sobre a ideia de autonomia do indivíduo, mas conforme uma nova ferramenta de análise baseada na noção de interdependência humana: a qualidade do ar; água e saneamento que o estado mantém para o bem público; a qualidade das relações de cuidado, que são altamente correlatas com a saúde; como também a qualidade da proteção à saúde e o apoio oficialmente disponível por instituições médicas e provido informalmente pela família, amigos e comunidade"*

Por outro lado, sobre a forma da estruturação, implementação e execução das políticas públicas de saúde no Brasil, malgrado a importância do SUS (Sistema Único de Saúde), concebido pela Lei nº. 8.080/90, e, considerado como um dos maiores e mais

complexos sistemas públicos de atenção à saúde do mundo, o objetivo deste artigo prender-se-á ao setor privado, que atua de forma suplementar: i) ora mediante lucro[1]-[2], oferecendo serviços de saúde através dos planos de saúde, hospitais particulares, consultórios médicos, e clínicas; ii) ora sem fins lucrativos (associações, e grupos de autogestão), ambos com regulação do próprio Estado, mercê do relevante direito social em que consiste a saúde.

Buscaremos abordar, ainda que perfunctoriamente, os desafios que permeiam o atual cenário da saúde suplementar no Brasil, onde a promessa de assistência médica/hospitalar eficiente e acessível - comumente publicizada na fase pré-contratual - muitas vezes se contrapõe com a dura realidade das negativas indevidas de cobertura; reajustes abusivos e restrições contratuais, condutas abusivas que infligem diretamente o fundamental à saúde. Não por acaso que o tema se reveste de relevantíssima repercussão social.[3]

Importante também passarmos em revista os fatores que contribuíram para o excessivo aumento da judicialização contra planos de saúde no Brasil[4], gerando um nefasto espiral onde os custos despendidos pelas operadoras de saúde, em razão de decisões judiciais, acabam retornando aos consumidores por ocasião do reajuste do contrato, alimentando assim esse ciclo vicioso.

Assim, ao se explorar, ainda que minimamente, os principais aspectos jurídicos, econômicos e sociais que permeiam o sensível setor de saúde suplementar, pretende-se fomentar uma reflexão crítica sobre os limites da atuação das empresas e a necessidade de um equilíbrio entre a sustentabilidade do setor e a proteção dos direitos dos usuários

[1] A atividade-meio das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, como define o art. 1º da Lei nº. 9.656, de 1988, é a exploração com lucro, empresarial, como diz a Constituição. E isto transforma a atividade própria dos seguros e planos de saúde em comercial porque ela se resume na aquisição prévia dos serviços médico-hospitalares, para revenda aos titulares dos planos privados de assistência à saúde, ou assunção do risco saúde pela seguradora (CARNEIRO. Luiz Augusto Ferreira. Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos. Editora Forense. p. 48.

[2] OLIVEIRA. Fábio Cesar dos Santos Oliveira. Direito de Proteção à Saúde: Efetividade e Limites à Intervenção do Poder Judiciário. Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Volume V, Revista dos Tribunais. p. 36.

[3] O Instituto de pesquisa DataSenado, vinculado à Secretaria de Transparência do Senado Federal, divulgou na quinta-feira (08/12/2022) os primeiros resultados da edição de 2022 da pesquisa Panorama Político, que mede a opinião da população sobre democracia, questões sociais e temas em debate no país. Pela terceira vez consecutiva, a pesquisa indicou que a maior preocupação dos brasileiros é a saúde: 26% apontaram essa como a principal demanda. A saúde já aparecia em primeiro lugar antes mesmo da pandemia de covid-19, na primeira vez que a pergunta foi incluída na pesquisa, em dezembro de 2019. A preocupação com o tema deu um salto durante a pandemia e retornou ao mesmo patamar de antes, ainda à frente de outros assuntos. Fonte: Agência Senado (https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/12/datasenado-saude-e-a-maior-preocupacao-do-brasileiro) (g.n).

[4] O volume de ações judiciais de consumidores contra operadoras de planos de saúde encerrou 2024 com quase 300 mil novos casos. O patamar mais que dobrou em três anos e é o maior já registrado desde o início do monitoramento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2020. Fonte: APM – Associação Paulista de Medicina.

2. Dos planos de saúde no Brasil. Breve retrospectiva

Malgrado o SUS garanta o atendimento universal à saúde, não há como negar o reconhecimento da essencialidade dos planos de saúde, eis que cerca de 25% da população brasileira (mais de 50 milhões de pessoas, ou 1/4) se utilizam da saúde suplementar, através das 697 operadoras de saúde em atividade no Brasil[5]. A título de nota, o governo brasileiro, vem, desde priscas eras, se empenhado em disciplinar a atividade previdenciária e de assistência médica, abordando o tema sempre como política de Estado.

Assim, como retrospecto dos principais eventos ligados ao tema, podemos citar, a criação em 1960 da "Medicina de Grupo"; o Seguro-Saúde (1966); e o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS) em 1975. Nos anos 80, surgiram os grupos de Cooperativas, tendo o grupo Unimed (Montepio Cooperativista do Brasil – Montecooper) se destacado nesta modalidade que se caracterizava por exitosas gestões encabeçadas por médicos, fato que desbancou os planos de seguros médico-hospitalares comerciais existentes à época.

Em verdade, segundo Maury Ângelo Bottesini, "Entre 1985 e 1995 *houve uma explosão no mercado de planos de saúde e seguros-saúde, havendo informações na publicação da CIEFAS, do ano de 2000, que havia mais de 1.000 empresas nestas atividades, envolvendo recursos de aproximadamente US$ 15 bilhões. Os críticos do sistema onde a saúde pode ser objeto de exploração empresarial com finalidade de lucro afirmam que tais fatos converteram o direito à saúde em mercadoria."*[6].

Ainda sem uma regulação do setor, bem como com a ausência de legislação que pudesse disciplinar aquele mercado efervescente e livre de amarras, diversos abusos foram cometidos v.g. negativas de atendimento sem justificativas; alegações de período de carência como forma de negar procedimentos; reajustes de mensalidades sem parâmetros; negativa de portabilidade para outros planos; entre outras práticas.

Felizmente, o período acima coincidiu com a promulgação da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o qual possibilitou que seus operadores pudessem lançar mão de várias ferramentas e princípios contidos no seu arcabouço jurídico, para intervir nas relações contratuais preexistentes entre as operadoras e os seus usuários.

Referidas intervenções têm amparo no princípio do dirigismo contratual, donde o Estado passa a atuar nas relações contratuais onde haja parte vulnerável e hipossuficiente, para trazer o devido equilíbrio contratual, rompendo, desta forma, com o até então inatingível princípio da autonomia da vontade *(pactum sunt servanda)*.

Seguidamente, quase uma década depois da promulgação do CDC, fincou-se de

[5] https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de- situacao.html - Fonte: Sala de Situação da ANS

[6] BOTTESINI. Maury Ângelo, e, Mauro Conti Machado. Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Editora Forense. 2015. p. 06

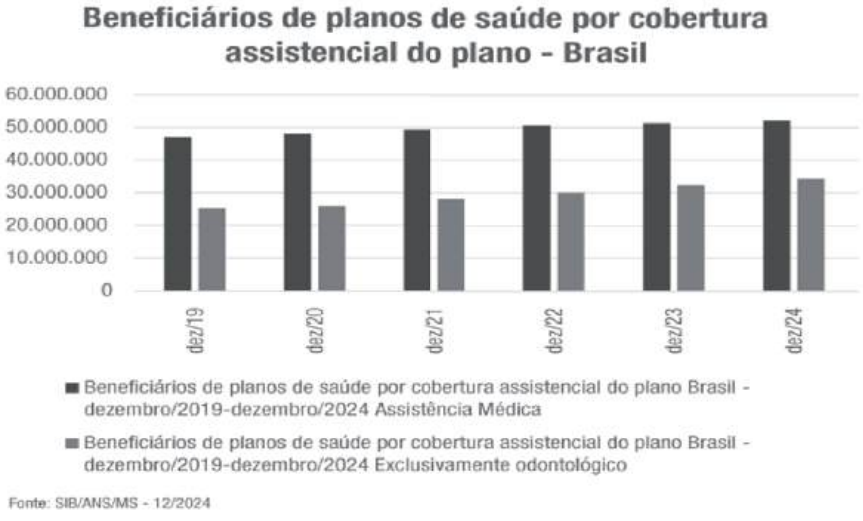
forma definitiva, o marco legal dos planos de saúde no Brasil, através da promulgação da Lei nº. 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde).

A aprovação da lei trouxe mais segurança jurídica para os consumidores e, apesar de não ser a panaceia para todos os males, conseguiu mitigar diversos abusos do setor empresarial, garantindo, por exemplo, que os planos de saúde oferecessem uma cobertura mínima obrigatória; reajustes e regras mais definidas para carências e cancelamentos, além de outras garantias.

Parece-nos evidente que o período pós pandemia contribuiu para um aumento considerável pela procura de planos de saúde, fato que não era prioridade antes, tanto é assim que no ano de 2018, 69,7% dos brasileiros não tinham planos de saúde[7].

Hodiernamente, segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no mês de dezembro/2024, o setor totalizou 52.210.290 usuários em planos de assistência médica. Já os planos exclusivamente odontológicos registraram 34.466.532 beneficiários.

Vejamos o gráfico abaixo:



Fonte: SIB/ANS/MS - 12/2024

Essa voracidade na procura por planos de saúde acendeu a preocupação do brasileiro em ter um amparo na hora do surgimento de enfermidades, sobretudo, em casos de realização de cirurgias com internação hospitalar; utilização de órteses e prótese, ou

[7] "Horas e horas de espera, falta de leito nas unidades intensivas e não agilidade para realização de exames. Esse é o cenário da saúde pública brasileira, e quase 70% da população paga pelos serviços ou depende do Estado. Uma pesquisa do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) mostra que 69,7% dos brasileiros não possuem plano de saúde particular – individual ou empresarial" – Fonte: https://cnm.org.br/comunicacao/noticias/quase-70-dos-brasileiros-nao-tem-plano-de-saude-dependem-da-rede-publica-ou-pagam-pelos-servicos

mesmo, utilização de UTI. Some-se a isso, um certo receio no atendimento do SUS, onde a superlotação de leitos e longas filas para exames e procedimentos, atemoriza e causa constante inquietação às famílias mais carentes.

3. Das práticas abusivas das operadoras de planos de saúde e autogestões

As práticas abusivas se constituem num arcabouço de condutas que se contrapõem à boa-fé e à equidade nas relações contratuais e consumeristas, sendo frequentemente associadas ao abuso de poder econômico. Desta forma, é importante destacar que, existindo práticas abusivas por operadoras de planos de saúde ou por autogestões, estas serão enfrentadas por ferramentas jurídicas diversas.

Para tanto, mister enumerar de forma sucinta, as principais diferenças entre os planos de saúde e autogestões. Com efeito, as autogestões não objetivam fins lucrativos, e atendem de forma exclusiva os seus associados e servidores; comercializam planos apenas ao seu grupo, e são regulados pela ANS e por diretrizes internas[8]. Ao revés, as operadoras de planos de saúde, visam o lucro em razão de sua atividade comercial; comercializam planos em mercado aberto; estão sujeitas as normativas da ANS; do CDC; e da Lei nº 9.656/98, e seus reajustes são aplicados pela ANS (planos individuais), ou livres (coletivos).

Logo, mesmo tendo sido as autogestões alijadas da incidência do CDC nos seus contratos, em razão da edição da Súmula 608 do STJ, não significa que estas permanecerão incólumes quando suas condutas abusarem da boa fé objetiva e afrontarem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Colacionamos logo abaixo, alguns precedentes da lavra do STJ nesse sentido:

> **EMENTA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO PARA TRATAMENTO DE CÂNCER. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CDC AOS PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. ACÓRDÃO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ.** 1. O fato de não ser aplicável a legislação consumerista aos contratos de plano de saúde sob a referida modalidade não atinge o princípio da força obrigatória do contrato, sendo imperiosa a incidência das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto às da legislação consumerista, notadamente acerca da boa-fé objetiva e dos desdobramentos dela decorrentes. 2.

[8] Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (SÚMULA 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018) (grifos nossos).

Compete ao profissional habilitado indicar a opção adequada para o tratamento da doença que acomete seu paciente, não incumbindo à seguradora discutir o procedimento, mas custear as despesas de acordo com a melhor técnica. 3. A natureza taxativa ou exemplificativa do rol da ANS é desimportante à análise do dever de cobertura de medicamentos para o tratamento de câncer, em relação aos quais há apenas uma diretriz na resolução normativa"(AgInt nos EREsp n. 2.001.192/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 2/5/2023, DJe de 4/5/2023).Agravo interno improvido. (STJ - AgInt no REsp: 2050072 SP 2023/0027542-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 13/12/2023, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2024) (grifamos).

EMENTA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. PRESCRIÇÃO ÂNUA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. MODALIDADE AUTOGESTÃO. NEGATIVA DE CUSTEIO DO PROCEDIMENTO INDICADO PELO MÉDICO. DOENÇA COBERTA PELO PLANO. ABUSIVIDADE. A INAPLICABILIDADE DO CDC AO CONTRATO DE AUTOGESTÃO NÃO AFASTA O DEVER DE COBERTURA DE TRATAMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. (STJ - AgInt no AREsp: 1628396 SP 2019/0354778-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 15/03/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2021) (grifamos).

Por assim ser, em havendo conduta *"que destoa dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes – incs. II e IV, segunda parte, do art. 39 e art. 113 do CC/2002- e da razoável e boa conduta perante o consumidor"* estas deverão ser vergastadas pelo ordenamento jurídico em vigência, consoante afirmou Ezequiel Morais[9]:

Coordenando há certo tempo as Promotorias de Defesa do Consumidor de Maceió, tivemos a oportunidade de atuar em diversas reclamações versando sobre práticas abusivas das mais diversas praticadas pelas operadoras de planos de saúde e autogestões, sendo as principais: reajustes abusivos; negativas de exames e procedimentos; prazos de carência; e limitação de sessões de tratamentos.

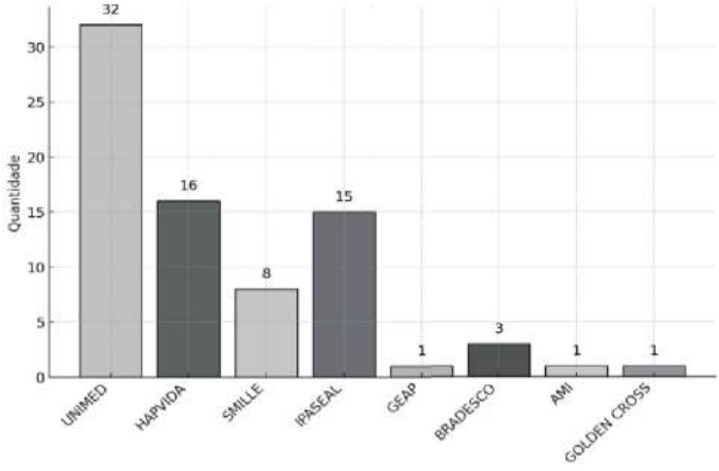
Mesmo em demandas individuais, os procedimentos investigativos eram instaurados, em razão do relevante viés social que envolve o tema. Em muitos casos, houve a resolutividade dos casos com o reconhecimento voluntário pela operadora da pretensão deduzida nos autos.

[9] MORAES. Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo, RT. 2010, p. 203

Em outros poucos casos, ainda que não lográssemos êxito na resolutividade, ao menos, o reclamante obtinha cópia integral do procedimento, devidamente instruído com todas as provas materiais necessárias para buscar com maior facilidade, e com uma prova pré-constituída a sua pretensão no âmbito judicial.

O gráfico abaixo demonstra o quantitativo de reclamações contra operadoras e autogestões entre os anos de 2022 a 2024 que tramitaram ou ainda tramitam nas 1ª e 3ª Promotorias de Justiça da Capital (Defesa do Consumidor):

Operadoras de Planos de Saúde e Autogestões na 1ª e 3º PGJ Anos 2022 – 2024



4. Negativa de exames e procedimentos

A Lei nº 9.656/1998, marco legal dos planos de saúde, tutela os consumidores contra práticas abusivas e negativas de exames e procedimentos, e exige que as operadoras justifiquem fundamentadamente suas decisões. Neste sentido, o seu art. 10 preconiza que os planos de saúde devem cobrir os procedimentos listados no rol da ANS, inserindo-se neste contexto as consultas, exames, cirurgias e tratamentos, na conformidade da segmentação escolhida e contratada pelo usuário (odontológico, ambulatório, hospitalar, entre outros). Nesta toada, a própria lei estabelece as exceções, ou seja, as hipóteses em que a negativa se justifica[10].

[10] a) Tratamento clínico ou cirúrgico experimental; b) Procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; c) Inseminação artificial; d) Tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; e) Fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; f) Fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; g) Fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; h) Tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; i) Casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Primeiramente, importante trazer à baila a discussão acerca de ser o rol de procedimentos da ANS taxativo *(numeros clausos)* ou exemplificativo *(numeros apertos).*

Durante anos, discutiu-se acaloradamente nos pretórios pátrios, sobre a taxatividade ou não do Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Em 2022, o STJ através da 2º Seção, firmou jurisprudência no sentido de que o rol de procedimentos da ANS seria taxativo, mas poderia ser mitigado em situações excepcionais[11].

No mesmo ano de 2022, em reação à decisão do STJ, foi promulgada a Lei nº. 14.454/2022, que alterou a lei dos planos de saúde para estabelecer critérios que permitissem a cobertura de exames ou tratamentos de saúde, ainda que não estivessem incluídos no rol de procedimentos da ANS. Noutras palavras, estabeleceu que o rol de procedimentos seria exemplificativo.

Posteriormente, ainda em 2022, em novo julgamento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a lei de 14.454/2022 não poderia se aplicar para alcançar *ações anteriores* à sua vigência, mesmo nos casos em que o pedido envolvesse tratamento continuado, mantendo-se a tese do rol exemplificativo para os casos posteriores a vigência da lei, estando a operadora obrigada a arcar com o tratamento ou medicamento se ele for eficaz a partir de evidências científicas, ainda quando houvesse na lista da ANS alternativas mais baratas e tão eficazes quanto (Fonte: Consultor Jurídico – 12/02/2025).

A partir de então, os Tribunais vêm decidindo nesse sentido. Vejamos o aresto abaixo:

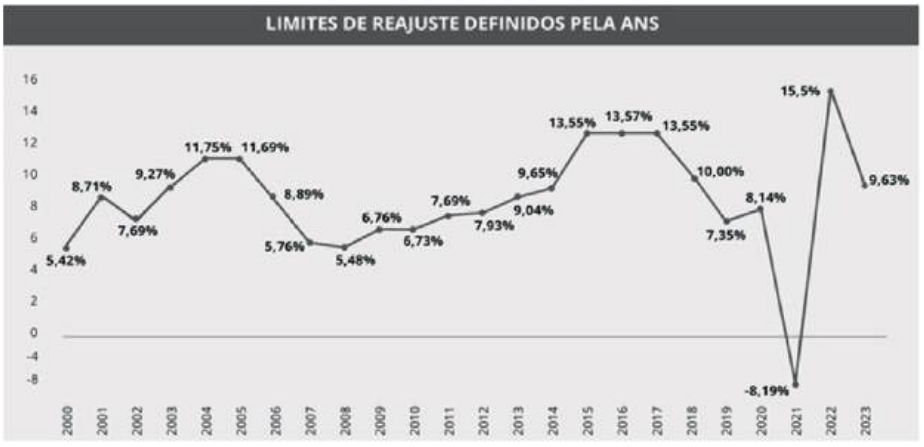
> **EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE.** Ação de obrigação de fazer. Recurso interposto contra decisão que deferiu a tutela de urgência, para realização de tratamento com a medicação FERINJECT 500mg, por via endovenosa. Presença dos requisitos do art. 300 do CPC. Urgência verificada. Indícios do dever de cobertura. **Paciente portadora de anemia ferropriva (CID 10-D50) e intolerância ao ferro oral. Situação de exceção ao rol da ANS, n os termos do art. 10, § 13 da Lei 9.656/96, com redação dada pela Lei 14.454/22. Prazo de 48 horas para cumprimento da decisão judicial** e valor da multa fixada (R$ 1.000,00/dia, limitada ao valor de R$ 100.000,00) que se mostram adequados, não merecendo qualquer dissentimento. R. decisão mantida. Recurso improvido (TJ-SP - Agravo de Instrumento: 2348188-14.2023.8.26.0000 Taquaritinga, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 02/02/2024, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/02/2024) (grifamos).

[11]https://www.conjur.com.br/2024-mai-04/stj-mantem-tese-do-rol-taxativo-da-ans-para-casos-anteriores-a-nova-lei/?utm_source=chatgpt.com

5. Reajustes abusivos

Antes de adentrarmos à aplicação dos reajustes desproporcionais e abusivos, mister abordarmos, inicialmente, os critérios ordinários de reajustes dos planos de saúde e autogestões em suas diferentes modalidades.

Nesse contexto, calha primeiramente observar que o reajuste dos *planos individuais e familiares* que tenham sido objeto de contratação após 01/01/99, ou, tenham sido adaptados à lei dos planos de saúde (lei 9.656/98) só podem ser aplicados, após prévia autorização da ANS (RN 565/2022). Mas não é só. Os beneficiários do plano devem receber em seus boletos, informações claras acerca do percentual que foi autorizado pela agência reguladora, e demais outras informações exigidas pela Resolução Normativa acima citada. O gráfico abaixo demonstra, a evolução dos índices de reajustes aplicados pela ANSObserve-se o pico do reajuste no período da Pandemia Covid-19:



Neste mesmo diapasão, é preciso pontuar a existência de outros motivos que podem incidir no reajuste dos planos individuais e familiares, com possibilidade de aplicação concomitante dentro do mesmo período. São eles: 1- O reajuste incrementado em razão da variação dos custos operacionais; e 2 – O reajuste aplicado em razão da transposição de faixa etária, que é aplicado conforme a mudança da idade do beneficiário[12].

Quanto ao reajuste dos *Planos Coletivos (empresarial, ou por adesão)* os critérios divergem dos individuais. É que nos planos coletivos, os limites para a aplicação do reajuste decorrem de livre negociação entre a operadora de saúde e a pessoa jurídica contratante.

[12] Sobre o reajuste por transposição de faixa etária, no julgamento do REsp 1.568.244/RJ , submetido ao regime dos Recursos Repetitivos, foi analisada a possibilidade de aumento da mensalidade, conforme a mudança de faixa etária, sendo firmada a tese que corresponde ao Tema 952 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingir a idade de 60 anos, o que o qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação.

Com muita propriedade, Daniel de Macedo[13], preconiza com hialina clareza como se opera o reajuste: *"Nos planos coletivos os índices de reajuste por variação de custos são definidos com observância de cálculos atuariais, não estando sujeitos à aprovação nem vinculados aos parâmetros firmados pelo órgão regulador, - Agência Nacional de Saúde -, diversamente do que ocorre em relação aos individuais. Contudo, compete à Agência monitorar a evolução dos preços, de forma a velar pela higidez e conformação do mercado, consoante o inciso XXI do art. 4º da Lei n. 9.961/2000".*

Frise-se, ademais, que nos planos coletivos é prática ordinária o aumento da prestação apurado na sinistralidade, que consiste em uma *"fórmula comumente aplicada pelas operadoras nos contratos de plano de saúde coletivos, para calcular um índice de reajuste a ser aplicado sobre a mensalidade, todas as vezes que a despesa anual que a operadora ,teve com certo grupo de beneficiários de toda a carteira de beneficiários supere um determino percentual da receita do mesmo período"*[14].

Não há consenso sobre o percentual médio de sinistralidade. Contudo as operadoras, sob o argumento de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, aplicam percentuais que variam entre 70% a 80% do reajuste.

O gráfico abaixo[15], demonstra tal fato:

Esse tipo de reajuste, calcado na sinistralidade exige para fins de contraposição, profunda análise pericial/contábil por parte dos beneficiários, violando-se, claramente o art. 39, IV e V do CDC, eis que na maioria dos casos as informações técnicas e contábeis

[13] PEREIRA. Daniel de Macedo Alves. Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos. Editora Podium. 2025. P. 314.

[14] PEREIRA. Daniel de Macedo Alves. Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos . Editora Podium. 2025. P. 314.

[15]https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/ans-divulga-dados-economico-financeiros-relativos-ao-3o-trimestre-de-2024

que são utilizadas para se estabelecer o percentual do reajuste não são do conhecimento dos usuários.

Ademais, neste mesmo foco, não podemos deixar de pontuar que o aumento na perspectiva de vida dos brasileiros, decorrente, sobretudo, dos avanços tecnológicos na área da saúde (onde equipamentos e exames de ponta detectam doenças precocemente, possibilitando diagnósticos seguros e uma eficaz conduta terapêutica) repercute cada vez mais em outro fator determinante para a composição do cálculo da sinistralidade dos planos coletivos empresariais ou por adesão, os quais não aceitam essa ocorrência como ônus da sua atividade econômica, como bem pondera Joseane Suzart[16]: *"Constitui uma transferência dos riscos da atividade econômica e comercial para os consumidores, uma vez que, no período em que ocorre uma quantidade menor dos eventos danosos, a empresa não reduzirá o valor das mensalidades, enriquecendo-se ilicitamente. Já nas fases em que aumentam os sinistros, as pessoas jurídicas em tela transferem os ônus para os consumidores. Por intermédio do aumento fundado na sinistralidade, as operadoras de planos de saúde conseguem lançar, para os consumidores, os ônus inerentes aos resultados negativos das atividades desenvolvidas, auferindo lucros desregrados e ofensivos aos direitos dos usuários..."*

Neste diapasão, mesmo se considerarmos que o percentual médio da sinistralidade das operadoras está em declínio desde o fim de 2022, reajustes altíssimos continuam a ser aplicados[17] fato que contribui para as infindáveis discussões na seara judicial, que buscam reduzir o valor dos reajustes nas mensalidades.

Trazemos à colação, o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de reajuste por sinistralidade:

> **EMENTA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANOS DE SAÚDE. REAJUSTE POR SINISTRALIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA O PERCENTUAL DO AUMENTO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ.** 1. É firme o entendimento nesta Corte de que **é possível o reajustamento dos preços das mensalidades do plano de saúde em razão da variação de custos ou do aumento de sinistralidade, mas que cabe ao juiz o exame, caso a caso, da ocorrência de eventual abusividade do reajuste aplicado.** 2. No caso, o Tribunal de origem reconheceu a abusividade dos reajustes por sinistralidade em razão da falta de demonstração mínima dos elementos que levaram ao suposto aumento

[16] SILVA. Josean Suzart Lopes de. Planos de Saúde e Boa Fé Objetiva. Jurspodvum.. 2021. P. 424-426.

[17] A sinistralidade registou, no 2° trimestre de 2024, o índice de 85,1% (3,6 pontos percentuais abaixo do obtido no mesmo período do ano anterior). Isso significa que cerca de 85,1% das receitas fruto das mensalidades são utilizadas com as despesas assistenciais (consultas, exames, cirurgias etc.). Fonte: Company Hero (https://www.companyhero.com/blog/sinistralidade-plano-de-saude).

> desse custo. 3. Rever os fundamentos que ensejaram a conclusão da Corte estadual sobre a ausência de justificativa para a majoração das mensalidades do plano de saúde, exigiria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial, ante o teor das Súmulas 5 e 7 do STJ.Agravo interno improvido. (STJ - AgInt no REsp: 1989359 SP 2022/0063355-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 02/10/2023, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2023) (grifamos).

Como visto, o STJ firmou sua Jurisprudência sobre o tema da sinistralidade, aduzindo que é possível o reajustamento dos preços das mensalidades do plano de saúde em razão da variação de custos ou do aumento de sinistralidade, **mas que cabe ao juiz o exame, caso a caso,** da ocorrência de eventual abusividade do reajuste aplicado.

6. Planos não regulamentados

Como já asseverado alhures, o marco regulatório dos planos de saúde no Brasil é a Lei dos Planos de Saúde. Neste tópico, importante pincelar algumas considerações sobre os contratos celebrados até o dia 1º de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei nº. 9.656/98.

Com efeito, malgrado o que dispõe o Tema 123 do STF[18], em via de regra, há de se prevalecer o que foi contratado pelas partes, sem embargo de apreciação judicial na hipótese de condutas abusivas.

Noutras palavras, mesmo que para os planos de saúde não regulamentados não haja a incidência da Lei 9.656/98, aplicam-se a estes a tutela protetiva do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que estes não poderão se escoimar em propiciar os meios necessários a manutenção da vida e saúde do beneficiário. Trago à baila a posição majoritária da Jurisprudência:

> **EMENTA. PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA DE COBERTURA - DANOS MORAIS** – Autor que foi internado para tratamento de pneumonia aspirativa, e necessitou real teio já foi objeto de anterior ação, com a condenação da ré ao pagamento das despesas diretamente ao fornecedor – Objetiva o autor nestes autos a indenização por danos morais em razão da negativa de cobertura, cuja obrigação restou fixada na ação anterior -Sentença de procedência, com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais - Contrarrazões do autor/apelado com violação ao princípio da dialeticidade - Inocorrência - Razões recursais com

[18] Tese 123 do STF: "As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados"!.

motivação suficiente para reforma da sentença, ainda que a ré tenha insistido em argumentos apresentados anteriormente - Mérito - Recurso da ré - **Negativa de cobertura aos exames solicitados sob a justificativa de que o contrato do autor não está regulamentado à Lei nº 9.656/98 - Ainda que não se possa aplicar, em caráter retroativo a Lei nº 9.656/98 ao contrato antigo e não adaptado (Tema 123 – STF), não há óbice à aplicação do CDC, norma de ordem pública e de aplicação imediata aos contratos em curso** - Recusa de cobertura aos procedimentos indicados em momento de fragilidade física e estado debilitado de saúde do paciente, de idade avançada - Agravamento da angústia e aflição das quais já se encontrava acometido o autor - Efetivo e justificado transtorno psíquico – Manutenção da indenização por dano moral, inclusive o quantum indenizatório fixado na sentença, em R$ 10.000,00 – Valor razoável e proporcional, e atende ao caráter pedagógico-punitivo da sanção, sem implicar enriquecimento a quem a recebe - RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - Apelação Cível: 11489996320238260100 São Paulo, Relator: Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes, Data de Julgamento: 02/10/2024, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/10/2024) (grifamos).

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE NÃO REGULAMENTADO PELA LEI N. 9. 656/1998 – CONTRATO FIRMADO ANTES DE SUA VIGÊNCIA – PACIENTE IDOSA COM DIAGNÓSTICO DE CÁLCULO URETERAL – NECESSIDADE DE CIRURGIA EM CARÁTER DE URGÊNCIA – CUSTEIO DEVIDO – ABUSIVIDADE À LUZ DO CDC – REPARAÇÃO MORAL AFASTADA – DÚVIDA JURÍDICA RAZOÁVEL NA INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "Ainda que a Lei nº 9.656/98 não retroaja aos contratos de plano de saúde celebrados antes de sua vigência, é possível aferir eventual abusividade de suas cláusulas à luz do Código de Defesa do Consumidor" (AgRg no AREsp 801.687/PR). O plano de saúde não pode se recusar a custear o procedimento necessário para o melhor desempenho no tratamento da doença. Devem ser propiciados todos os meios disponíveis para resguardar a vida e a saúde do paciente. Inexiste dever de indenizar por dano moral quando a negativa estiver fundada em dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual. (TJ-MT 10222762120208110003 MT, Relator: RUBENS DE OLIVEIRA SANTOS FILHO, Data de Julgamento: 15/02/2023, Quarta Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/02/2023) (grifamos).

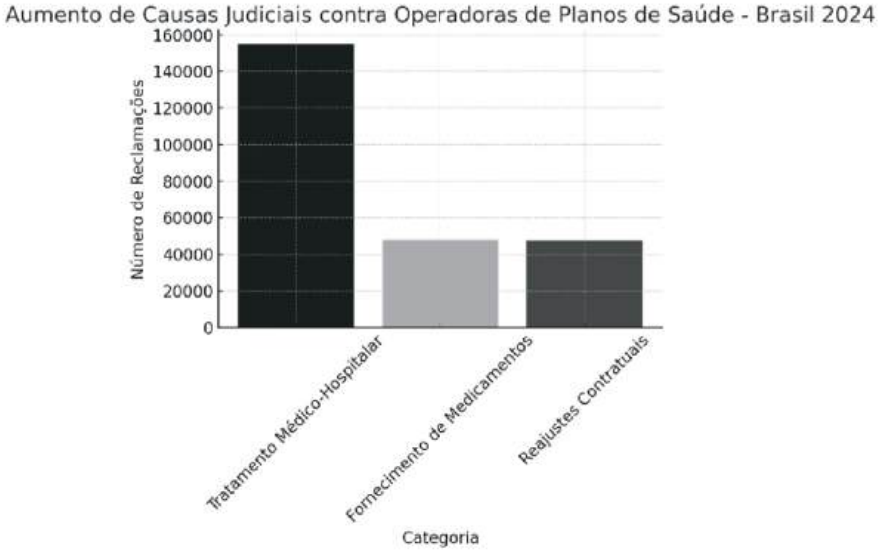
7. Judicialização exacerbada. Reflexões

Para além dos exorbitantes percentuais de sinistralidade, a relação entre beneficiários e empresas do setor também vêm se esgarçando por uma série de outros

problemas, o que resulta em um gigantesco aumento de judicializações em todo o País, sendo premente a necessidade de regulamentações mais rigorosas.

Verdadeiramente, o número de ações na Justiça contra planos de saúde no ano de 2024 chegou a 298.755 (duzentos e noventa e oito mil, setecentos e cinquenta e cinco), de acordo com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça). O volume corresponde a mais que o dobro do registrado em 2020 (141.713 – cento e quarenta e um mil, setecentos e treze ações).

Interessante observar o objeto das principais demandas apontadas pelo CNJ, tendo as questões envolvendo tratamento médico-hospitalar se mantido no topo do *ranking* com 154.857 (cento e cinquenta e quatro mil, oitocentos e cinquenta e sete) reclamações, seguidas por problemas relacionados ao fornecimento de medicamentos (47.810 – quarenta e sete mil, oitocentos e dez), e reajustes contratuais (47.720 – quarenta e sete mil, setecentos e vinte)[19]. Vejamos o gráfico:



Com efeito, a realidade pode ser ainda mais grave. Recente matéria publicada pela infomoney[20], revela que a judicialização se reveste em uma forma injusta de acesso à saúde, eis que beneficia apenas aqueles que têm informação e disponibilidade financeira para atuar nas diversas instâncias do judiciário, situação que relega ao oblívio grande maioria dos beneficiários dos planos de saúde.

Em palestra recente, o Ministro e Presidente do STF, Luiz Roberto Barroso[21],

[19] Fonte: Jornal de Brasília (https://jornaldebrasilia.com.br/noticias/brasil/numero-de-acoes-contra-planos-de-saude-dobra-em-⁴-anos-no-brasil/#).

[20] https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/judicializacao-contra-planos-de-saude-salta-⁵⁰-em-³-anos-entenda-o-problema/?utm_source=chatgpt.com

[21] https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/barroso-defende-agir-mais-modesto-do-judiciario-em-acoes-sobre-saude

defendeu como alternativas ao alto litígio de demandas do setor de saúde, a Notificação de Investigação Preliminar (NIP), procedimento da Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS) para casos envolvendo planos de saúde, e resoluções administrativas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Com a máxima *venia* para tal solução ser viável, necessitaria de uma ampla reforma e restruturação no âmbito interno da ANS. É curial que a agência reguladora padece de estrutura humana suficiente para recepcionar, tratar e imprimir efetividade a esse gigantesco quantitativo de reclamações oriundas de todo o Brasil.

Ademais, basta tão somente passarmos uma rápida vista d'olhos no fluxo da NIP[21] para verificarmos que esta não tem a previsão de concessão de medida de urgência, tão necessária em casos que tais. Em verdade, não cabe à NIP[22] compelir a operadora a realizar procedimentos, devolver valores etc, sendo sua finalidade principal corrigir condutas de operadoras, através da aplicação de multa pecuniária, o que de fato não satisfaz o consumidor, que muitas vezes busca o judiciário alvitrando a concessão de medidas de urgência.

Por fim, muitas vezes a pretensão dos usuários busca, *v.g.* a obtenção de procedimentos ou medicamentos não cobertos pelo rol de procedimentos da ANS, fato que por si só, já demonstra o conflito de interesses de uma agência reguladora apreciar e julgar pretensões entre planos de saúde e usuários.

Na busca pela redução da judicialização da saúde, recentemente, o STF fixou, em sede de repercussão geral, a sua tese no Tema 1.234 (que trata sobre os critérios de custeio dos medicamentos de alto custo, ainda não incorporados pelo Sistema Único de Saúde). Como corolário, houve a publicação das noveis Súmulas Vinculantes 60[23] e 61[24].

Com efeito, os critérios de custeio dos medicamentos, estabelecidos na Súmula Vinculante 60, são: a) medicamentos não incorporados cujo custo anual unitário seja igual ou superior a 210 salários-mínimos serão custeados integralmente pela União; b) no caso de medicamentos com custo anual unitário superior a sete salários-mínimos e inferior a 210 salários-mínimos, a União custeará 65% do valor; e c) em se tratando de fármacos oncológicos não incorporados o percentual de ressarcimento será de 80% se o custo for superior a sete salários-mínimos.

[22] Chegada a reclamação na ANS, é notificada a operadora de saúde para resposta no prazo de 10 dias úteis. Chegada a resposta da operadora, comunica-se o consumidor para que se manifeste sobre a resposta da operadora (10 dias). Fonte: ANS - https://www.gov.br/pt-br/servicos/receber-reclamacoes-sobre-possiveis-praticas-irregulares-de-operadoras-de-planos-privados-de-assistencia-a-saude-inclusive-administradoras-de-beneficios

[23] Súmula 60 – "O pedido e a análise administrativos de fármacos na rede pública de saúde, a judicialização do caso, bem ainda seus desdobramentos (administrativos e jurisdicionais) devem observar os termos dos três acordos interfederativos (e seus fluxos) homologados pelo Supremo Tribunal Federal, em governança judicial colaborativa, no tema 1.234 da sistemática da repercussão geral".

[24] Súmula 61 – "a concessão judicial de medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471)".

Por outro lado, quanto a Súmula Vinculante 61, para se conceder medicamentos através de ordem judicial, é necessário se atender de forma cumulativa, o seguinte: a) negativa administrativa de fornecimento do medicamento pelos canais oficiais do SUS; b) demora na apreciação ou ausência de pedido de incorporação na Conitec; c) impossibilidade de substituição terapêutica; d) comprovação de eficácia e segurança do medicamento por ensaios clínicos randomizados e revisões sistemáticas ou meta-análises; e) imprescindibilidade clínica, demonstrada por laudo médico detalhado que ateste por que o medicamento é essencial para o paciente; e f) comprovação pelo paciente de que não tem condições financeiras de arcar com os custos do medicamento.

Nada obstante a clara intenção da Magna Corte em estabelecer critérios e fundamentos mais objetivos para as milhares de demandas judiciais que buscam fornecimento de medicamentos, entendemos que a apreciação caso a caso ainda seria a melhor alternativa, eis que a vinculação obsta a autonomia dos juízes de instâncias inferiores de analisar o caso concreto, sem embargo, de se engessar a maturação natural da jurisprudência, em razão estagnação de teses novas.

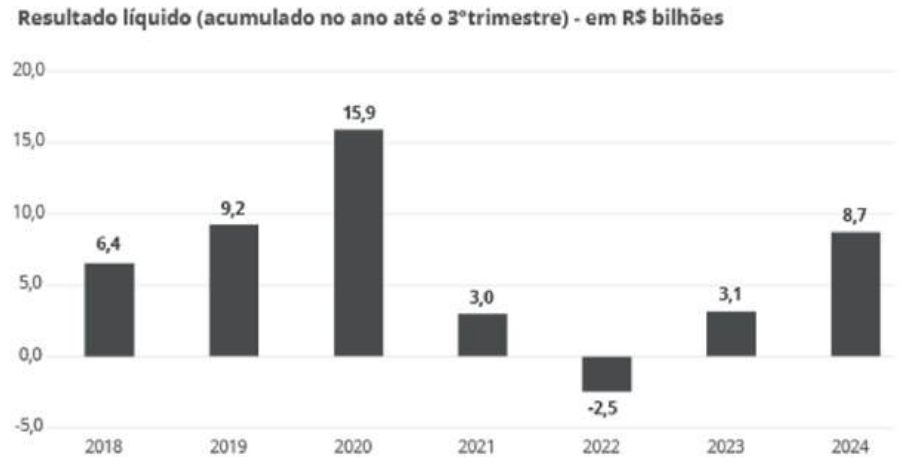
8. Desafios para assegurar a viabilidade do setor

O grande cenário de judicialização contribui diretamente para o maior desafio dos planos de saúde e autogestões: manter sua viabilidade econômica, e assegurar ao mesmo tempo, qualidade e acessibilidade dos serviços. Comumente as Operadoras de Planos de Saúde e Autogestões se insurgem contra decisões judiciais que lhes são contrárias, mas, esquecem que ninguém, dificilmente opta em litigar contra uma operadora, se não tiver um grave ou urgente problema de saúde a ser resolvido.

Esquecem ainda as operadoras de divulgar o seu vultoso lucro líquido ao final de cada ano. *"Considerando os dados acumulados dos três primeiros trimestres de 2024, as informações financeiras enviadas pelas operadoras de planos de saúde e pelas administradoras de benefícios à ANS demonstram que o setor registrou lucro líquido de R$ 8,7 bilhões de janeiro a setembro de 2024 e um aumento de 178% em relação ao mesmo período de 2023. Esse resultado equivale a aproximadamente 3,33% da receita total acumulada no período, que foi superior a R$ 261 bilhões. Ou seja, para cada R$ 100,00 de receitas, o setor teve cerca de R$ 3,33 de lucro ou sobra"*[25] (grifamos).

O gráfico abaixo é bem elucidativo:

[25] Fonte GOV.BR. (https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/ans-divulga-dados-economico-financeiros-relativos-ao-3o-trimestre-de-2024)



Consoante se entrevê das informações oficiais acima, é possível verificar que nos últimos 07 anos todas as operadoras de saúde fecharam o período com lucro líquido (lucro líquido é o valor remanescente após a dedução de todas as despesas, impostos e custos da receita total de uma empresa), à exceção do período da Pandemia, fato que por si só, já se demonstra a higidez financeira da grande maioria das operadoras de planos de saúde.

Para além da viabilidade financeira das operadoras, como visto acima, importante destacarmos alguns pontos que poderiam ser objeto de maior estudo e dedicação dos órgãos públicos, os quais poderiam diminuir o impacto no erário, decorrente de decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento e realização de procedimentos de uma forma geral.

O primeiro ponto seria o da quebra de patentes ou o licenciamento compulsório previsto no art. 71 da Lei 9.279/96[26]. Exsurge daí a necessidade de se sopesar dois princípios tutelados pela ordem constitucional, quais sejam: A Garantia à Saúde, e a Propriedade Intelectual da Indústria Farmacêutica.

O Brasil é signatário da Convenção de Paris de 1883 e suas posteriores atualizações, a qual estabeleceu critérios gerais para a proteção de patentes e marcas. Atualmente, a proteção internacional da patente é prevista pela Organização Mundial de Comércio, e, *intra muros,* pela Lei de Proteção Industrial acima citada. É inolvidável a crise que acomete o sistema de saúde brasileiro, impactado, sobretudo, pelo alto custo de medicamentos. O Direito à saúde como princípio de ordem constitucional, torna-se letra morta na medida em que os cidadãos não conseguem obter certos medicamentos sem a tutela do Poder Judiciário, posto seus elevados valores de comercialização.

[26] Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou internacional ou de interesse público declarados em lei ou em ato do Poder Executivo federal, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional pelo Congresso Nacional, poderá ser concedida licença compulsória, de ofício, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente ou do pedido de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular, desde que seu titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade. (Redação dada pela Lei nº 14.200, de 2021)

Entendemos que há sim, manifesto interesse público para o licenciamento compulsório em diversos fármacos atualmente inacessíveis à população. Assim, em casos nos quais a colisão de princípios se torna inevitável, um deles deverá ceder em relação ao outro, pela lei da Ponderação. Santiago[27] leciona com maestria sobre o tema: *"O resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece".*

Merece destaque a conclusão trazida por Júnior e Mansur: *"A quebra de patentes traz grande avanço pela perspectiva da economia no custeio medicamental em razão da redução substancial no preço dos fármacos após o fim do monopólio (seja pela expiração do tempo de exploração ou pelo licenciamento compulsório). Com o aumento no número de doenças e, por conseguinte, no número de medicamentos em uso na sociedade, a perspectiva da saúde pública foi se tornando problemática fazendo-se necessário o uso de políticas públicas para não ter na via jurisdicional o único desafogo do acesso à saúde (que se revela ineficaz e, hoje, incapaz de dar vazão às necessidades que se apresentam dado o estado abarrotado do judiciário no que tange a temática da saúde, vide dados do CNJ apresentados)."*[28]

Há, portanto, de se identificar os maiores gargalos em termos de medicamentos de alto custo e, dentre estes, os mais demandados ao Poder Judiciário, para fins da devida quebra de patente, em atendimento ao interesse público/social.

Um outro ponto que também poderia contribuir para a redução da judicialização da saúde seria uma revisão nos critérios das condenações dos danos morais em desfavor das operadoras de planos de saúde e autogestões, aplicando-se condenações mais substanciais com o escopo de desestimular as reiteradas condutas abusivas consistentes em negar exames e procedimentos sem justificativa legal e, em desacordo com as normas da ANS, como sói ocorrer em todo o País. Vejamos a título exemplificativo os seguintes casos:

> EMENTA. PLANO DE SAÚDE. EXAME. ANGIOTOMOGRAFIA CORONARIANA. PREVISÃO NO ROL DA ANS . SATISFAÇÃO DA DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO. AUTORIZAÇÃO OBRIGATÓRIA. NEGATIVA ILÍCITA. DANOS MORAIS . OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Previsto o exame solicitado pelo médico assistente no Rol de Procedimentos da ANS e satisfeita a Diretriz de Utilização correspondente, é dever do plano de saúde autorizá-lo... (TJ-DF 07115691620228070001 1662916, Relator.: MARIA IVATÔNIA, Data de

[27] SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. La ponderación de bienes e intereses den el derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p 49.

[28] JÚNIOR. Anselmo Luiz Bacelar. MANSUR. Maria Júlia Ferreira. A Judicialização da Saúde e a Quebra de Patentes Farmacêuticas: Um Diálogo entre a Efetivação da Garantia à Saúde e o Instituto da Propriedade Intelectual. P. 45.

Julgamento: 08/02/2023, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 24/02/2023) (g.n.).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - NEGATIVA DE COBERTURA - REALIZAÇÃO DE EXAME - DOENÇA ABRANGIDA PELA COBERTURA - ABUSIVIDADE DA NEGATIVA - DANO MORAL - DEMONSTRAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - REEMBOLSO DAS DESPESAS COM O EXAME - VALOR INTEGRAL. (TJ-MG - AC: 10000211860044001 MG, Relator.: Mônica Libânio, Data de Julgamento: 10/11/2021, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/11/2021) (g.n).

Os arestos acima são apenas dois das milhares de decisões que reconhecem a conduta abusiva por parte de operadoras de planos de saúde e autogestões que negam exames e procedimentos em total desalinho com o contrato; ANS; e, lei dos planos de saúde. Infelizmente, os pífios danos morais aplicados pelo Judiciário, servem de estímulo aos referidos agentes econômicos, posto que nem todos os casos são judicializados, e os que são, muitas vezes demoram anos para que haja a prestação jurisdicional com trânsito em julgado.

Mesmo não existindo previsão no ordenamento pátrio da aplicação do chamado *punitive damages* derivado do sistema *common law,* que visa, sobretudo, dissuadir os réus na prática de condutas abusivas reiterativas, poderia o Judiciário na fase da mensuração dos danos morais, verificar a existência de conduta abusiva ou de má fé para fins de exasperar o valor dos danos morais.

Não compactuamos da ideia de que uma maior valoração nos critérios dos danos morais poderia fomentar um aumento de demandas buscando o enriquecimento sem causa por parte dos consumidores. Tal situação poderia ser perfeitamente desestimulada com a condenação do consumidor malicioso, ao ônus de sucumbência e a litigância de má fé. O que se nos afigura incompreensível é a aplicação de valores morais módicos e, muitas vezes, tabelado para cada caso, fatores que, decerto, continuarão a estimular a prática de abusividade pelas operadoras de saúde e, consequentemente, o aumento da judicialização.

Como um último ponto de discussão, não podemos olvidar da necessidade da criação e estímulo aos canais extrajudiciais para fins de resolutividade administrativa. Importante que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania dos Tribunais (previsto no art. 8º da Resolução CNJ nº. 125/2010), bem como, os Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição (previsto no inciso VII do art. 7º, da Resolução CNMP nº. 118/2014) sejam compostos por conciliadores e mediadores, com especialidade no direito à saúde.

A conciliação é sem dúvida um importante mecanismo que pode solucionar de forma mais célere as demandas de saúde, ajudando a reduzir as ações judiciais de

média/longa duração com ônus para as partes. Importante seria também que os referidos Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição também fossem compostos de um representante da Agência Nacional de Saúde, que atuasse de forma virtual, contribuindo para uma discussão técnica mais qualificada.

Ao fim e ao cabo de todas essas ponderações, importante enfatizar que o direito à saúde é dinâmico em sua essência, eis que a cada dia surgem novos fatos que precisam de um enfrentamento jurídico/doutrinário com a urgência que lhe é inerente. Temas como, os novos tratamentos terapêuticos, os direitos das pessoas portadoras de TEA (Transtorno do Espectro Autista), a utilização de plataformas robóticas em contraposição ao tratamento convencional, o descredenciamento em massa de clínicas, hospitais e/ou laboratórios pelos planos de saúde, em razão de estruturação de redes próprias, entre outros, demonstram a necessidade premente na especialização sobre a complexa temática, como forma de contribuir para a boa aplicação da justiça, em casos onde, o que se defende em derradeira *ratio,* é o direito sacrossanto de continuar a viver.

Inteligência artificial e fiscalização das contas públicas no Brasil: uma análise das ferramentas à disposição do Tribunal de Contas da União

Bruno Baptista

Introdução

O desenvolvimento e o uso da inteligência artificial têm propiciado um impacto significativo na formatação das relações sociais, alterando a forma como a sociedade se comunica e compartilha as informações. A superveniência de tecnologias como as mídias sociais, o uso dos algoritmos e a mineração massiva de dados, inseridas no contexto do uso da inteligência artificial, fazem com que repensemos a dinâmica das conexões interpessoais[1].

No âmbito da administração pública, enquanto área do conhecimento jurídico que regula as relações entre o Estado e o cidadão, tal fenômeno provoca profundas transformações nessa interação, de forma que somos colocados a refletir sobre as contribuições da tecnologia na atividade administrativa e, com maior importância, os riscos que esta nos apresenta.

Neste sentido, a captura, o uso e o intercâmbio de quantidade massiva de dados podemgerar ofensas à privacidade e ao tratamento dos dados pessoais, bem como a formatação dos algoritmos usados em determinado sistema pode igualmente amplificar preconceitos e vieses contidos nos critérios escolhidos pelos programadores.

Não há como negar que a capacidade de manipulação e cruzamento de grande quantidade de informações e, ainda, que técnicas de inteligência artificial como o *analytics* em *big data* e o *machine learning* – largamente utilizadas para inúmeras finalidades – revelam-se como uma poderosa ferramenta no combate à corrupção e nas fraudes nas contas públicas.

Este artigo busca contextualizar o uso da inteligência artificial na fiscalização das contas públicas no Brasil, fazendo um recorte a partir das ferramentas desenvolvidas/utilizadas pelo Tribunal de Contas da União, dada a importância de tal Corte. A hipótese consiste na evolução de tais ferramentas no controle das contratações públicas, anunciando suas funcionalidades, potencialidades e os bons resultados apresentados. Ademais, busca-se realizar uma análise do avanço de tais tecnologias e os

[1] STRINGHINI, Antonella. Asistencia virtual automatizada e inclusiva para optimizar la relación de la ciudadanía con la Administración Pública. International Journal of Digital Law, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 117-128, jan./abr. 2020.

desafios que apresentam.

Para tanto, no primeiro capítulo é realizada uma abordagem mais teórica do uso da inteligência artificial generativa na fiscalização das contas públicas, com vistas a efetuar um combate mais inteligente à corrupção. Neste capítulo é feita uma contextualização do fenômeno da corrupção e da sua concretização através dos procedimentos de contratações públicas, para, num momento posterior, anunciar a potencialidade das ferramentas de inteligência artificial no combate às fraudes e irregularidades em licitações e contratos administrativos.

Já no segundo capítulo apresentam-se as ferramentas de inteligência artificial desenvolvidas ou incorporadas às atribuições do Tribunal de Contas da União, explicitando a função de cada uma e evidenciando como podem contribuir para o controle da administração pública. Neste ínterim, são descritas as ferramentas Alice, Monica, Adele, Sofia, Ágata e Carina, todas usadas pelo referido Tribunal.

Por fim, no terceiro capítulo é realizado um balanço dos avanços obtidos por meio das ferramentas de inteligência artificial no Tribunal de Contas da União e, consequentemente, na tarefa constitucional de fiscalização das contratações públicas pela administração pública. Considerando a complexidade do manejo destas tecnologias, são pontuadas algumas questões que merecem análise e constituem desafios para um uso da inteligência artificial que proporcione um controle mais efetivo da corrupção sem, contudo, gerar ofensa a determinados direitos fundamentais ou ao próprio interesse público.

O combate à corrupção, instrumentalizado constantemente nas contratações públicas, exige esforços públicos e privados mediante um conjunto de medidas integradas, com o auxílio da tecnologia e da inteligência artificial, que permitam a formatação de um sistema de tutela preventiva e repressiva eficaz, visando à melhoria do nível de integridade da administração pública.

1. O uso da inteligência artificial generativa na fiscalização das contas públicas: um combate mais inteligente à corrupção

A corrupção, fenômeno multidisciplinar, revela a ausência de padrões éticos de conduta por parte de agentes públicos e privados, quando atuam egoisticamente buscando obter vantagens pessoais indevidas a partir da infração das normas de conduta, causando, em determinadas situações, grave violação aos princípios que regem a administração pública, tendo as contratações públicas como um de seus principais instrumentos concretizadores.

A proposta trazida no presente capítulo não possui a pretensão de esmiuçar o fenômeno da corrupção, dado o seu caráter multifacetário, com aspectos históricos, culturais, econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos, e cujo conceito varia de acordo com a área da ciência em que se pretende abordá-lo.

Por esse motivo, buscando tão somente situar a corrupção como fenômeno que

viola os princípios constitucionais que regem a administração pública, utiliza-se o conceito trazido por Fábio Medina Osório[2], para quema corrupção é a "utilização de poderes públicos, por agentes governamentais, para atingir interesses privados".

Neste diapasão, aponta-se que a corrupção sistêmica, que se verifica quando ela é intrínseca ao exercício de todas as etapas das atividades estatais, configura um dos pontos baixos no Brasil e nos países em desenvolvimento, afetando o regular funcionamento das instituições e gerando efeitos profundose imediatos em inúmeros setores das atividades estatais, inclusive na economia.

Visando ilustrar os efeitos mencionados no parágrafo anterior, vale mencionar estudo realizado pela Fiesp[3] (Federação das Indústrias do Estadode São Paulo), a revelar que até 2,3% do PIB são perdidos a cada ano com práticas corruptas, o que resulta em desvios de montantes superiores a 150 bilhões de reais por ano, considerando o último valor do PIB divulgado.

Tal influência negativa se torna ainda mais preocupante quando se verifica que no último relatório da Transparência Internacional[4], o Brasil obteve pontuação (36/100) menor do que a média global (43/100) e das Américas (43/100), bem distante da média dos países do G20 (53/100), ocupando a 104ª posição do ranking, que conta com 180 nações e territórios, ficando atrás de países como China, Colômbia e Chile.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU)[5], a cada ano são pagos cerca de 1 trilhão de dólares em subornos, e cerca de 2,6 trilhões de dólares são objeto de desvio por meio de atos de corrupção, o que equivale a mais de 5% do PIB mundial.

Como um dos mais sérios problemas políticos a serem enfrentados no Brasil, já que temraízes profundas que remetem à cultura patrimonialista, a corrupção escancara a ineficiência daprestação de serviços públicos e dacanalização de interesses privados. Num sentido amplo, ela mina o sistema republicano e o dogma da generalidade das leis.

Já numa perspectiva empresarial e em sua ligação com o setor público, acorrupção se expressa através de agentes econômicos que atuam com vistas a maximizar seus ganhos a partir da violação de regras que conformam o ambiente político-institucional. Esta naturalização da corrupção, numa sociedade emque tal fenômeno é sistêmico e intrínseco ao funcionamento das instituições, muitas vezes a coloca como um elemento natural e necessário na atuação dos agentes de mercado, transformando-a num dos componentes do negócio.

[2] OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência / Fábio Medina Osório. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 395.

[3] Disponível em: https://exame.com/economia/fiesp-corrupcao-brasil-custa-r-69-bi-ao-ano-559419/. Acesso em: 28/6/2021.

[4] Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/.Acesso em: 27/5/2024.

[5] Nações Unidas, [s. l.], 15 dez. 2017. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/78688-ag%C3%AAncias-da-onu-alertam-para-impactos-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-no-desenvolvimento-dos-pa%C3%ADses. Acesso em: 27/5/2024.

Como se não bastasse a influência dos atos de corrupção no âmbito empresarial, as empresas celebram negócios com o Estado a todo o momento, gerando um agravamento deste fenômeno e causando prejuízos bilionários ao erário. Tal relação das empresas com o poder público é revelada através das licitações, licenciamentos ambientais, benefícios fiscais, patrocínios e doações, prestação de serviços etc.

Esta constante e inevitável relação com o setor privado maximiza a corrupção no setor público, pois a corrupção demanda necessariamente a atuação deagentes públicos que, mediante atos violadores das normas jurídicas relativas à adequada gestão da coisa pública, proporcionam a maximização de ganhos indevidos à custa do erário.

Podemos assinalar, sem sombra de dúvidas, que um dos principais canais de entrada da corrupção no Brasil encontra-se nas contratações públicas, por meio de práticas como a excessiva e indevida exigência de critérios qualitativos dos itens/objetos a serem contratados; da superestimativa de quantidades de itens a serem adquiridos; do superfaturamento de serviços e bens, entre outros exemplos.

Num levantamento realizado pelo TCU[6], por exemplo, verificou-se que a temática de licitações e contratos envolve cerca de 10% a 15% do PIB nacional, envolvendo cerca de 500 bilhões de reais por ano.

Acerca do atual cenário legislativo sobre o controle da corrupção nas compras públicas, cabe destacar que no Brasil duas legislações recentes buscaram aprimorar o sistema de tutela preventiva e repressiva. A Lei nº 14.133/2021, conhecida como nova lei de licitações e contratos administrativos, realizou uma reforma no antigo estatuto (Lei nº 8.666/93), intentando um maior equilíbrio entre o controle das contratações públicas e a necessidade de maior efetividade ao procedimento de contratação. Já a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, incrementou o sistema de responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública (inclusive estrangeira).

O combate à corrupção, que possui nas contratações públicas um dos seus principais vetores de instrumentalização, tornou-se foco de debates nacionais e internacionais, sendo a tecnologia eleita como uma importante aliada na busca por maior integridade na administração pública, já que através dela se podem realizar análises de dados em grande escala e oferecer maior transparência aos processos de licitação[7].

Ante ainsuficiência dos mecanismos atuais à disposição do Estado para inibir ou mesmo mitigar os efeitos da corrupção nas contratações públicas – em face do seu volume

[6] BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 2.622/2015. Levantamento. Governança e gestão das aquisições na Administração Pública Federal. Análise sistêmica das oportunidades de melhoria. Recomendações aos órgãos governantes superiores. Relator: Min. Augusto Nardes, 21 de outubro de 2015b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1539501%22. Acesso em: 27/5/2024.

[7] MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno; OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; FRANCE, Guilherme de Jesus; ARANHA, Ana Luiza; MARTINI, Maíra; ANGÉLICO, Fabiano; WANICK, Luca. Novas medidas contra a corrupção. [Rio de Janeiro]: Transparência Internacional: Ed. FGV, [2018]. p. 25.

e complexidade –, torna-se indispensável a busca por medidas e ferramentas de fiscalização mais aprimoradas, eficazes e efetivas, visando à otimização do exercício das atribuições de todos os órgãos estatais de controle de contas públicas.

É impossível pensar no aprimoramento de tal sistema fiscalizatório sem o recurso às ferramentas de inteligência artificial, que possuem a natural (e esperada) aptidão para a análise de dados em larga escala e com maior eficiência.

O uso da tecnologia, e aqui mais especificamente a utilização de ferramentas de inteligência artificial, tornou-se um aliado necessário dos órgãos de controle de contas, a fim de alcançar um patamar de fiscalização mais abrangente e eficiente.

A inteligência artificial, que consiste num conjunto de mecanismos e soluções para imitar o comportamento e a inteligência humana, tem com uma de suas funções treinar o computador para reconhecer padrões, através da criação de algoritmos[8]. A partir dessa funcionalidade, a inteligência artificial permitetanto a realização de tarefas automatizadas e repetitivas, para processamento de grandes quantidades de informações, quanto a realização de tarefas que requeiram inteligência e aprendizado, por meio de algoritmos matemáticos ou estatísticos, a fim de que a própria máquina possa resolver problemas – identificando variáveis e desenvolvendo raciocínios – e tomar decisões[9].

Técnicas de IA como o analytics em big data e o machine learning, largamente utilizadas para inúmeras finalidades, também se revelaram como mais uma ferramenta no combate à corrupção e nas fraudes nas contas públicas. No âmbito da administração pública, as ferramentas de IA podem "identificar casos de fraudes em documentos e editais, detectando padrões de ação de cada um deles. A detecção e a definição de padrões permitem a atuação preventiva"[10].

Luiz André Dutra e Silva propôs a utilização de redes neurais como ferramentas aptas a classificar os tipos de deliberações contidos nos acórdãos do Tribunal de Contas da União.

Para o referido autor[11]:

> (...) no caso de tratamento de sequências, uma rede recorrente pode ser treinada com as séries temporais de ofertas de preços e atributos dos objetos de licitações, aprendendo a identificar sequências que representam irregularidades no processo licitatório. Isso é possível graças ao grande

[8] Smith, B.; Browne, C. A. Armas e ferramentas: o futuro e o perigo da era digital. Alta Books Editora: Rio de Janeiro, 2019.

[9] TOLEDO, Adriana Teixeira de; MENDONÇA, Milton. A aplicação da inteligência artificial na busca de eficiência pela administração pública. Revista do Serviço Público (RSP), Brasília 74(2). abr./jun. 2023. p.414.

[10] ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020. p.90.

[11] SILVA, Luís André Dutra e. Utilização de deep learning em ações de controle. Revista do TCU, Brasília, DF, v. 48, n. 135, p. 18-23, jan./abr. 2016. p.22.

> número deexemplos existentes desequências anteriores, que foram classificadas como irregulares ou não por especialistas. Redes neurais também podem ser utilizadas para oencaminhamento e aclassificação de irregularidades em processos de Tomada de Contas Especial, por meio do reconhecimento de padrões textuais e lógicos em documentos provenientes de diversas fontes de dados não estruturados. Esse processo consiste na realização de treinamentos não supervisiona dos, feita em uma grande quantidade de documentos com a finalidade de encontrar agrupamentos semânticos que posteriormente podem ser associados a grupos de irregularidades em tais processos. Após a associação de tais agrupamentos aos significados identificados por especialistas, é possível criar modelos neurais supervisionados capazes de realizar o mesmo tipo de classificação e encaminhamento de novos documentos que não fizeram parte do treinamento inicial.

Para além do uso das redes neurais, o que se pretende afirmar aqui é que as ferramentas de IA possuem um enorme potencial de auxílio aos órgãos de controle das contas públicas na tarefa de proporcionar uma fiscalização mais efetiva, fortalecendo o sistema de controle da/na administração pública. Isso porque tais ferramentas podem auxiliar numa identificação massiva e mais eficaz de irregularidades em contratações públicas e aprimorar o reconhecimento de padrões de texto que possam auxiliar nesta detecção.

Dito isso, e ressaltandoo enorme potencial das ferramentas de inteligência artificial na sempre desafiadora tarefa de controle das contas públicas e na criação de uma cultura de integridade na administração pública, cabe mostrar como essas ferramentas têm sido utilizadas em determinados órgãos de fiscalização, o que se fará a seguir.

2. As ferramentas de inteligência artificial à disposição do tribunal de contas da união

Conforme anunciado no capítulo anterior, a tecnologia e, especificamente, o uso da inteligência artificial apresentam-se como ferramentas fundamentais de apoio aos órgãos de análise das contas públicas na tarefa de proporcionar uma fiscalização mais efetiva, fortalecendo o sistema de controle na administração pública. Isso porque, como já dito, essas ferramentas podem auxiliar numa identificação massiva e mais eficaz de irregularidades em contratações públicas e aprimorar o reconhecimento de padrões que colaborem nesta detecção.

Nesse sentido e considerando que o Tribunal de Contas da União se mostra como um dos órgãos mais relevantes, em termos quantitativos e qualitativos, do sistema de fiscalização das contas públicas no Brasil, este artigo se propõe a abordar algumas das ferramentas de inteligência artificial desenvolvidas ou incorporadas à sua atividade fiscalizatória, de forma a revelar como tais ferramentas podem ser úteis na concretização

das ideias mencionadas no primeiro capítulo.

Dito isso, cabe aqui reafirmar a importância do Tribunal de Contas no sistema brasileiro de controle de gastos públicos. Compete a tal órgão[12] o julgamento das contas dos órgãos da administração direta e indireta, e dos gastos públicos de uma maneira geral, já que efetua uma avaliação de procedimentos de contratação pública realizados por tais órgãos, permitindo um maior controle financeiro-orçamentário da administração pública.

Tal afirmação, aliada ao volume de procedimentos públicos a serem analisados pelo Tribunal de Contas da União – cerca de 60 mil contratações públicas são realizadas pela União a cada ano[13] –, conduzem à imprescindibilidade do uso da inteligência artificial para contribuir com uma otimização do manejo dos recursos públicos, na medida em que se automatizam inúmeras tarefas.

Dado o cenário apontado, e visando um controle mais abrangente, eficaz e seletivo das contas públicas, o Tribunal de Contas da União vem utilizando determinadas ferramentas de inteligência artificial criadas e/ou adaptadas para as necessidades específicas de tal órgão, considerando a sua missão constitucional, o que iremos enfocar, ainda que de forma sucinta, neste capítulo.

[12] O artigo 71 da Constituição Federal disciplina e enumera as atribuições dos Tribunais de contas da União, anunciadas da seguinte forma: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

[13] VALENTE, Jonas. Agência Brasil. Órgãos públicos usam inteligência artificial para combater corrupção. 2018. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/orgaos-publicos-usam-inteligencia-artificial-para-combater-corrupcao. Acesso em: 4/6/2024.

A primeira ferramenta que merece destaque consiste na utilização do robô autônomo denominado Alice (Analisador de Licitações, Contratos e Editais), desenvolvido pela Controladoria-Geral da União em 2015, que proporciona avaliação preventiva e automatizada dos certames. A função deste software baseado em inteligência artificial é a verificação de eventuais irregularidades em editais de licitação, nas contratações diretas e nos resultados de pregões eletrônicos no Portal de Compras do Governo Federal e no Diário Oficial da União, emitindo alertas aos auditores federais ou outros órgãos técnicos (no mesmo dia da publicação dos editais ou atas) e, posteriormente, aos Tribunais de Contas dos Estados.

O robô Alice (incorporado posteriormente em outros Tribunais brasileiros) faz uma espécie de filtro nos procedimentos licitatórios, separando-os por temas e definição do risco de fraude (há várias tipologias cuja gradação se dá em razão do risco para o Estado) e reportando as incongruências aos auditores através de um relatório. A título de exemplo, nos procedimentos de pregão, os fornecedores, participantes e vencedores são agrupados e classificados entre a) proibidos de contratar com a administração pública; b) baixa competitividade; c) empresas fantasmas[14].

Através dessa avaliação preventiva e automatizada de editais de licitação, são extraídos dados do Portal de Compras do Governo Federal que possibilitam a identificação dos números dos processos, custos envolvidos, valores em risco, eventuais indícios de fraudes, entre outros alertas.

Outra tecnologia usada pelo Tribunal de Contas da União, a Ágata (Aplicação para Geração de Análise Textual Acelerada), tem como função realizar uma pesquisa de palavras-chave, obtendo resultados que são classificados pelos usuários como sendo ou não de seu interesse. Por meio da utilização da técnica de *machine learning,* a Ágata realiza uma classificação das pesquisas realizadas, com uma confiabilidade de 95%, de forma que viabiliza o envio de *e-mails* aos usuários com as licitações cuja temática é de seu interesse.

Trata-se de uma ferramenta que, mediante a utilização de algoritmos de aprendizagem, promove um refinamento dos alertas emitidos pelo Alice, bem como propicia um aprimoramento automático do direcionamento dos temas de interesse do usuário, à medida que é alimentada com novas buscas. É desenvolvida para um usuário que, mesmo sem conhecimento acerca do uso de determinadas tecnologias, pode fazer pesquisas textuais de forma intuitiva, simples e ágil.

Já a ferramenta denominada Mônica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições) consiste numa *dashboard* que possibilita um controle e a melhor avaliação de grandes quantidades de informações, auxiliando o servidor ou auditor na análise de contas

[14] COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia. Reis Leão. Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, p. 11-34, v. 2. 2020. Disponível em: https://atricon.org.br/wp-content/ uploads/2023/06/Revista-Controle-Externo-Pandemia.pdf#page=12 . Acesso em: 3/6/2024.

e procedimentos públicos, com a realização de auditorias contínuas, mediante técnica de análise de dados. Possui maior abrangência que o robô Alice, já que alcança também as contratações diretas e as oriundas de inexigibilidade de licitação.

Trata-se de um "painel que mostra as contas públicas, nas quais é possível filtrar as informações desejadas, sendo um meio facilitador para analisar os fornecedores, os materiais, as modalidades de licitação, o ano e a UF"[15], com vistas a agilizar o processo de análise e auditoria. As informações obtidas são dispostas por unidades administrativas de serviços gerais, por fornecedores e por materiais adquiridos, aplicando filtros que possibilitam a obtenção de determinados resultados, bem como são efetuadas análises mais profundas, a fim de gerar um relatório analítico que é exportado para um *software* de planilhas eletrônicas.[16]

Cabe ainda mencionar a ferramenta Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas), também utilizada pelo TCU, que visa à criação de um painel das disputas em pregões eletrônicos, relatando possíveis fraudes e conluio entre participantes. Por meio desta ferramenta, o painel com as disputas eletrônicas possibilita um controle do pregão, acompanhando os lances de forma cronológica, com todas as informações das empresas participantes (ramo de atuação, composição societária etc.), permitindo, ainda, a identificação de utilização por mais de um participante do mesmo IP (*internet protocol*).

Com função de correção automática em determinado editor de texto, o sistema Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) analisa a veracidade de textos, revisa as referências e os dados, confere cadastros em bancos de dados, localizando sanções e contratos, através do cadastro de pessoa física ou jurídica, com órgãos da administração pública federal.

Tal sistema propicia ao auditor informações no momento da elaboração de documentos relativos ao controle externo, porquanto proporciona uma revisão geral nos relatórios de auditoria e, ainda, a captação de informações sobre a empresa ou pessoa física objeto da ação de controle, por meio de informações unificadas no bojo desta ferramenta.

Já a ferramenta denominada Carina (*Crawler* e Analisados de Registros da Imprensa Nacional) disponibiliza ao usuário informações, capturadas do Diário Oficial da União, relacionadas a contratos, termos aditivos de licitações e dispensa de licitação, complementando o trabalho realizado pelo robô Alice.

Por fim, cabe ressaltar que todas as ferramentas acima descritas fazem parte do

[15] BITENCOURT, Caroline Müller; MARTINS, Luisa Helena Nicknig. A inteligência artificial nos órgãos constitucionais de controle de contas da administração pública brasileira. Revista de Investigações Cons-titucionais, Curitiba, vol. 10, n. 3, e253, set./dez. 2023. p.13.

[16] COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia. Reis Leão. Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, p. 11-34, v. 2. 2020. p.3. Disponível em: https://atricon.org.br/wp-content/ uploads/2023/06/Revista-Controle-Externo-Pandemia.pdf#page=12 . Acesso em: 3/6/2024.

LabContas (Laboratório de Informações de Controle), um sistema maior que gerencia os sistemas de robôs e de painéis de dados. O LabContas possui como função realizar um agrupamento das bases de dados da administração pública federal, para fins da realização de controle externo, através de consulta a sistemas informatizados, com o posterior tratamento, cruzamento e análise de dados.

O LabContas já reúne mais de cem bases de dados e permite o acesso a inúmeras informações, como o acesso à composição societária de empresas, contratações realizadas com recursos públicos, servidores públicos processados por órgãos de controle, registros das contas governamentais etc.[17]

Através de soluções informatizadas, obtém-se uma enorme base de dados por meio de contratos de fornecimento e acordos de cooperação, bem como a simples utilização de informações públicas em *sites,* que permite uma otimização do trabalho dos agentes de controle externo.

Para além dessas ferramentas, o Tribunal de Contas da União busca cooperação também com entidades civis privadas que atuam com o escopo de fiscalização das contas públicas. Neste sentido, tal tribunal firmou, no ano de 2019, um termo de cooperação técnica com a Open Knowlege Brasil (OKBr), uma associação que, por meio do Programa de Ciência de Dados para Inovação Cívica, cria mecanismos tecnológicos em prol do controle social, a exemplo do Serenata de Amor[18], uma ferramenta de inteligência artificial que fiscaliza os gastos da Câmara dos Deputados.

Embora possamos listar outras inúmeras iniciativas e projetos de ferramentas de inteligência artificial utilizadas para a fiscalização de contas públicas no âmbito de outros Tribunais de Contas e até mesmo por parte de outras instituições de controle[19], fato é que o Tribunal de Contas da União vem desenvolvendo e aprimorando importantes ferramentas que vêm auxiliando, pelo potencial de aprendizagem e de análise de grande volume de dados, a análise e o julgamento das contas públicas, com a consequente otimização dos recursos públicos e a melhoria do nível de integridade da administração pública.

[17] COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia. Reis Leão. Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, p. 11-34, v. 2. 2020. p.18. Disponível em: https://atricon.org.br/wp-content/ uploads/2023/06/Revista-Controle-Externo-Pandemia.pdf#page=12 . Acesso em: 3/6/2024.

[18] Disponível em: https://cidadania20.com/projectos/serenata-de-amor/. Acesso em: 3/6/2024.

[19] Para conhecer e compreender outras formas de uso da IA na fiscalização das contas públicas: INSTITUTO RUI BARBOSA. Uso de robôs pelos Tribunais de Contas. Disponível em: https://irb¬contas.org.br/uso-de-robos-pelos-tribunais-de-contas/. Acesso em: 3/6/2024; SILVA, Andréia Fernandes da. Universidade Estadual do Tocantins. Tribunal de Contas lança nesta 6ª ferramenta de fiscalização desenvolvida por alunos e professores da Unitins. 2021. Disponível em: https://www.unitins.br/nPortal/portal/noticias/detalhes/3266-2021-1-14-tribunal-de-contas-lanca-nesta¬-6-ferramenta-de-fiscalizacao-desenvolvida-por-alunos-e-professores-da-unitins. Acesso em: 3/6/2024; OLIVEIRA, Laís de. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Robôs desenvolvidos pelo TCE-RS aperfeiçoam auditorias. 2021. Disponível em: https://tcers.tc.br/noticia/robos-desenvolvidos-pelo-tce-rs¬-aperfeicoam-auditorias/. Acesso em: 3/6/2024.

Tal afirmação se confirma quando o próprio Tribunal de Contas da União, no bojo do acórdão nº 915/2020, informa que a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação atingiu o montante de R$ 3,8 bilhões em benefícios por conta da utilização do robô Alice[20].

Entretanto, cabe advertir que embora tais ferramentas revelem mecanismos imprescindíveis aos órgãos públicos na tarefa de proporcionar um controle mais efetivo da administração pública, igualmente proporcionam novos desafios e questões que merecem destaque, o que se fará a seguir.

3. Inteligência artificial e controle das contas públicas: avanços e novos desafios

Como anunciado nos capítulos anteriores, a insuficiência dos mecanismos atuais à disposição do Estado para inibir ou mesmo mitigar os efeitos da corrupção nas contratações públicas – em face do seu volume e complexidade – revela a necessária busca por medidas e ferramentas de fiscalização mais aprimoradas, eficazes e efetivas, com vistas à otimização do exercício das atribuições de todos os órgãos estatais de controle de contas públicas.

Torna-se impossível pensar em aprimoramento de tal sistema fiscalizatório sem o recurso às ferramentas de inteligência artificial, que possuem a natural (e esperada) aptidão para a análise de dados em larga escala e com maior eficiência.

O uso da tecnologia, e aqui mais especificamente a utilização de ferramentas de inteligência artificial, tornou-se um aliado necessário dos órgãos de controle de contas, visando alcançar um patamar de fiscalização mais abrangente e eficiente.

Técnicas de IA como o *analytics* em *big data* e o *machine learning,* largamente utilizadas para inúmeras finalidades, também se revelaram como mais uma ferramenta no combate à corrupção e nas fraudes nas contas públicas. No âmbito do Tribunal de Contas da União, as ferramentas de IA desenvolvidas (e descritas no capítulo anterior) permitem, por exemplo, descobrir casos de fraudes em procedimentos licitatórios, identificando padrões de ação de cada um deles, o que viabiliza uma atuação preventiva mais eficaz.

Embora evidentes os benefícios que o uso da IA traz e ainda pode trazer à atividade de fiscalização das contas públicas, cumpre ressaltar algumas mudanças de paradigmas tradicionais do exercício dessa atividade de controle e, ainda, algumas questões que merecem cautela.

Um primeiro ponto que merece destaque é que a utilização de novas tecnologias possibilita a superação da metodologia individual de trabalho dos auditores, desafiando um modelo de ação mais colaborativo, com o manejo estratégico e mais eficaz das informações

[20] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 915/2020 – Plenário. Ata nº 12/2020 – Plenário. Data da Sessão: 15/4/2020 – Virtual. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-0915-12/20-P, 2020.

trabalhadas. Neste sentido, um importante desafio é integrar outras instituições de controle, ainda que com formatações e objetivos institucionais distintos.

É que há usualmente um descompasso de informações e documentos entre instituições públicas, que raras vezes possuem um canal de comunicação mais automatizado e intuitivo. No mais das vezes, os Tribunais de Contas, as Controladorias e o Ministério Público analisam os mesmos fatos e procedimentos de forma absolutamente isolada, o que compromete a eficácia da fiscalização e proporciona decisões de mérito que podem ser contraditórias.

Por ser o Brasil um país com dimensões continentais, com 5.565 municípios, um grande desafio consiste na elaboração e disponibilização, por meio de um órgão central, de ferramentas adaptadas à realidade populacional e orçamentária destes entes, a fim de que possam utilizar a mesma tecnologia e padrões de predição e decisão com bases comuns.
Um importante objetivo a ser alcançado é que tais ferramentas de IA mencionadas neste trabalho possam também ser colocadas à disposição, de alguma forma, aos órgãos de controle municipais, com a uniformização de padrões de detecção e de treinamento de servidores.

Tal uniformização, com a definição das principais ferramentas a serem utilizadas para o controle das contas públicas, respeitando a autonomia dos entes e a realidade de cada um, pode contribuir para uma melhor taxonomia dos termos técnicos a serem detectados pelas ferramentas desenvolvidas. Isso permitirá que procedimentos realizados quanto à atividade fiscalizatória de entes distintos possam ter seus dados cruzados, o que resultará numa melhor identificação das irregularidades.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à necessidade de se reforçar a cultura da imprescindibilidade da ação preventiva, que possibilite aos órgãos de controle evitar a ocorrência de danos ao erário, e não apenas uma atuação repressiva, como é de praxe no Brasil no enfrentamento dos problemas públicos.

Tal mudança de paradigma para uma ação preventiva mais eficaz, através do uso da tecnologia, acaba por gerar uma alteração profunda na forma de fiscalização das contas públicas pelos órgãos de controle, o que faz com que se tenha cautela na observância de um uso adequado destas ferramentas, a demandar uma constante regulação e fiscalização, sobretudo se utilizadas por entidades públicas, com a finalidade de se garantir o respeito aos direitos fundamentais, a exemplo da proteção de dados e do interesse público, o qual deve sempre nortear a atividade administrativa.

Há ainda outro desafio, que consiste no desenvolvimento seguro de ferramentas de inteligência artificial que possam efetuar uma tomada de decisão, já que a maioria dos robôs utilizados pelos Tribunais de Contas tem sua atuação voltada para a predição e o auxílio na tomada de decisões[21].

[21] BITENCOURT, Caroline Müller; MARTINS, Luisa Helena Nicknig. A inteligência artificial nos órgãos constitucionais de controle de contas da administração pública brasileira. Revista de Investigações Cons-titucionais, Curitiba, vol. 10, n. 3, e253, set./dez. 2023.p. 31.

Assim, "busca-se não apenas o uso de ferramentas tecnológicas para a mera análise de textos em larga escala, com base em trilhas de auditoria desenvolvidas para descobrir irregularidades presentes nos arquivos textuais". Tais ferramentas têm a possibilidade de, por meio do aprendizado artificial, "detectar indícios de irregularidades que não seriam perceptíveis à cognição humana"[22].

Essa utilização pelos órgãos de controle num viés de demandas repetitivas, detectando irregularidades numa função mais preditiva e menos de tomada de decisão, não implica o abandono do desenvolvimento de ferramentas para que o robô esteja presente no momento de tomada de decisão.

Por fim, e não menos importante, deve-se atentar para que o uso dessas tecnologias possa também ser estimulado para o controle das contas públicas realizado pela sociedade civil. O combate à corrupção e o aprimoramento do grau de integridade da administração pública passam inevitavelmente por estimular e capacitar a sociedade civil através de iniciativas coletivas de controle social, a fim de mitigar o estadocentrismo característico da forma de resolução de problemas públicos, com ações públicas mais multifacetárias e com distintos agentes de controle no centro da ação pública[23].

Uma avaliação em grande escala de irregularidades e padrões de condutas suspeitas, sobretudo diante do volume de contratações públicas realizadas todos os dias, só pode ser alcançada mediante a implementação de ferramentas de IA com uma formatação preditiva, sem prejuízo do desenvolvimento de técnicas de tomada de decisão automatizadas.

Somente com o uso responsável e regulado da tecnologia e das ferramentas de inteligência artificial é possível fazer frente ao fenômeno da corrupção nas contratações públicas, seja através de uma maior eficiência na análise de documentos e detecção de anomalias, seja por meio de uma maior coordenação informacional dos órgãos de controle ou, ainda, pelo desenvolvimento de técnicas de decisão informatizadas.

O combate à corrupção, instrumentalizado constantemente nas contratações públicas, exige esforços públicos e privados (empresas e sociedade civil organizada) mediante um conjunto de medidas integradas, com o auxílio da tecnologia e da inteligência artificial, a permitir um sistema de tutela preventiva e repressiva eficaz, visando à melhoria do nível de integridade da administração pública.

[22] ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas.Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020. p.92.

[23] BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. Ação pública de pressão social: modelo de ação como mecanismo de tutela efetiva do direito fundamental à probidade administrativa. Editora Dialética. São Paulo. 2023.

Conclusão

O combate à corrupção, que possui nas contratações públicas um dos seus principais vetores de instrumentalização, tornou-se foco de debates nacionais e internacionais, sendo a tecnologia considerada como uma importante aliada na busca por maior integridade na administração pública, já que através dela se podem realizar análises de dados em grande escala e oferecer maior transparência aos processos de licitação.

Ante a insuficiência dos mecanismos atuais à disposição do Estado para inibir ou mesmo mitigar os efeitos da corrupção nas contratações públicas – em face do seu volume e complexidade –, torna-se indispensável a busca por medidas e ferramentas de fiscalização mais aprimoradas, eficazes e efetivas, visando à otimização do exercício das atribuições de todos os órgãos estatais de controle de contas públicas.

É impossível pensar em aprimoramento de tal sistema fiscalizatório sem o recurso às ferramentas de inteligência artificial, que possuem a natural (e esperada) aptidão para a análise de dados em larga escala e com maior eficiência. Neste sentido, o uso da tecnologia, e aqui mais especificamente a utilização de ferramentas de inteligência artificial, tornou-se um aliado necessário dos órgãos de controle de contas, a fim de alcançar um patamar de fiscalização mais abrangente e eficiente.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, órgão constitucional com destacada função na fiscalização das contas públicas, foram desenvolvidas as ferramentas Alice, Monica, Adele, Sofia, Ágata e Carina, todas baseadas em inteligência artificial e que intentam aprimorar a capacidade do referido tribunal para analisar maiores quantidades de procedimentos em menor tempo, bem como auxiliar os auditores na identificação de padrões de fraudes e outras irregularidades.

No entanto, tal mudança de paradigma para uma ação preventiva mais eficaz, através do uso da tecnologia, acaba por gerar uma alteração profunda na forma de fiscalização das contas públicas pelos órgãos de controle, o que faz com que se deva ter cautela na observância de um uso adequado destas ferramentas, que demandam constante regulação e fiscalização, sobretudo se utilizadas por entidades públicas, com a finalidade de se garantir o respeito aos direitos fundamentais, a exemplo da proteção de dados e do interesse público, o qual deve sempre nortear a atividade administrativa.

Não obstante os avanços obtidos, há ainda outros desafios a serem enfrentados no uso da tecnologia na fiscalização das contas públicas, como,por exemplo, a necessidade de adaptação das ferramentas para órgãos de controles de contas de menor dimensão e capacidade, oferecendo treinamento uniforme; uma maior coordenação das tecnologias e do intercâmbio de informações entre órgãos de controle, ainda que com formatações e objetivos institucionais distintos;a uniformização de taxonomias e padrões de detecção entre órgãos de controle (federais, estaduais e municipais) para um posterior cruzamento de dados; o desenvolvimento de ferramentas de tomada de decisão; e a oferta (com capacitação) de tais tecnologias à sociedade civil organizada.

As ferramentas de IA possuem um enorme potencial de auxílio aos órgãos de controle das contas públicas na tarefa de proporcionar uma fiscalização mais efetiva, fortalecendo o sistema de controle da/na administração pública. Isso porque podem ajudar numa identificação massiva e mais eficaz de irregularidades em contratações públicas e aprimorar o reconhecimento de padrões de texto que colaborem nesta detecção.

Somente com o uso responsável e regulado da tecnologia e das ferramentas de inteligência artificial é possível fazer frente ao fenômeno da corrupção nas contratações públicas, seja através de uma maior eficiência na análise de documentos e detecção de anomalias, seja por meio de uma maior coordenação informacional dos órgãos de controle ou, ainda, pelo desenvolvimento de técnicas de decisão informatizadas.

Referências bibliográficas

BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. Ação pública de pressão social: modelo de ação como mecanismo de tutela efetiva do direito fundamental à probidade administrativa. Editora Dialética. São Paulo. 2023.

BITENCOURT, Caroline Müller; MARTINS, Luisa Helena Nicknig. A inteligência artificial nos órgãos constitucionais de controle de contas da administração pública brasileira. Revista de Investigações Cons¬titucionais, Curitiba, vol. 10, n. 3, e253, set./dez. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 915/2020 – Plenário. Ata nº 12/2020 – Plenário. Data da Sessão: 15/4/2020 – Virtual. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-0915-12/20-P, 2020.

Índice de transparência internacional de 2023. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/.Acesso em: 27/5/2024.

INSTITUTO RUI BARBOSA. Uso de robôs pelos Tribunais de Contas. Disponível em: https://irb¬contas.org.br/uso-de-robos-pelos-tribunais-de-contas/. Acesso em: 3/6/2024.

ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas.Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83.

MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno; OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; FRANCE, Guilherme de Jesus; ARANHA, Ana Luiza; MARTINI, Maíra; ANGÉLICO, Fabiano; WANICK, Luca. Novas medidas contra a corrupção. [Rio de Janeiro]: Transparência Internacional: Ed. FGV, [2018].

Nações Unidas, [s. l.], 15 dez. 2017. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/78688-ag%C3%AAncias-da-onu-alertam-para-impactos-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-no-desenvolvimento-dos-pa%C3%ADses. Acesso em: 27/5/2024.

OLIVEIRA, Laís de. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Robôs desenvolvidos pelo TCE-RS aperfeiçoam auditorias. 2021. Disponível em: https://tcers.tc.br/noticia/robos-desenvolvidos-pelo-tce-rs¬-aperfeicoam-auditorias/. Acesso em: 3/6/2024.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência / Fábio Medina Osório. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 395.

SILVA, Andréia Fernandes da. Universidade Estadual do Tocantins. Tribunal de Contas lança nesta 6ª ferramenta de fiscalização desenvolvida por alunos e professores da Unitins. 2021. Disponível em:

https://www.unitins.br/nPortal/portal/noticias/detalhes/3266-2021-1-14-tribunal-de-contas-lanca-nesta¬-6-ferramenta-de-fiscalizacao-desenvolvida-por-alunos-e-professores-da-unitins. Acesso em: 3/6/2024.

SILVA, Luís André Dutra e. Utilização de deep learning em ações de controle. Revista do TCU, Brasília, DF, v. 48, n. 135, p. 18-23, jan./abr. 2016. Disponível em: http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1321.Acesso em: 31/5/2024.

Smith, B.; Browne, C. A. Armas e ferramentas: o futuro e o perigo da era digital. Alta Books Editora: Rio de Janeiro, 2019.

STRINGHINI, Antonella. Asistencia virtual automatizada e inclusiva para optimizar la relación de la ciudadanía con la Administración Pública. International Journal of Digital Law, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 117-128, jan./abr. 2020.

TOLEDO, Adriana Teixeira de; MENDONÇA, Milton. A aplicação da inteligência artificial na busca de eficiência pela administração pública. Revista do Serviço Público (RSP), Brasília 74(2) 410-438. abr./jun. 2023.

VALENTE, Jonas. Agência Brasil. Órgãos públicos usam inteligência artificial para combater corrupção. 2018. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/orgaos-publicos-usam-inteligencia-artificial-para-combater-corrupcao. Acesso em: 4/6/2024.

Desamparo digital como expressão contemporânea do abandono de incapaz: aspecto de uma sociedade hiperconectada ante o dever parental e do Estado de prestar proteção integral a crianças e adolescentes

Vicente Porciúncula

Introdução

O Direito enquanto ciência social aplicada tem na valoração e juridicização dos relevantes fatos e atos da convivência humana sua matéria. Cabe-lhe normatizar o ambiente – físico ou virtual – onde a sociedade se encontra. A garantia da paz e harmonia é a essência de sua existência.

A intensificação da digitalização social, sobretudo pós pandemia do Covid-19, representada pela vertiginosa escalada do uso da *internet* e das redes sociais trouxe novos paradigmas para relações inter-humanas, impondo à Ciência do Direito novos paradigmas de análise, regulação e responsabilização.

Vivemos na década conceituada como digital e sob o marco da Quarta Revolução Industrial, também conhecida como Indústria 4.0, que tem transformado profundamente os modos de viver, trabalhar e se relacionar. Trata-se de uma mudança sem precedentes em termos de escala, alcance e complexidade (BBC, 2016). De acordo com dados de 2023, aproximadamente 67% da população mundial possui acesso à internet, número que chega a 90% nos lares brasileiros, conforme divulgado pelo portal oficial do Governo Federal (GOVERNO FEDERAL, 2025).

Especificamente, quanto às crianças e adolescentes, é irrefutável o grande fascínio que é exercido pelo ciberespaço e os enormes riscos que a navegação desassistida acarreta à sua formação psicossocial e à sua segurança.

Nesta constatação de uma sociedade imersa no ambiente cibernético, o amparo e orientação a infantojuvenil ganha novos e importantíssimos contornos. A proteção integral — princípio norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Constituição Federal (art. 227) — adquire, desta feita, relevos ainda mais complexos e urgentes.

Assim, faz-se relevante entender a responsabilidade conjunta do Estado e da família no mister de educar e prestar assistência a crianças e adolescentes no mundo virtual, considerando o teor das normas de Direito Penal pátrias, os riscos à segurança e à adequada formação psicossocial a que estão expostos em tal ambiente.

A atuação dos responsáveis pelo exercício do poder familiar, neste contexto, deve

transcender ao espaço físico do lar e estender-se ao monitoramento das interações digitais de seus filhos, onde o contato com conteúdos impróprios, desafios perigosos, redes criminosas e riscos emocionais impõe o dever de assistência e vigilância. Neste trilhar, diversos fatos passaram a constituir os preceitos de novéis tipos penais.

O cibermundo está permeado de práticas delituosas, redes sociais vêm sendo associado ao crime de pedofilia. Sistemas, dissimulados em jogos, têm ocasionado dependência, depressão e, até mesmo, estimulado a automutilação e o suicídio desse público vulnerável por sua tenra idade

Alguns ordenamentos jurídicos normatizaram regulando, de forma restritiva, quanto ao uso de redes sociais e plataformas tecnológicas por menores, haja vista os riscos que o cibermundo representa para os mesmos.

Segundo publicação da *CNN Brasil* (CNN, 2024), a Austrália adotou medidas rígidas no tocante à proteção de crianças e adolescentes quanto ao uso de redes sociais, proibindo o acesso de menores de 16 anos, em razão dos impactos negativos observados em sua formação e bem-estar no contexto amplo. Já na França, há previsão legal que condiciona a criação de contas por menores de 15 anos à autorização expressa dos pais ou responsáveis legais, impondo às plataformas digitais a obrigação de verificar essa permissão antes de conceder acesso aos seus conteúdos.

Observa-se uma significativa discussão acerca do acesso à *internet* por adolescentes e, especialmente, crianças também no Brasil. O diploma legal intitulado de Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.625/2014), em seu artigo 29, ao tempo que assegura o exercício do controle parental, impõe ao Estado e servidores o dever de "promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos […] bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes".

Deflui-se que ambos, pais e poder público, são atores principais neste cenário. Observa-se uma corresponsabilidade pela proteção de crianças e adolescentes usuários da rede mundial de computadores, em especial em seus programas e redes sociais.

Ante a essa realidade, a omissão por parte dos responsáveis legais no acompanhamento infantojuvenil no uso da *internet*, sob o prisma de prestar-lhe educação e amparo, passou a constituir objeto de intensa discussão jurídico-social no contexto do Princípio da Proteção Integral disposto no art. 227 da Constituição Federal, inclusive sendo objeto de Projeto de Lei 1052/2024 que pretende tornar tal negligência preceito do tipo penal denominado "abandono digital".

A metodologia empregada neste artigo foi a dedutiva, com base em referencial teórico dos campos do Direito Penal, Constitucional, Digital e da Criança e do Adolescente.

A lacuna que impulsionou a pesquisa foi: Qual o papel da Ciência do Direito, de seus operadores e da família ante a constatação da prática de inúmeros ilícitos, assim como impacto na formação psicossocial de crianças e adolescentes no cibermundo?

Objetivou-se apontar a relação entre a Ciência Jurídica e o Princípio da Proteção

Integral de Crianças e Adolescentes diante utilização massiva e desassistida de plataformas digitais. Ainda, objetivou-se avaliar a atribuição do Estado e da família nessa proteção, considerando as normas criminais.

1. A ciência do direito e o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes ante a uma sociedade imersa no ciberespaço

O isolamento social imposto pela pandemia do Covid-19 é um marco da história mundial por vários aspectos, dentre dos quais a necessidade da migração do trâmite das relações pessoais, profissionais e comerciais para plataformas digitais como sendo o "novo normal".

Destarte, o fenômeno caracterizado pela transferência de significativa parte da convivência humana para *internet* adentrou em impensável e alarmante estágio de crescimento, fez-se apresentar um novo horizonte de desafiadora quebra de costumes e desenvolvimento de novas habilidades, notadamente para as gerações não naturalmente afeitas à tecnologia.

Em seguida, como consectário do desenvolvimento vertiginoso da Ciência da Computação, passamos a nos deparar com diversos sistemas fundamentados em inteligência artificial e utilização de dados pessoais tratados na grande rede como fundamento para tomada de decisões em larga escala, impactando no acesso da sociedade a bens e direitos fundamentais, inclusive.

O crescimento do uso da *internet* e da tecnologia por crianças e adolescentes é algo absolutamente incontestável, bem como igualmente preocupante. O deslumbramento que o mundo virtual produz sobre as mesmas é proporcional aos riscos a que são expostos, reclamando fiscalização e orientação constante dos pais e responsáveis.

Dentre as competências humanas, neste momento histórico e disruptivo, enfatiza-se a capacidade de adaptação a um complexo de ferramentas tecnológicas que compõem o cotidiano desde os meios de inter-relacionamento social até as formas de realização de negócios jurídicos e, notadamente, de educar e proteger nossos filhos efusivamente atraídos e expostos pelos fascínios que o mundo virtual lhes proporciona.

Crianças e adolescentes saíram das aulas presenciais e adentraram em salas on-line para desempenharem suas rotinas de aprendizado, algo que as aproximou definitivamente da vida virtual e, em relação aos país e responsáveis, trouxe uma nova órbita de preocupação e controle.

Estudo realizado pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação aponta que, em relação ao período de 2015 e 2024 e a crianças até 8 anos de idade, observou-se que:

> […] a partir das bases de dados das pesquisas TIC Domicílios e TIC Kids Online Brasil referentes ao período de 2015 a 2024, revela que a proporção

> de usuários de Internet saltou de 9% para 44% na faixa etária de 0 a 2 anos; de 26% para 71% na de 3 a 5 anos e de 41% para 82% na de 6 a 8 anos, na comparação entre 2015 e 2024. (CETIC, 2025).

Outrossim, consoante publicado no portal do Conselho Nacional da Justiça – CNJ, com informações alusivas ainda a 2021, estudos realizados pelo Fundo das Nações Unidas (UNICEF) demonstrou que um terço dos usuários de *internet* no mundo eram crianças. Lado outro, "no Brasil 93% (noventa e três por cento) de crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos a utilizam para fins diversos" (CNJ, 2023).

Ante a tamanha mudança no comportamento social, a Ciência do Direito e seus atores foram guindados a debruçar-se sobre novos fenômenos fáticos e, assim, repensar conceitos jurídicos, fazendo-se mister a reanálise do arcabouço legal e a produção de novéis regras imprescindíveis para manutenção da ordem jurídica.

Distante de ser ambiente seguro, a *internet* adentrou no cotidiano de forma célere e desafiadora, máxime após 2020, exercendo grande atração sobre crianças e adolescentes, exigindo do Estado e daqueles que por elas são responsáveis legalmente o difícil mister do controle parental, já previsto no art. 29 da Lei nº 12.965/ 2014).

Tem-se na proposta de tipificação criminal do abandono digital, Projeto de Lei nº 1052/2024, a exteriorização máxima do sentimento do Estado Legislativo quanto aos cuidados que devem ser dirigidos aqueles mais expostos, por sua intrínseca vulnerabilidade, ao ambiente virtual: as crianças e adolescentes.

O Princípio da Proteção Integral, disposto no ordenamento constitucional (art. 227, CF/88), assim como externada em diversos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 1º, 4º, 7º e 9º), ganhou nova e vital acepção neste cenário de mudanças céleres e substanciais de paradigmas de inter-relacionamento humano.

2. Cibercrimes e incidência do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes

O mundo digital, ao produzir um enorme fascínio em crianças e adolescentes, configura-se como um espaço cada vez mais presente nas suas rotinas. Contudo, ao mesmo tempo, expõe-os a uma vasta gama de ilícitos penais das mais diversas naturezas e gravidades.

O ambiente virtual é complexo, não muito raro criptografado, favorecendo o anonimato e a simulação de perfis. É um terreno propício para a prática de crimes e a manipulação daqueles que, por sua vulnerabilidade, são mais suscetíveis às suas consequências.

Ao tempo que corre no congresso nacional discussão acerca da criminalização do abandono digital (PL 1052/2024), igualmente tramita a Proposta de Emenda Constitucional nº 47/21 que propõe o acesso à *internet* em todo país, acrescentando a

inclusão digital aos direitos fundamentais dispostos em nossa Lei Suprema.

A integração orientada e adequada de crianças e adolescentes às tecnologias consiste em etapa relevante e inevitável inerente aos deveres do Estado e do poder familiar. O processo de educação digital reflete memorável desafio da sociedade moderna e consiste em equilibrar a inserção desses menores no mundo digital com a proteção contra seus riscos.

O poder familiar, conforme preconizado pela Constituição, pelo Marco Civil da *internet* e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), deve assegurar que os jovens utilizem a rede mundial de computadores de maneira orientada e amparada.

Diversos são os exemplos trágicos que ilustram as ameças do cibermundo. Em 2017 se constatou a circulação de um jogo digital, cuja gênese se atribui a rede social russa VK, denominado "Baleia Azul", o qual está associado a diversos suicídios e automutilação de adolescentes ao redor do planeta. Tal fenômeno é assim explicado:

> Baleia Azu refere-se a um fenômeno surgido na rede social russa, VK, ligado ao aumento de suicídios de adolescentes. Acredita-se que o jogo esteja relacionado com mais de cem casos de suicídio pelo mundo, havendo fotos de feridas autoinfligidas compartilhadas em redes sociais, juntamente com as hashtags do jogo. (WIKIPEDIA, 2025).

Cibercrimes contra crianças e adolescentes aumentaram no Brasil pós-pandemia Covid-19, com o uso crescente de ferramentas digitais e redes sociais (LIMA, VIANA, 2024). Em 2025, circulou na mídia a trágica notícia de que uma criança, com apenas 8 anos, falecera em um suposto desafio da *internet*, disponível em rede social, ao inalar aerosol desodorante (G1, 2025).

Percebe-se, já em 2008, a preocupação do Poder Legiferante com a adequação da persecução criminal ante ao quadro de alteração de costumes representados pelo uso da *internet*. Contudo, é após a pandemia de 2020 que seu uso escalou e vem escalando níveis antes inimagináveis ou, na melhor das análises, projetados para um futuro mais distante.

Há os tipos penais clássicos do Estatuto da Criança e do Adolescente publicado em 1990, previstos em seus artigos 228 e seguintes, quase todos edificados fora do contexto e desenvolvimentos atuais da *internet*.

Inelidível que o diploma supracitado vem sofrendo alterações por leis esparsas para que possa se adequar ao avanço da internet no âmago social e, destaque-se, em suas redes sociais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente fora modificado pela Lei 13.441/2017 para autorizar a infiltração de agentes policiais na *internet* e possibilitar a investigação de crimes contra dignidade sexual de crianças e adolescentes, tamanha a incidência e a gravidade dos mesmos.

A Lei Federal nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente no afã de "aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na *internet*", criminalizando a utilização de qualquer meio de comunicação para o aliciamento de crianças (art. 241-D do ECA), com fim de com ela praticar ato libidinoso.

A referida lei, lado outro, apenou com 4 a 8 anos de reclusão e multa a divulgação e posse de pornografia infantil (Art. 241 ECA), assim considerando ilícito: produzir, vender, divulgar ou armazenar imagens de abuso infantil.

A exposição excessiva da vida íntima (*oversharing*[1]) de crianças na internet e, especialmente, adolescentes com o crescente casos de deepfake (art. 308-A do Código Penal) impulsionado pela propagação de inúmeras ferramentas de inteligência artificial, propiciou o significativo aumento de cibercrimes e impõe o efetivo exercício do controle parental como meio eficaz de proteção aos mesmos.

A Comissão de Direitos Humanos do Senado aprovou o projeto de lei nº 2.293/2023 para, versando sobre o denominado estupro virtual, estabelecer que o estupro de vulnerável se consuma independentemente de ter ocorrido contato físico direto entre o agente e a vítima.

Lado outro, a Lei Federal nº 14.811/2024 tipificou a intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*) ao inserir o art. 146-A no Código Penal pátrio. O mesmo diploma legal, entrementes, tornou hediondo "o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação realizados por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitidos em tempo real".

Há, outrossim, preocupação da comunidade jurídica com os graves reflexos psicossociais do vazamento ou utilização indevida das mensagens com conteúdo erótico de crianças e adolescentes que, inicialmente, ocorria com mensagens de texto dando origem ao termo *sexting*[2] representando a junção das palavras *"sex"* (sexo) e *"texting"* (envio de mensagem de texto), mas que com o avanço da tecnologia se transmutou pelo envio de fotos e vídeos, notadamente por *smartphones.*

Neste contexto, a Lei Federal nº 13.718/2018 alterou a Lei Material Penal pátria para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável e, ao ensejo, tratou especificamente do sexting na última parte do seu novel art. 218-C.

Emerge das hipóteses salientadas – enquanto suporte fáticos de crimes crescentemente incidentes no meio cibernético a afligir crianças e adolescentes, em especial – a constatação do quanto expostos estão aqueles a quem se destina o Princípio da Proteção

[1] Compartilhamento de informações em excesso, principalmente nas redes sociais.
[2] Divulgação de conteúdo sexual realizada sem o consentimento da vítima.

Integral e, sobretudo, a relevância do escorreito exercício dos deveres do pátrio poder traduzido no controle das atividades no meio virtual daqueles sob sua responsabilidade em face da menoridade.

3. Das consequências criminais da negligência dos detentores do poder familiar em educar e prestar assistência a crianças e adolescentes no ambiente virtual

Diante de todos os riscos a que estão expostos crianças e adolescentes no navegar não orientado e controlado pela rede mundial de computadores, concebeu-se o conceito do crime de abandono digital, inspirado no viés teleológico do tipo penal denominado abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal) e para alguns já pelo mesmo abarcado.

A família é a base da sociedade, consoante dispõe a Constituição Federal (art. 226). Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preceitua em art. 16 que "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".

A estruturação de uma família e da sociedade dela proveniente pressupõe "sobretudo a obrigação dos pais em fornecerem educação e criação aos filhos, fixando as responsabilidades dos pais individualmente na formação do caráter dos filhos" (MARUCO, RAMPAZZO, 2020, p. 7).

A importância do controle parental na *internet* decorre importância institucional da família na formação da sociedade e da constatação da quadra tecnológica onde a sociedade se encontra e das ameaças concretas a que estão expostos aqueles a quem tal controle deve se destinar, máxime em estrita observância do Princípio da Proteção Integral que lhe é inerente.

Debruçar-se sob os conceitos e consectários do abandono digital, traduz-se no pensar mais eficaz de se proteger, de fato, crianças e adolescentes sob a perspectiva da hipossuficiência e da ênfase no papel dos maiores responsáveis por seu amparo e formação, os detentores do poder familiar.

O núcleo conceitual do crime de abandono digital reside justamente na omissão dos pais ou responsáveis quanto ao dever de acompanhamento das atividades virtuais dos filhos, especialmente frente ao crescimento da atuação de redes criminosas nesse meio.

Vejamos o texto do Projeto de Lei nº 1052/2024:

> Abandono digital
> Art. 133-A. Deixar de educar e prestar assistência no ambiente virtual, colocando em risco a segurança dos filhos.
> Pena - detenção, de dois meses a um ano.
> § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a três anos.
> § 2º – Se resulta a morte: Pena – reclusão, de três a dez anos.

Sem olvidar do papel do Estado, devemos compreender que o controle familiar é procedimento antecedente indispensável para evitar-se as gravíssimas consequências dos cibercrimes incidentes sobre o público infantojuvenil.

O controle parental em ambiente informático já está previsto no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/ 2014) que, em seu art. 29, dispõe que "o usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores", fazendo alusão subsequente ao Estatuto da Criança e do Adolescente como parâmetro para acesso a conteúdos.

Ainda, o mesmo diploma impõe ao poder público, em parceria com os provedores de conexão, aplicações de internet e a sociedade civil, o dever de promover educação digital e fornecer informações adequadas sobre o uso dessas ferramentas, a fim de garantir práticas seguras e inclusivas para crianças e adolescentes no ambiente virtual.

Deflui-se da exegese sistemática de nosso ordenamento jurídico o reconhecimento dos riscos inerentes à exposição desassistida de crianças e adolescentes à rede mundial de computadores e, *pari passu,* o poder dever dos pais e responsáveis pelo controle que lhes cabes neste cenário de uma profusão de ilícitos penais, em especial com denotação sexual e manipulatória.

Insta salientar, *en passant,* que há implicações cíveis na negligência parental de cuidar dos filhos no ciberespaço, consoante disposto no Estatuto da Criança e Adolescente, inclusive com aplicabilidade de medidas de proteção diante de sua ocorrência (art. 98, II, da Lei Federal nº 8069/90).

Há que se refletir, diante da concretude dos riscos apresentados no mundo virtual, sobre a incidência sanções penais em face da constatação de descumprimento de deveres próprios do controle parental em meio virtual, *e.g.,* mediante aplicabilidade art. 249 do Estatuto da Criança e do adolescente e do próprio art. 133 do CPB.

Ambos os dispositivos legais possibilitam a responsabilização penal ante ao descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, assim como pelo abandono de pessoa que está sob seu cuidado dos riscos resultantes do desamparo.

A educação e proteção de crianças e adolescentes no ciberespaço constituem, de fato, um desafio intergeracional. As considerações e iniciativas legais, inclusive de natureza penal, representam uma resposta concreta a uma realidade incontornável, que já não admite a inércia diante dos trágicos, numerosos e crescentes ilícitos que vitimam esse público vulnerável.

4. Do controle familiar no ambiente digital

A quadra em vivemos, de efervescente transformação de costumes em face da celeridade da propagação dos meios digitais, exige do poder familiar conduta compatível com os deveres inerentes ao poder parental. A proteção integral de crianças e adolescentes

pressupõe, assim, uma análise crítica sobre o quão prontas estão as gerações atuais para exercer tal função.

O controle familiar, tradicionalmente, era realizado no contexto onde pais e responsáveis se cercavam dos cuidados necessários para que crianças e adolescentes não ficassem expostos a ambiente físico que lhe expusessem a riscos, sob pena de responderem pelas penas dispostas no art. 133 do Código Penal.

Nada obstante o que destaca o Legislador, no Projeto de Lei nº 1.052/2024 em trâmite no Congresso Nacional, é que esses cuidados devem se estender ao ambiente virtual em face de todos os riscos que, notoriamente, representam.

Consoante salientado, há corrente doutrinária que defende a interpretação do próprio art. 133 do Código Penal para abranger o abandono digital, entendendo que a conduta de deixar um menor vulnerável no meio virtual se subsume à ideia de abandono de incapaz.

Há um visível conflito de gerações quando se estuda o fenômeno da tecnologização da humanidade, em diversas escalas se visualizam aqueles definidos como imigrantes e nativos do ambiente digital, naturalmente quanto mais tenra a idade mais próximo da tecnologia.

Os detentores do poder familiar, não muito raro, situam-se no polo justamente oposto e, assim, enfrentam as dificuldades de compreensão e utilização de ferramentas e aplicações tecnológicas uma vez que, em regra, situam-se dentre aqueles conceituados como imigrantes do ambiente digital.

Nada obstante, há estudos e iniciativas que se dispõem a auxiliar na árdua tarefa do controle parental no mundo digital. O sítio eletrônico do Governo Federal (gov.br) tem prestado relevante papel social neste aspecto, recentemente publicou interessante matéria sobre tal tema (governo federal, 2025) acerca de tais ferramentas de controle parental.

No sítio eletrônico da UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância, por sua vez, foram publicadas pontuais e importantes orientações para proteção da identidade e das informações pessoais dos filhos on-line, em seu "guia de privacidade on-line para pais, mães e cuidadores" (UNICEF, 2025).

Urge pontuar, quanto às informações pessoais de crianças e adolescentes são conceituados como dados sensíveis pelo art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados e exigem maior atenção, somente devendo ser tratados observando o melhor interesse do menor e mediante com o "consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal".

Abordagem de extrema relevância diz respeito aos limites do direito à privacidade de crianças e adolescentes, especialmente no que concerne à legitimidade do controle parental em face desse direito fundamental.

No Congresso Nacional, tramita o Projeto de Lei nº 2.628/2022, que visa criar regras específicas para o uso de redes sociais, aplicativos, sites e jogos eletrônicos por menores, obrigando os provedores a implementar mecanismos de verificação etária e

controle parental, além de notificação de abuso e proteção da privacidade.

Ressalta-se no *site* do Senado Federal que:

> Segundo o PL 2.628/2022, os desenvolvedores devem oferecer mecanismos para impedir ativamente o uso por crianças e adolescentes de produtos e serviços que não tenham sido criados especificamente para aquele público ou quando não forem adequados a ele. Os fornecedores devem tomar providências para prevenir e mitigar práticas como *bullying,* exploração sexual e padrões de uso que possam incentivar vícios e transtornos diversos. Outra obrigação é a existência de mecanismos de controle parental para impedir a visibilidade de determinados conteúdos, limitar a comunicação direta entre adultos e menores de idade e restringir o tempo de uso. (BRASIL, 2024)

O amparo de crianças e adolescentes por pais e responsáveis, inquestionavelmente, enfrenta grandes desafios com a implantação da cultura digital no meio social, máxime porque decorre de um processo cuja celeridade, catalisada pela pandemia do Covid-19, expõe uma lacuna geracional de habilidades e conhecimentos necessários à educação e proteção em ambientes virtuais.

Sem embargo de tamanhas deficiências de compreensão, da ausência de familiaridade tecnológica que ainda afeta muitas famílias, é incontestável a necessidade urgente e irrenunciável de educar, orientar e proteger crianças e adolescentes no ciberespaço. O não enfrentamento dessa realidade contribui para o agravamento dos inúmeros ilícitos que, infelizmente, continuam a vitimar os mais vulneráveis.

Conclusão

Diante da realidade incontornável da digitalização da vida social e da presença cada vez mais precoce e intensa de crianças e adolescentes no ambiente virtual, evidencia-se a urgente necessidade de redefinição normativa dos papéis dos responsáveis legais e do próprio Estado na garantia da proteção integral desse público vulnerável.

A juridicização de fatos e atos ocorridos no mundo virtual é uma imposição em face do seu aspecto axiológico, dentre os mesmos a regulamentação dos limites e responsabilidades quanto ao uso da *internet* por crianças e adolescentes é tema cogente e urgente.

A omissão no acompanhamento e orientação das atividades digitais dos menores revela-se não apenas uma falha ética e educativa, mas, conforme a evolução normativa, doutrinária e jurisprudencial, um ato passível de sanção penal em hipóteses específicas, consoante melhor exegese sistemática de nosso sistema legal.

A iniciativa legiferante exteriorizada pelo Projeto de Lei nº 1052/2024, ao

especificar o tipo penal denominado de "abandono digital" busca enfatizar a atenção do mister do Estado e da família no contexto de amparar seus filhos no ciberespaço, refletindo uma reação à crescente incidência de cibercrimes, muitos dos quais têm como vítimas preferenciais os mais jovens.

Sem embargo de buscar-se na iniciativa legislativa acima gizada a especificidade quanto à tipicidade do desamparo de crianças e adolescentes na rede mundial de computadores, há corrente vexilária da tese segundo a qual o art. 133 do Código Penal e o art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente devem incidir em desfavor de atos omissivos dolosos efetivados por pais e responsáveis, caso venham abandonar aqueles sob sua guarda ou responsabilidade em situação de risco no ambiente digital.

Segundo a melhor doutrina a incidência do Direito Penal dever ser o último recurso do Estado, a aplicação de sanções penais deve reservar-se às hipóteses não alcançadas pelos demais ramos do Direito.

A aplicação de penas restritivas da liberdade na hipótese em tela é matéria a ser amplamente discutida no parlamento e em nossos tribunais, máxime pelo desafio de gerações que cerca o pleno domínio da cultura digital e a intelecção dos meios eficazes para o exercício do controle parental no cibermundo.

Não obstante a complexidade do tema, a gravidade e a frequência dos crimes virtuais que atingem crianças e adolescentes, bem como os prejuízos à sua formação psicossocial decorrentes da navegação desassistida, impõem um redimensionamento normativo assaz criterioso quanto ao papel do Estado e a responsabilidade dos provedores de serviços digitais, das plataformas tecnológicas e, principalmente, a família — protagonista essencial na missão de educar, proteger e orientar as novas gerações em um mundo cada vez mais conectado.

Referências bibliográficas

BBC – British Broadcasting Corporation. O que é a 4ª revolução industrial – e como ela deve afetar nossas vidas. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309. Acesso: 20 de março de 2025.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.052/2025. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tratar do abandono digital. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2402218&filename=PL%201052/2025. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei n° 1238, de 2024. Altera os arts. 213 e 217-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de estupro e de estupro de vulnerável na modalidade virtual. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9584249&ts=1730180373099&rendition_principal=S&disposition=inline. Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Senado Federal. CCJ aprova projeto para proteger crianças e adolescentes em

ambientes digitais. 21 fev. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/21/ccj-aprova-projeto-para-proteger-criancas-e-adolescentes-em-ambientes-digitais. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.441, de 2 de maio de 2017. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13441.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. CNN BRASIL. Desafio do TikTok seria causa que levou criança a inalar desodorante, diz PC. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/centro-oeste/df/desafio-do-tiktok-seria-causa-que-levou-crianca-inalar-desodorante-diz-pc/. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. A polêmica proibição de redes sociais para jovens de até 16 anos: especialista explica impactos. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/a-polemica-proibicao-de-redes-sociais-para-jovens-de-ate-16-anos-especialista-explica-impactos/. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/21/ccj-aprova-projeto-para-proteger-criancas-e-adolescentes-em-ambientes-digitais. Acesso: 29/04/2025.

CETIC – Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da informação. Disponível em: https://cetic.br/pt/noticia/cetic-br-publica-dados-ineditos-sobre-o-uso-de-tecnologias-digitais-por-criancas-brasileiras-de-ate-8-anos/. Acesso em: 08 de março de 2025.

CNN BRASIL. Saiba como países regulam o acesso de crianças e adolescentes às redes sociais. 28 abr. 2024. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/saiba-como-paises-regulam-o-acesso-de-criancas-e-adolescentes-as-redes-sociais/. Acesso em: 7 maio 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. No Brasil, 93% de crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos de idade usam a Internet, apontam pesquisas. Portal CNJ, 5 maio 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/no-brasil-93-de-criancas-e-adolescentes-entre-9-e-17-anos-de-idade-usam-a-internet-apontam-pesquisas/. Acesso em: 7 maio 2025.

DE CASTRO NETO, Manoel Menezes; MALTA, Bruno. Estupro por meio virtual e sem contato físico: novos entendimentos acerca dos crimes sexuais na era da internet. Disponível em: https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/ESTUPRO%20POR%20MEIO%20VIRTUAL%20E%20SEM%20CONTATO%20F%C3%8DSICO_%20NOVOS%20ENTENDI

MENTOS%20ACERCA%20DOS%20CRIMES%20SEXUAIS%20NA%20ERA%20DA%20%20INTERNET(1).pdf. Acesso em: 15 mar. 2025

GOVERNO FEDERAL. 90% dos lares brasileiros já têm acesso à internet no Brasil, aponta pesquisa. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa. Acesso em: 29 abr. 2025.
G1. Menina de 8 anos morre no DF após inalar desodorante em desafio pela internet. G1 – Distrito Federal, 13 abr. 2025. Disponível em: https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2025/04/13/menina-de-8-anos-morre-no-df-apos-inalar-desodorante-em-desafio-pela-internet.ghtml. Acesso em: 08 maio 2025.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família - Crimes virtuais que envolvem crianças acendem alerta sobre abandono digital; pais podem ser responsabilizados? Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/11431/Crimes+virtuais+que+envolvem+crianC3%A7as+acendem+alerta+sobre+abandono+digital3B+pais+podem+ser+responsabilizados%3F. Acesso em: 09 de março.

Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D2481&from=PT. Acesso: 21 de março de 2025.

LIMA, Jamile Moreira; VIANA, Johnnatan Reges. CRIMES CIBERNÉTICOS: AUMENTO DE CRIMES VIRTUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES PÓS-PANDEMIA NO BRASIL Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.10.n.05.maio. 2024.

MARUCO, Fábia de Oliveira Rodrigues; RAMPAZZO, Lino. O ABANDONO DIGITAL DE INCAPAZ E OS IMPACTOS NOCIVOS PELA FALTA DO DEVER DE VIGILÂNCIA PARENTAL. Revista de Direito de Família e Sucessão, Florianopolis, Brasil, v. 6, n. 1, p. 35–54, 2020. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0227/2020.v6i1.6662. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/6662. Acesso em: 5 maio. 2025.- -

OPEN FUTURE. Observatório/Década digital. Disponível em: https://openfuture.eu/observatory/digital-decade/. Acesso em: 23 mar. 2024.

Revista Ibero-americana de Humanidade, Ciências e Educação. Disponível em: [147]-CRIMES CIBERNÉTICOS-+ AUMENTO+ DE +CRIMES+VIRTUAIS+CONTRA+ CRIANÇAS+E+ ADOLESCENTES +PÓS-+ PANDEMIA+NO+ BRASIL (3).pdf. Acesso em: 09 de março de 2025.

UNICEF. Guia de privacidade online para pais, mães e cuidadores. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/guia-de-privacidade-line-para-pais-maes-e-cuidadores.

Acesso em: 29 abr. 2025.

WIKIPEDIA: A ENCICLOPÉDIA LIVRE. Baleia Azul (jogo). Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Baleia_Azul_(jogo). Acesso em: 15 abr. 2025.

Prerrogativa de foro em razão da função na jurisprudência do STF: uma reflexão sobre as consequências das recentes mudanças na ação do Ministério Público

Fernanda Calixto

Introdução

A prerrogativa de foro, também denominada foro por prerrogativa de função, constitui um dos institutos centrais do ordenamento jurídico brasileiro, previsto na Constituição Federal. Sua relevância deriva, de um lado, da proteção conferida a determinados ocupantes de cargos públicos sujeitos a pressões políticas e perseguições judiciais; de outro, do permanente desafio de harmonizá-la com o princípio da isonomia, segundo o qual todos devem ser tratados igualmente perante a lei (CF, art. 5º, caput). Esse arranjo busca assegurar que titulares de mandatos eletivos ou altos cargos não fiquem expostos a retaliações de agentes ou autoridades locais, sem, contudo, criar distorções que obstruam a efetividade da jurisdição penal ou privilegiem indevidamente determinadas categorias de investigados.

A prerrogativa de função, em linhas gerais, significa que certas autoridades, quando acusadas de praticar delitos vinculados ao exercício do cargo, serão julgadas por instâncias superiores do Poder Judiciário, a exemplo do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme as atribuições definidas na Constituição. Assim, o instituto remonta a valores constitucionais como a garantia de independência e autonomia para o exercício de funções essenciais ao Estado, ao passo que, em contrapartida, enfrenta críticas quanto ao seu potencial de ferir o princípio da igualdade. De fato, há o receio de que o foro especial sirva de obstáculo à celeridade processual e que represente uma espécie de "privilégio" injustificado, dificultando a persecução penal de autoridades políticas.

A questão que se coloca, portanto, repousa na tensão entre o foro por prerrogativa de função e a necessidade de conferir eficiência e equidade ao processo penal. Nos últimos anos, o STF tem trabalhado intensamente nesse ponto, culminando em importantes mudanças jurisprudenciais. Exemplos marcantes incluem a Ação Penal 937 QO/RJ, em que se restringiu a aplicação do foro apenas aos delitos cometidos durante e em razão do mandato, e, mais recentemente, julgamentos como o Inq. 4787 e o HC 232.627, que indicam uma possível inflexão no entendimento anterior, mantendo a competência do STF mesmo após o término do exercício de cargo ou mandato, desde que o delito guarde relação

direta com a função pública. A Reclamação 73.492 DF (relatada pelo Ministro Gilmar Mendes em 2024), igualmente, contribuiu para sedimentar esse posicionamento, ao reconhecer a competência originária do STF em caso de atos praticados no exercício do mandato parlamentar, ainda que o investigado não ocupasse mais tal posto no momento do ajuizamento da ação penal.

Nesse contexto, duas perguntas emergem para orientar este trabalho: (i) de que forma essas mudanças afetam a prática investigativa dos Ministérios Públicos? (ii) quais são os desafios e as oportunidades trazidos pela revalorização do foro por prerrogativa de função, notadamente em relação à segurança jurídica, à efetividade das investigações e à preservação de garantias fundamentais? A análise desses questionamentos permite mapear os ajustes necessários nas estruturas e nos procedimentos do Ministério Público, para que a tutela do interesse público e o combate à corrupção não sejam comprometidos pelas "oscilações" na competência jurisdicional (o chamado "elevador processual").

Assim, o objetivo deste artigo é refletir sobre o impacto da nova jurisprudência do STF no trabalho dos Ministérios Públicos, explorando os desafios e as oportunidades que surgem a partir das recentes decisões relativas ao foro por prerrogativa de função. Para tanto, serão examinados precedentes relevantes, com ênfase nos casos acima mencionados, bem como a doutrina pertinente sobre o tema, buscando-se compreender como as instituições podem adaptar suas estratégias de investigação, preservando a eficiência e a isonomia do processo penal, mas também respeitando o desenho constitucional que justifica o instituto do foro especial. O presente estudo, portanto, situa-se na intersecção entre direito processual penal e direito constitucional, evidenciando os impactos práticos das decisões judiciais nos órgãos de persecução criminal e, em última instância, na própria efetividade da Justiça.

1. O foro por prerrogativa de função: evolução

O instituto do foro e sua origem no direito romano e europeu, como uma forma de proteção às autoridades, sendo concedido a determinados agentes públicos ocupantes de altos cargos na estrutura do poder. Na Grécia e Roma antigas, surgiram as noções de política e privilégios, com funções públicas tendo locais e prerrogativas específicas. A estratificação social e o exercício de cargos públicos influenciaram o conceito de privilégio. Já na Idade Média, em Portugal, o Rei D. Henrique e posteriormente Filipe II ampliaram os privilégios de foro, demonstrando a ausência de regras gerais, baseando-se na qualidade das pessoas (COSTA, 2021).

Na história constitucional brasileira, a Constituição do Império do Brasil, de 1824, não previa foro por prerrogativa de função. Em 1891, com a Proclamação da República, a Constituição estabeleceu o foro privilegiado para o Presidente da República, Ministros de Estado e membros de tribunais superiores nos crimes comuns, e para embaixadores em crimes comuns e de responsabilidade (COSTA, 2021). Criou-se ainda o foro especial para

militares com um Supremo Tribunal Militar. Em 1926, o Decreto nº 4.988 define os "assemelhados" militares, indivíduos civis ou militares com funções em locais militares, sujeitos à disciplina militar.

A Constituição de 1934 expandiu o foro por prerrogativa de função, incluindo juízes federais e de tribunais de apelação nos crimes comuns e de responsabilidade, e estabelece que o Presidente não pode ser responsabilizado por atos estranhos às suas funções. O STF passou a julgar seus próprios ministros em crimes comuns. Houve ainda, sob a vigência da Constituição de 1934, a criação do Tribunal de Segurança Nacional para julgar crimes que afetam a existência do Estado (COSTA, 2021).

A Constituição de 1937 manteve o foro especial para militares e "assemelhados", e permitiu que civis fossem julgados pela Justiça Militar em crimes contra a segurança nacional ou instituições militares. O STF foi definido como competente para julgar o Presidente da República e seus Ministros, Ministros de Estado, Juízes de Tribunais Superiores, entre outros (COSTA, 2021).

A Constituição de 1946 manteve o foro por prerrogativa de função similar à de 1937. O STF julgava Ministros de Estado e membros de tribunais superiores.
A Emenda Constitucional nº 16 de 1965 ampliou o foro para incluir juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e o Ato Institucional nº 6/1969 manteve o foro por prerrogativa para as mesmas autoridades.

A Constituição de 1988, nos artigos 29, X, 53, §1º, 86, 102, I, "b", 105, I, "a", 108, I, "a", estabelece quais são as autoridades contempladas com o foro por prerrogativa de função, determinando também qual é o tribunal responsável pelo julgamento daquela autoridade. Em seu art. 102, estabelece que o Supremo Tribunal Federal possui competência para julgar determinadas autoridades, instituindo assim o foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal. A Carta Magna de 1988 ampliou o rol de autoridades contempladas com o foro, o que contrariava a própria tradição constitucional. O objetivo do instituto tem sido garantir a independência e o livre exercício de cargos públicos, embora haja críticas no sentido de que o excesso de autoridades com foro e o uso indevido serve para favorecer a impunidade e gerar o fenômeno do "elevador processual".

As discussões acerca da necessidade de um foro por prerrogativa de função numa sociedade democrática e republicana na Constituição de 1988 se desdobraram em muitos fatores. Um deles tem a ver com a tipologia do crime

> A discussão entre o que é privilégio ou necessidade necessitaria assim de uma definição em razão da tipologia de crime. Os crimes de responsabilidade demonstrariam uma maior afinidade com a necessidade de se atribuir foro especial para seu julgamento, considerando que são crimes que envolvem práticas mais complexas, com características refinadas e de difícil detecção. Neste sentido, os tribunais superiores teriam

> maiores condições de identificar, investigar e punir tais práticas. Já os crimes comuns se distanciam da justificativa de atribuição de foro especial para investigação e julgamento, sendo lógico atribuí-los aos juízos de primeira e segunda instância, mais especializados no julgamento de ações penais deste tipo. Os crimes comuns, por esta perspectiva, não devem ser abarcados pelo foro por prerrogativa de função. (BOLWERK, SANTOS, 2022, p. 177).

Algumas decisões só STF no atual período democrático, assim como emendas no texto constitucional foram especialmente marcantes nesta área. Em 1999 o STF decidiu, no Inquérito 687-QO, que o fim do exercício do cargo encerra a competência do tribunal para julgamento, cancelando a Súmula 394, cujo teor a seguir se transcreve: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. *(cancelada)*".

Ainda no mesmo ano, a Emenda Constitucional nº 23/1999 alterou a competência do STF para incluir nos crimes comuns o Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República. Já em 2001, a Emenda Constitucional 35/2001 criou a licença da Câmara para processar criminalmente um parlamentar.

Em 2007, o STF julgou a Ação Penal nº 333, que discutia se a renúncia ao cargo impedia o julgamento no STF. Nesta ação, o ex-deputado federal Ronaldo Cunha Lima (PSDB-PB) era acusado de tentativa de homicídio qualificado, contra o ex-governador da Paraíba Tarcísio Burity (PMDB). A decisão foi tomada durante o julgamento de questão de ordem, posto que Cunha Lima renunciou ao mandato parlamentar cinco dias antes do início do julgamento da ação penal. Em outra questão de ordem, questionou-se a competência do STF para julgar ação penal envolvendo crime doloso contra a vida, sendo que os onze ministros votaram pela competência do Supremo, quando se tratar de acusado com foro especial. Na ocasião, o Ministro Joaquim Barbosa expressou preocupação com a morosidade do julgamento e eventual prescrição. No mesmo ano, o STF ainda analisou, no Inquérito 2.245 (Inquérito do "Mensalão") os problemas da morosidade do Tribunal no julgamento das ações penais.

Posteriormente, em 2010, o STF julgou a Ação Penal n.º 396 e condenou parlamentar, demonstrando preocupação com a tendência de parlamentares a tentar escapar do foro privilegiado através da renúncia, visando julgamentos mais longos nas instâncias inferiores.

Em 2018, houve uma das mais relevantes decisões que alterou a perspectiva de julgamento. O STF restringiu o foro por prerrogativa de função na AP 937-QO, limitando-o a crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Mas o debate não se encerrou aí.

Em 2024, o tema voltou ao Supremo Tribunal Federal com decisões, ainda não consolidadas, que buscam estabilizar a competência do STF para casos de crimes funcionais, mesmo após o término do exercício do cargo. Essa mudança visa combater o "elevador processual" ou "efeito gangorra", que pode causar atrasos e impunidade. Sobre este ponto, estudo que considerou o julgamento de inquéritos e ações penais no STF, no período de 2001 a 2016, apontou preocupações com a eficiência do sistema de justiça neste assunto:

> Quadro apresentado conduziu ao resultado de que apenas 0,78% dos processos em ações penais de competência originária do S.T.F. resultam em condenação. Chegou-se ao percentual de 59,38% de declínio de competência, resultado que comprova que o foro por prerrogativa de função, no Supremo Tribunal Federal, facilita a tramitação de processos sem análise de mérito. Ou, em outras palavras, gera impunidade, pois dentro daquele período, a autoridade acusada não sofrerá nenhuma condenação. Números que nos provam que o foro por prerrogativa de função gera impunidade no STF, na esfera penal. (RIBEIRO, SOUZA, 2024, p.211)

O tópico a seguir passa a tratar da possível virada jurisprudencial que se desenrola.

2. As recentes mudanças na jurisprudência do STF: um novo paradigma?

A Ação Penal 937 do Supremo Tribunal Federal é um marco na jurisprudência sobre o foro por prerrogativa de função, e suas teses e questões jurídicas são cruciais para entender o atual cenário. Foi na questão de ordem suscitada pelo Ministro Luis Roberto Barroso que o princípio da igualdade foi levantado como dogma que, num estado republicano, deve implicar responsabilidade diante dos privilégios, tratamentos seletivos ou discriminações, por mais que amparados em razões de Estado, tais quais a proteção à independência dos cargos e dos juízes.

A Ação Penal 937 foi proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, atribuindo a prática do crime de captação ilícita de sufrágio a Marcos da Rocha Mendes, que era, à época dos fatos e da denúncia, prefeito do Município de Cabo Frio, no Estado do Rio de Janeiro, com foro por prerrogativa de função no Tribunal Regional Eleitoral. A denúncia somente foi recebida em 2013, quando o réu já não ocupava o cargo de prefeito, razão pela qual houve declínio de competência do tribunal para o Juízo da 256ª Zona Eleitoral. Eis que o réu passou a ser Deputado Federal em 2015, momento no qual o juízo de primeiro grau remeteu os autos ao Supremo Tribunal Federal. Em janeiro de 2017, Marcos da Rocha Mendes renunciou ao cargo de deputado federal para assumir novamente

o cargo de Prefeito do Município de Cabo Frio. Foi nesse contexto que o pronunciamento do STF veio a ocorrer.

O STF decidiu que o foro por prerrogativa de função se aplica apenas a crimes cometidos **durante o exercício do cargo e em razão das funções desempenhadas.** Isso significa que a mera ocupação de um cargo público não garante o foro especial se o crime não tiver relação com a função (STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018). Com isso, a interpretação do foro especial deve ser focada na natureza do crime praticado, e não em critérios temporais ou na permanência no cargo. O que importa é se o crime tem relação com a função exercida. Caso contrário, teríamos privilégio pessoal e não proteção ao cargo.

Para evitar a manipulação do foro e a gangorra processual, a questão de ordem também definiu que, após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência do STF para processar e julgar a ação penal não será afetada caso o agente público deixe o cargo. Com isso, evita-se manobras para deslocar o processo para outras instâncias, garantindo a estabilidade do processo.

Já naquela ocasião questionou-se se o STF, ao restringir o foro, não julgaria de forma ativista. Também suscitou debates sobre a separação de poderes, questionando se a Corte não legislaria ao criar regras de competência processual penal por meio de um precedente judicial. O julgamento levantou preocupações sobre a segurança jurídica, especialmente em relação a processos já em andamento.

Apesar destes pontos jurídicos, um dos principais objetivos políticos da decisão era evitar o congestionamento processual e reduzir o número de ações penais no STF, permitindo que a Corte se concentrasse em sua função de guardião da Constituição.

Este objetivo, pode-se dizer, foi alcançado, na medida em que, em 2022, o Supremo Tribunal Federal publicava:

> O número de inquéritos e ações penais em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) caiu 80% desde que o Plenário definiu, há quatro anos, que o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. A decisão foi tomada em maio de 2018, na análise de questão de ordem na Ação Penal (AP) 937, proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso.
>
> Antes desse julgamento, dados de 31/12/2017 mostram que tramitavam no STF 432 inquéritos e 95 ações penais. Em 1º/8/2018, após a decisão, os números caíram para 255 e 58, respectivamente, uma queda imediata de aproximadamente 40%. Atualmente, há apenas 68 inquéritos e 21 ações penais na Corte, uma redução de cerca de 80% em relação ao período anterior ao julgamento da questão de ordem. Os números foram caindo ano a ano. Ao final de 2018, eram 171 inquéritos e 49 APs. Já no final do ano seguinte, 79 e 34. Em 2020, 82 e 30. No ano passado, 72 e 22.

> […]
> "O sistema é feito para não funcionar", afirmou o ministro Roberto Barroso na ocasião. Ele apontou que as diversas declinações de competência estavam prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça, em caso de eventual condenação. "De outro lado, a movimentação da máquina do STF para julgar o varejo dos casos concretos em matéria penal apenas contribui para o congestionamento do tribunal, em prejuízo de suas principais atribuições constitucionais", apontou. (STF, 2022).

Entretanto, não se pode olvidar que o "sobe e desce" processual dificultou a realidade jurídica do país e casos recentes tiveram o condão de escancarar essa realidade levando a julgamentos recentes no STF que revertem a tese fixada na AP 937 QO/RJ.

É nos Inq. 4787 e HC 232.627 que se desenrola o novo capítulo da saga do foro por prerrogativa de função. No primeiro, a ex-senadora Rose de Freitas (MDB) é acusada de corrupção passiva, fraude em licitação, lavagem de dinheiro e organização criminosa. E no HC 232.627 o senador Zequinha Marinho (Podemos-PA), cujo processo se desenrolava na Justiça Federal do Distrito Federal, envolvido na suposta prática de "rachadinha" em 2013, quando era deputado federal, pleiteia que seu caso seja julgado pelo STF por ter ocupado ininterruptamente cargos eletivos desde 2007.

O caso do Senador Zequinha é um bom exemplo do elevador processual, pois a investigação teve início em 2013, sob supervisão do STF, mas em 2015, com sua saída do cargo, foi remetida à Justiça Federal da 1ª Região. A matéria chegou ao STJ em 2023, que, aplicando a tese firmada pelo STF na AP 937 QO/RJ, manteve o caso na primeira instância da Justiça Federal.

Quando a matéria chegou ao STF, na condição de relator do processo, o Ministro Gilmar Mendes considerou que a competência dos tribunais para julgamento de crimes funcionais deve prevalecer, mesmo após a interrupção das funções públicas, não importa se tenha decorrido de não eleição, renúncia, cassação ou outra causa qualquer. Segundo o ministro, a tese fixada em 2018 não corresponde ao espírito da prerrogativa de foro na nossa ordem constitucional. É válido observar, em suas próprias palavras, as críticas que desenvolveu:

> O resultado disso é a subversão da finalidade do foro por prerrogativa de função. Basta que o parlamentar não seja reeleito ou que o agente público se aposente para que atos por ele praticados no exercício do cargo sejam julgados não pelo órgão designado pelo legislador constituinte, mas em outra instância jurisdicional. É necessário eliminar essa contradição, reconstruindo o foro especial em torno das suas próprias razões. Surge, então, uma oportunidade para que o Tribunal aprimore a orientação em

> vigor, a partir do raciocínio e dos critérios utilizados pela corrente vencedora na AP 937-QO: a interpretação de que o foro especial deve ser concebido e aplicado em vista da natureza do crime praticado pelo agente, e não de critérios temporais relacionados ao exercício atual do mandato. Mantenho as críticas que fiz em relação ao precedente firmado na AP 937-QO. Como disse na ocasião, a percepção de alguns Ministros sobre a inadequação do foro especial não autoriza que sua previsão constitucional seja esvaziada via interpretativa – técnica utilizada em 2018. (STF. Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 232.627, em Plenário Virtual, em 29/03/2024)

O Ministro Gilmar Mendes fundamenta sua avaliação na interpretação dos fundamentos teleológicos do foro por prerrogativa de função, associando-o a um duplo escopo: evitar pressões externas sobre o julgador e proteger a dignidade e autonomia de certos cargos. O ministro ainda contextualiza sua posição no cenário político polarizado que o Brasil vivencia:

> Essa justificativa é ainda mais adequada no contexto atual. Numa sociedade altamente polarizada, marcada pela radicalização dos grupos políticos e pelo revanchismo de parte a parte, a prerrogativa de foro se torna ainda mais fundamental para a estabilidade das instituições democráticas. Não são raros os casos de utilização de medidas judiciais para tisnar a imagem de agentes políticos – a chamada litigância predatória. Por isso, o foro privativo desponta como mecanismo de proteção da autonomia dos órgãos constitucionais, ao inibir abusos que perturbam o funcionamento do governo. (STF. Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 232.627, em Plenário Virtual, em 29/03/2024)

No momento em que este artigo passa por revisão final (fevereiro de 2025), verifica-se que, recentemente (19 de dezembro de 2024), no julgamento da Reclamação 73.492 DF, o ministro Gilmar Mendes reconheceu que os atos imputados ao reclamante Eduardo Cunha, ex-Deputado Federal, ocorreram no exercício do cargo, e entendeu pela competência do STF para julgar a ação penal. Nesta decisão, ressaltou que a prerrogativa de foro protege a função pública e não o indivíduo, sendo essencial para evitar perseguições e garantir estabilidade institucional. Além disso, adotou a tese que formou maioria na questão de ordem do INQ 4787/HC 232.627, segundo a qual "a prerrogativa de foro para julgamento de crimes praticados no cargo e em razão das funções subsiste mesmo após o afastamento do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados depois de cessado seu exercício".

Observa-se, neste cenário, que, o julgamento da questão de ordem do INQ 4787/HC 232.627 foi interrompido por sucessivos pedidos de vista, sendo o último

formulado pelo Min. Nunes Marques, mas já se formou maioria favorável à tese, considerados os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Cristiano Zanin e Flávio Dino e a posição do Relator Gilmar Mendes.

Poder-se-ia dizer que a decisão em formação é uma resposta também a anseios políticos, pois "À medida que um Tribunal consegue obter o apoio público em suas manifestações, cresce também seu poder político capaz de resistir a eventuais ataques à sua autoridade e função jurisdicional" (ATAÍDE, ROBL FILHO, 2021, p. 246).

Como resultado dessa perspectiva já é possível prever o impacto da nova tese na atividade investigativa do Ministério Público e elevada preocupação com o devido processo legal, a fim de que se evite futuras nulidades processuais.

3. O impacto das mudanças na interpretação do foro por prerrogativa de função no trabalho dos Ministérios Públicos

A nova guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), evidenciada pelos recentes julgamentos no Inquérito (Inq.) 4787, no Habeas Corpus (HC) 232.627 e, ainda, na Reclamação (Rcl) 73.492 DF, tem impacto direto na forma de condução das investigações pelos Ministérios Públicos (MPs) em casos envolvendo detentores de foro por prerrogativa de função. Até então, a tese firmada na Ação Penal 937 QO/RJ delimitava o foro especial a situações estritamente vinculadas ao exercício atual do mandato, com consequente "descida" de processos caso houvesse cessação do cargo. Contudo, conforme explicitado no voto do Ministro Gilmar Mendes, essa orientação não corresponderia ao espírito da prerrogativa de foro inscrita na Constituição Federal, justificando a revisão do entendimento anterior.

A reversão do entendimento firmado em 2018 (AP 937 QO/RJ) exige que os ramos do Ministério Público fortaleçam suas estratégias de monitoramento processual, de modo a acompanhar eventuais mudanças de instância decorrentes de novos fatos ou do retorno de agentes públicos a cargos eletivos ou funções públicas. A atividade de investigação passa, assim, a demandar um fluxo de comunicação constante com membros de primeiro grau e as chefias e assessorias do Ministério Público, a fim de identificar possíveis "subidas" de processos e ajustar, em tempo hábil, a atuação dos promotores, procuradores e equipes de apoio técnico.

Toda a questão da independência funcional, das hierarquias e das tensões locais ganha contornos, pois reconhece-se que "seria salutar para promover o distanciamento da apuração das tensões locais" como apontam GOMES JUNIOR e ARAS (2023, p.69) no contexto da lacuna da prerrogativa de foro para Procuradores de Justiça. Embora sejam situações diversas, compreende-se que as tensões e a proximidade com os fatos, geográfica e temporal, são elementos relevantes durante a investigação.

Para lidar com essa realidade, os Ministérios Públicos terão de revisar protocolos internos, considerando a possibilidade de que agentes políticos, mesmo afastados do

mandato, continuarão a ser investigados pelos Procuradores-Gerais. Esse realinhamento interno requer a adoção de sistemas de informação atualizados. Ademais, é fundamental que os Ministérios Públicos invistam em capacitação de membros e servidores, permitindo uma compreensão aprofundada do novo arcabouço jurisprudencial.

A decisão do STF na Reclamação 73.492 DF, em que o ministro Gilmar Mendes reconheceu a competência daquela Corte para julgar Eduardo Cunha, é emblemática. O fundamento de que a prerrogativa de foro protege a função pública, e não o indivíduo em si, reforça a ideia de que não basta ter deixado o cargo para escapar da competência do tribunal superior, se os atos imputados foram praticados em razão do exercício do mandato. Por isso, os Ministérios Públicos precisam estar atentos desde o início da investigação, identificando precisamente o nexo entre a conduta investigada e as funções públicas desempenhadas.

Esse panorama impõe novos desafios na coleta de provas e na formalização dos procedimentos investigativos. Com a "flexibilização" dos critérios temporais para reconhecimento do foro, o Ministério Público deve acautelar-se para que o inquérito seja conduzido perante a autoridade competente, sob pena de eventuais nulidades processuais. Assim, antes de solicitar diligências intrusivas, como interceptações telefônicas ou buscas e apreensões, deve-se averiguar o vínculo atual ou em potencial com cargos que lhe asseguram foro, considerando, também, o histórico de suas funções públicas.

Outro ponto sensível diz respeito à transparência e à preservação das garantias fundamentais dos investigados. Como em qualquer investigação criminal, a publicidade e o sigilo processual devem ser balanceados, mas aqui surgem peculiaridades: quando a competência de foro pode "oscilar", o Ministério Público deve assegurar que as informações obtidas não sejam divulgadas de maneira irregular ou fragmentada. A comunicação institucional deve ser clara quanto às razões da competência ou mudança de instância, evitando-se interpretações equivocadas e questionamentos sobre a legitimidade das apurações.

Nesse sentido, a integração entre Ministério Público Federal e Ministérios Públicos Estaduais surge como prioridade. Se, por um lado, o STF detém competência para julgar parlamentares federais, ministros de Estado e outras autoridades de alcance nacional, por outro lado, deputados estaduais, prefeitos e governadores também possuem prerrogativas específicas, conforme os regimes estaduais. A nova orientação jurisprudencial do Supremo pode ensejar questionamentos semelhantes nas Constituições Estaduais, o que demanda coordenação para padronizar o entendimento sobre quais hipóteses efetivamente implicam a manutenção do foro.

A questão ainda está em evolução, pois, como observado, a própria decisão que consolida a tese no Inq. 4787/HC 232.627 teve pedidos de vista e não está formalmente concluída. Porém, a maioria já sinalizou apoio à ideia de que a prerrogativa de foro não se esgota automaticamente com o término do mandato se os fatos tiverem sido praticados em razão do exercício do cargo.

Nessa perspectiva, os Ministérios Públicos devem antecipar eventuais cenários em que processos outrora remetidos à primeira instância voltem ao STF, exigindo reorganização de documentos, compartilhamento de provas e readequação procedimental. Em síntese, a nova jurisprudência do STF, ao reverter em grande parte a tese fixada na AP 937 QO/RJ, altera profundamente a forma de condução das investigações que envolvem autoridades com foro por prerrogativa de função.

Essa mudança cria desafios de ordem prática e jurídica para os Ministérios Públicos, que precisam, agora, adaptar-se a um cenário de maior flutuação na competência, com atenção especial ao devido processo legal e à prevenção de nulidades. Fontes como a própria Constituição Federal, os precedentes do STF (Inq. 4787, HC 232.627, Rcl 73.492 DF) e a doutrina especializada servem de balizas para embasar essa reorganização, garantindo a efetividade das investigações e, simultaneamente, a proteção dos direitos fundamentais dos investigados.

Considerações finais

A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca do foro por prerrogativa de função, especialmente a partir das decisões no Inq. 4787, HC 232.627, Rcl 73.492 DF e outras correlatas, impacta de forma significativa o modo como o Ministério Público conduz investigações envolvendo autoridades públicas. Se de um lado a Ação Penal 937 QO/RJ havia circunscrito o foro a hipóteses restritas, por outro, os mais recentes julgamentos vêm mostrando uma retomada da competência originária do STF mesmo após o término do exercício do cargo ou mandato, desde que o delito esteja relacionado às funções públicas. Esse "elevador processual" altera a dinâmica das investigações, exigindo maior atenção das equipes do Ministério Público para evitar conflitos de competência e, acima de tudo, possíveis nulidades processuais.

Do ponto de vista crítico, a nova orientação jurisprudencial apresenta aspectos positivos e negativos. Por um lado, ao insistir na proteção do cargo em razão de sua importância constitucional, busca-se preservar a independência funcional e evitar eventuais perseguições políticas – sobretudo em um contexto de forte polarização. Por outro lado, há críticas acerca do risco de perpetuar ou até expandir o foro privilegiado, o que poderia, em situações específicas, retardar a tramitação dos processos e criar aparências de privilégios indevidos. Nesse cenário, o papel do Ministério Público, como instituição de defesa da ordem jurídica, é redobrar esforços no sentido de garantir que o sistema processual seja efetivo e célere, ao mesmo tempo em que se resguardem os direitos e garantias dos investigados.

Para que essa adequação ocorra, algumas recomendações despontam como imprescindíveis. Em primeiro lugar, é fundamental que o Ministério Público reforce a capacitação de seus membros e servidores na compreensão das nuances do foro especial, revisando e padronizando protocolos de investigação que possibilitem a rápida

identificação dos casos sujeitos à competência dos tribunais superiores. Em segundo lugar, a implantação de sistemas integrados de informação e monitoramento processual contribuirá para minimizar desencontros ou fluxos excessivos de processos. Por fim, deve-se fomentar a aproximação com outros órgãos de controle, como as polícias judiciárias, tribunais de contas e conselhos de ética, para que as investigações tramitem de modo articulado, transparente e eficiente. Em termos de pesquisa, ainda há espaço para estudos comparativos com outros países que adotem fórmulas similares ou distintas de foro especial, ampliando a discussão para além do âmbito brasileiro.

Conclui-se, portanto, que o debate sobre o foro por prerrogativa de função permanece atual e instigante, exigindo constante reflexão sobre a forma como o ordenamento jurídico se organiza para contemplar, de um lado, a proteção do mandato e da função pública e, de outro, a igualdade e a celeridade processual. As recentes mudanças no entendimento do STF reafirmam a necessidade de que as instituições, em especial os Ministérios Públicos, promovam adaptações robustas em seus procedimentos e rotinas, a fim de garantir a eficácia das investigações e a observância dos preceitos constitucionais.

Referências bibliográficas

ATAÍDE, João Roberto Silva; ROBL FILHO, Ilton Norberto. O FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: as razões de uma "ciranda" jurisprudencial. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2021, vol. 13, n. 25, p. 233-258, ago./dez., 2021.

BOLWERK, Aloísio; SANTOS, Daniel Guedes dos. O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: análise interpretativa à luz do princípio constitucional da igualdade. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 14, n. 26, p. 162-188, 2022.

COSTA, João Marcello Alves. Foro por prerrogativa de função em ações penais no STF: origens, controvérsias e perspectivas. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2021.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; ARAS, Vladimir. UMA LACUNA CONSTITUCIONAL? O foro dos procuradores de justiça. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, v. 15, n. 2, 2023.

RIBEIRO, Adriano da Silva; SOUZA, Ranieri Jésus de. O foro por prerrogativa de função no supremo tribunal federal gera impunidade dos agentes políticos na esfera penal? Direito e Desenvolvimento, v. 15, n. 1, 2024.

STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018.

STF. Quatro anos após restrição do foro, STF reduz 80% do acervo de inquéritos e ações penais. Publicado em 28/06/2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=489564&ori=1. Acesso em: 15 fev. 2025.

STF. Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 232.627, em Plenário Virtual, em 29/03/2024

A construção simbólica da periculosidade de mulheres encarceradas a partir das mudanças nos espaços arquitetônicos penitenciários: o caso concreto do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, em Maceió/Alagoas/Brasil

Elaine Pimentel

1. Introdução

O aumento do encarceramento feminino, nas últimas décadas, suscita questionamentos acerca de possíveis razões para o envolvimento crescente de mulheres com o crime. Seria a influência das transformações nos lugares e papeis sociais, proporcionadas pela igualdade entre homens e mulheres nos diversos espaços sociais? Ou haveria um componente político estrutural, de bases racistas e misóginas, a influenciar essa nova realidade, já que a maior parte das mulheres são aprisionadas hoje, no Brasil, são negras, pobres e respondem por tráfico de drogas, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2017)?

Como a criminalidade e as estruturas punitivas sempre foram pensadas a partir de comportamentos masculinos, tanto pela sociedade e pelo Estado, como pela própria criminologia, a constatação de um número cada vez mais expressivo de mulheres respondendo por crimes ou cumprindo pena nas penitenciárias em todo o mundo representa uma afronta às expectativas de comportamento feminino nas sociedades influenciadas pela cultura patriarcal, como a brasileira (PIMENTEL, 2015). Assim, mulheres que cometem crimes tendem a ser vistas como periculosas, ainda que os crimes por elas praticados não sejam marcadas por atos de violência.

No entanto, para além da busca de uma etiologia dos crimes cometidos por mulheres, que jamais atenderão a um padrão linear de condutas e motivações, diante das muitas possibilidades de crimes que podem ser atribuídos a uma mulher, é inconteste que o encarceramento em massa de mulheres vem se tornando um problema social grave, para o qual o Estado, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, precisam voltar suas atenções. Algumas iniciativas já demonstram alguma atenção nesse sentido.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 118.533, modificando o seu entendimento tradicional para prescrever que o tipo penal de tráfico privilegiado (art. 33, §§ 1º e 4º da Lei nº 11.343/06) deve receber tratamento distinto do dispensado aos crimes hediondos. Todas as argumentações criminológicas do Relator levam em consideração o

encarceramento feminino e a condição periférica das mulheres no tráfico de drogas (PIMENTEL; SANTOS, 2016). Em outra decisão, o mesmo ministro concedeu *habeas corpus* coletivo de ofício para que presas com filhos de até 12 anos – ou com mais de 12 anos, mas que necessitem de atenção especial em razão de doença física ou mental –, que ainda não foram colocadas em prisão domiciliar, tenham direito ao benefício, garantido pela Segunda Turma no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 143.641. Essa decisão influenciou uma atuação importante do Poder Legislativo na alteração da Lei de Execução Penal, por meio da Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que acrescentou o Art. 318-A, para estabelecer que "a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar". O dispositivo, em seus dois incisos, aponta como ressalva, porém, que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra filho ou dependente.

Essas duas decisões e a alteração da LEP evidenciam uma preocupação do Poder Judiciário e do Poder Legislativo com o encarceramento em massa de mulheres e seus efeitos sociais, já que a maior parte das mulheres privadas de liberdade é negra, pobre e provedora de sua família, de modo que seus filhos e filhas necessitam de cuidados, conforme garantem o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) e o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016). Ainda assim, foram decisões que dividiram opiniões e que não conseguiram reduzir a massa carcerária feminina, ainda crescente no Brasil, fenômeno esse que precisa ser pensado de forma interseccional, ou seja, considerando gênero, raça e classe como fatores analíticos imprescindíveis para uma análise dessa realidade.

Todavia, se decisões judiciais de vanguarda e alterações da legislação não conseguem frenar o encarceramento massivo de mulheres, é preciso refletir acerca dos efeitos dos números expressivos e crescentes do aprisionamento feminino no Brasil nas estruturas e dinâmicas carcerárias. Que mudanças estruturais estão ocorrendo, no sistema prisional brasileiro, diante do crescimento da população carcerária feminina? Que representações sociais são construídas em torno das mulheres que compõem a população carcerária e como isso reflete no trato com essas mulheres?

Nesse sentido, este texto – a partir de uma perspectiva criminológica feminista, tal como propõem Soraia da Rosa Mendes (2014) e Carmen Hein de Campos (2017), e considerando a dimensão interseccional necessária para compreender o fenômeno do encarceramento em massa, no contexto das reflexões de Carla Akotirene (2018) e Juliana Borges (2018) – tem por objetivo problematizar o aumento do número de mulheres aprisionadas, num sistema carcerário preparado para receber homens, o que implica adaptações e mudanças nos espaços arquitetônicos e nos procedimentos institucionais cotidianos. Para tanto, apresenta o caso concreto do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, em Maceió, Alagoas, resgatando um pouco de sua história, para evidenciar os efeitos do encarceramento em massa na produção da periculosidade, que aparece, por sua

vez, como fator de justificativa de um maior rigor no controle de corpos e na redução da autonomia das mulheres aprisionadas.

2. A "periculosidade" feminina: de bruxas a traficantes de drogas

A perseguição de mulheres que cometiam desvios, sejam eles crimes ou atos que violassem a moral vigente, normalmente de conotação sexual, está registrada em livros que se tornaram referência histórica para a compreensão dos lugares das mulheres no sistema de justiça criminal, bem como da ameaça que representavam ao status quo patriarcal. É o caso do livro "O martelo das feiticeiras: *Malleus Maleficarum*" (KRAMER, H.; SPRENGER, J., 1991), verdadeiro guia de inquisidores para perseguir, torturar e matar mulheres acusadas de bruxarias que, embora não seja uma obra criminológica, revela a forma como mulheres eram tratadas pelo sistema de justiça criminal (MENDES, 2014).

No campo da criminologia, foi o positivismo criminológico de Cesare Lombroso (2004) a grande referência para estudos científicos sobre mulheres com comportamentos desviantes, identificando nessa condição mulheres criminosas e prostitutas, o que evidenciava a força do controle social, inclusive penal, sobre o corpo e a sexualidade feminina. Assim, para o criminólogo italiano, as mulheres normais seriam fisiologicamente inertes e passivas, adaptáveis aos ambientes e situações, além de obedientes. Já as mulheres amorais seriam engenhosas, frias, calculistas, sedutoras e malévolas. A esse segundo grupo Lombroso associava as prostitutas e as criminosas (LOMBROSO; FERRERO, 2004).

A acusação de bruxaria feminina, tão frequentemente referenciada nos relatos históricos, embora não mais identificada com a literalidade de outrora, construiu verdadeiro legado simbólico que atribui periculosidade a mulheres que cometem crimes. Essa aproximação entre mulheres e periculosidade é recorrente, mesmo diante da menor participação feminina em crimes violentos, não necessariamente pela impossibilidade de cometê-los, mas sim pelos muitos controles sociais e penais exercidos sobre o corpo feminino e sobre a autonomia das mulheres. Para Pat Carlen e Anne Worral, decisões de levar mulheres à prisão são marcadas por tendências paternalistas e maternalistas, fundadas na crença de que o aprisionamento é para o próprio bem das mulheres, para que se tornem melhores esposas, melhores mães, melhores filhas (CARLEN; WORRAL, 2004). Como adverte Soraia da Rosa Mendes (2014), trata-se de uma extensão do controle de corpos femininos do espaço doméstico para a esfera punitiva estatal e, nesse sentido, a força simbólica da ideia de periculosidade das mulheres aparece como justificativa para o próprio sistema, com sua estrutura patriarcal.

Um salto histórico para a contemporaneidade permite uma importante reflexão sobre essa ideia remanescente de periculosidade feminina, que povoa o imaginário social e influencia sobremaneira as formas como são conduzidas as investigações criminais, a persecução penal e a aplicação das penas. Embora o positivismo criminológico tenha se tornado uma referência científica ultrapassada em seu conteúdo, não se pode negar sua

relevância histórica e os ecos de seus postulados acerca da mulher criminosa. Assim, já não são mais utilizadas as mesmas ferramentas analíticas para compreender os fatores que levam mulheres ao crime, sobretudo porque houve uma importante transição de uma perspectiva positivista para o paradigma de defesa social, segundo o qual há o reconhecimento da força dos fatores sociais impulsionadores de práticas desviantes, como ensina Carmen Hein de Campos (2017). No entanto, são perceptíveis os resquícios de uma tendência criminológico-positivista forte o suficiente para fazer permanecer a concepção de mulher periculosa associada àquelas que cometem crimes. A essa constatação devem ser agregados as dimensões de gênero, raça e classe, sem as quais um fenômeno complexo como o encarceramento em massa e a construção simbólica da mulher periculosa não podem ser compreendidos. Para Carla Akotirene, trata-se do movimento de somar identidades, analisando as condições estruturais que atravessam corpos negros, atribuindo-lhes significados subjetivos em matrizes colonialistas e opressoras. É nesse contexto que se constrói a ideia do "negro visto como perigoso" (AKOTIRENE, 2018, p. 39).

Na dogmática penal, a periculosidade é reconhecida na constituição histórica da criminologia no Brasil. Cristina Rauter (2003) identifica a década de 1930 como o período privilegiado para a construção das ideias que geraram o Código Penal de 1940. "É justamente o 'Novo Código' que incorporará a noção de periculosidade, como resultado de décadas de discussões nos meios jurídicos brasileiros em torno da redefinição de modos de julgar e punir" (RAUTER, 2003, p. 15)

O termo *periculosidade* está presente na legislação penal brasileira apenas para referir-se a pessoas em sofrimento mental que cumprem medida de segurança. Disposto no artigo 97 do Código Penal, o termo aparece como um critério de duração da medida de segurança "por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade" (Art. 97, § 1º). Além disso, prevê o § 3º do mesmo artigo que a desinternação "será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade" (Art. 97, § 1º).

No entanto, no contexto de uma aproximação entre a dogmática penal e a medicina, a ideia de periculosidade, na cultura carcerária analisada por Clemmer (1950), ultrapassou os limites da medida de segurança para tornar-se uma referência subjetiva e política da condição de mulheres e homens que respondem a processo penal ou já cumprem pena privativa de liberdade, embora não esteja expressamente prevista em quaisquer dispositivos penais como critério para a dosimetria e individualização da pena ou para o processo executivo penal.

Assim, mesmo pessoas que cumprem pena privativa de liberdade por crimes não violentos são consideradas periculosas, não mais por uma condição personalíssima e subjetiva de periculosidade, mas sim pela sua condição racial e social e pela rede de relações estabelecidas ao redor do delito atribuído. Nesse contexto, o tráfico de drogas

parece ser hoje o delito que mais fortemente representa essa rede, em razão da qual o Brasil protagoniza uma verdadeira guerra às drogas, por meio de políticas criminais que primam pelo controle de corpos das classes periféricas, notadamente voltado a pessoas negras. Para Juliana Borges, "a guerra às drogas entra em cena como o discurso de legitimação da ação genocida do Estado. Um discurso que, ao longo da história da sociedade brasileira, se materializou de diferentes formas e perspectivas em corpos negros" (BORGES, 2018, p. 23)

Essa realidade de encarceramento em massa, erguida sobre os pilares do racismo estrutural, interfere sobremaneira nas dinâmicas e nos procedimentos carcerários, impulsionando a reprodução de certa noção de periculosidade que, embora não esteja presente na Lei de Execução Penal (Lei. nº 7210/84), influencia na realização dos exames de classificação e criminológico e, portanto, na própria forma como a pena privativa de liberdade é cumprida por mulheres. Assim, a tendência é que os presídios femininos tornem-se espaços cada vez mais tensionados, de modo que a segurança passa a ser um fator primordial na administração carcerária, influenciado, inclusive, a arquitetura prisional.

Para Suzann Cordeiro, uma penitenciária, como espaço arquitetônico, é uma estrutura inacabada, pois "depende da contribuição do habitante, que é instigado a completá-lo" (CORDEIRO, 2009, p. 74). Segundo a autora, é preciso pensar o usuário como co-autor do espaço construído, tendente a revelar "significações plurais e móveis a partir das quais o usuário, construtor/produtor, pode inventar, deslocar, distorcer o sentido do espaço a partir de sua condição histórico-cultural" (CORDEIRO, 2009, p. 74).

Estar num espaço como uma prisão feminina significa envolver-se numa prática social compartilhada por atores bastante distintos – o Estado, por meio de suas normas e sujeitos, as pessoas presas, integrantes de igrejas e outros voluntários, advogadas e advogados, estudantes, entre outros – de modo que a interação, através da linguagem espacial, atribuirá certo sentido historicamente situado e influenciará nos procedimentos internos e nas representações sociais em torno da periculosidade das mulheres encarceradas.

Assim, quanto mais rígidos e austeros os projetos arquitetônicos prisionais, mais fortes são os discursos em torno da periculosidade das mulheres presas, sobretudo por se tratar de mulheres, em sua maioria, negras e pobres. Como o crescimento da população carcerária feminina é uma realidade em todo o Brasil, a tendência é que as unidades prisionais passem a reforçar a segurança, fazendo dessa suposta periculosidade uma justificativa para procedimentos mortificantes da identidade e da autonomia das mulheres aprisionadas – no sentido atribuído por Goffman (2004) – que, não raro, proporcionam a violação de direitos fundamentais.

3. As mudanças arquitetônicas no Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia e a construção da *periculosidade* das mulheres encarceradas

Para refletir sobre as influências do espaço arquitetônico na construção simbólica da periculosidade de mulheres encarceradas, será apresentado aqui o caso concreto do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, em Maceió, único presídio feminino do estado de Alagoas, que comporta presas provisórias e condenadas.

Um longo caminho de improvisações e mudanças marca a história do aprisionamento feminino em Alagoas. Segundo Marta Severo (2012), os registros mais remotos do sistema carcerário alagoano estão nas atas do Conselho Penitenciário alagoano, nas quais consta que a primeira penitenciári do estado de Alagoas foi a antiga Casa de Detenção de Maceió, posteriormente chamada de Penitenciária Estadual de Alagoas. Localizada no centro da cidade de Maceió, ao lado do Quartel Geral da Polícia Militar, era um estabelecimento prisional construído para homens, mas comportava também as poucas mulheres presas, de forma improvisada. Sua estrutura era ampla e austera, conforme se verifica da imagem abaixo.

Fonte: Revista da Polícia Militar de Alagoas.
Publicada em comemoração aos 178 anos da corporação (1832-2010).

As mulheres presas em Alagoas permaneceram ali até a criação do Instituto Penal Santa Luzia, no município de Pilar, Alagoas, no ano de 1931 (SEVERO, 2012). Era o primeiro espaço carcerário exclusivo para mulheres, embora a estrutura arquitetônica não tenha sido construída para esse fim, já que resultou de uma adaptação do antigo ponto de coletoria de tributos do Estado de Alagoas.

No Jornal de Alagoas de 1969 constam os registros da reforma feita no Instituto Penal Santa Luzia de Pilar, para melhor atender às demandas das mulheres e crianças que ali permaneciam. Segundo Severo, naquele ano, a população carcerária "era composta por 6 mulheres, sendo que 4 estavam condenadas por crime de homicídio, 1 por lesão corporal grave, e outra por tentativa de homicídio. Dessas presas, duas conviviam com seus filhos dentro do sistema" (SEVERO, 2012, P. 38).

Nas imagens abaixo, constam a fachada do Instituto Penal Santa Luzia de Pilar e das mulheres "beneficiadas" com a reforma.

Fonte: Jornal de Alagoas, 09/04/1969.

Fonte: Jornal de Alagoas, 09/04/1969.

As atas do Conselho Penitenciário e os jornais da época registram que em 1975 foi inaugurado o novo Instituto Penal Santa Luzia, no antigo bairro do Taboleiro, em Maceió, onde já funcionavam o presídio masculino São Leonardo e o Instituto Agrícola de Santa Fé (SEVERO, 2012). As imagens que seguem evidenciam a então nova estrutura prisional e os discursos que a legitimavam, considerando o espaço prisional um lugar de recuperação para mulheres, acompanhadas de seus filhos durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, realidade não mais possível nos dias de hoje, diante de toda a proteção integral dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no Marco Legal da Primeira Infância (Lei. 13.257/16).

Fonte: Diário Oficial,11/03/1975.

A hostilidade do ambiente externo do Instituto Penal Santa Luzia, em Maceió, evidenciava uma nova concepção de projeto arquitetônico, construído exclusivamente para aprisionar mulheres, considerando o crescimento paulatino da população carcerária feminina. Internamente, a referência a "dependências adequadas" consistia em um forte discurso que buscava demonstrar a estreita relação entre os espaços arquitetônicos e a expectativa de uma "recuperação social das mulheres", possível a partir de então.

Fonte: Diário Oficial,11/03/1975.

Dentro do Instituto Penal Santa Luzia, em Maceió, os alojamentos eram chamados pelas presas de "quartos" e não possuíam uma estrutura hostil. Ao contrário, o piso e as portas eram de madeira e as camas de ferro. Não havia, naquele momento, o discurso da periculosidade como foco, nem tampouco uma preocupação substancial com a segurança, considerando a pequena, porém crescente, população carcerária, que constava com cerca de 10 mulheres presas. Não houve, ali, registros de motins ou rebeliões. Todas as mulheres partilhavam os mesmos espaços comuns e não havia divisões em módulos ou pavilhões.
O aumento do encarceramento feminino, nas décadas seguintes, porém, tornou limitado aquele espaço prisional, que já não comportava a população carcerária, com mais de 50 mulheres presas. Assim, gestores foram levados a buscar alternativas para a custódia das mulheres.

Foi assim que, mais uma vez, o improviso se volta para o encarceramento feminino em Alagoas. Como não havia possibilidade de construir nova unidade prisional em um curto intervalo de tempo, as mulheres custodiadas no Instituto Penal Santa Luzia foram transferidas, em 2003, para um espaço anexo à Penitenciária Masculina Baldomero Cavalcanti de Oliveira, destinado, originariamente, para a Casa do Albergado, em cumprimento ao regime aberto da pena privativa de liberdade (SEVERO, 2012). Houve, então, uma mudança de nome e o novo espaço passou a ser chamado de Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia.

Fonte: SGAP, 2003

Site "Já é notícia", 2017.

O novo presídio feminino tinha capacidade para abrigar 74 mulheres, em dois módulos incomunicáveis, espaços para berçário, serviços de saúde, sala de aula e cozinha, além dos setores administrativos. A estrutura arquitetônica era mais hostil, com celas dotadas de camas de alvenaria e chapas de ferro nas portas, com pequenas janelas de comunicação. Foram, então, adotados procedimentos mais rigorosos de segurança, o que repercutiu no acesso das presas aos demais espaços da prisão, agora separados por grades, exigindo, assim, que qualquer trânsito das mulheres dentro do presídio fosse realizado sob escolta. Observava-se, então, uma evidente mudança nos procedimentos e nos discursos em torno das mulheres privadas de liberdade, tendentes a ressaltar a periculosidade como uma característica mais generalizada e recorrente, de modo que elas passaram a ser mais fortemente vigiadas por agentes armados. Essa estrutura proporcionou também diversas outras formas de controle dos corpos femininos, como a separação das presas que eram muito próximas e consideradas "periculosas" e de outras que viviam relações homoafetivas. Era a arquitetura do espaço penitenciário proporcionando um maior controle e docilização de corpos de mulheres (FOUCAULT, 1987).

Todavia, como o presídio adaptado consistia em espaço arquitetônico originariamente voltado para o cumprimento da pena em regime aberto, havia algumas características específicas, condizentes com o menor rigor de uma Casa do Albergado, a exemplo de banheiros coletivos nos módulos. Todavia, como as mulheres iriam cumprir a pena no regime fechado naquele espaço, a rigidez dos procedimentos cotidianos exigiram adaptações, pois o módulo não ficaria aberto durante toda a noite, já que por volta das 17h ocorre o "tranca", procedimento que consiste em recolher as mulheres presas em suas celas e trancá-las, sem acesso a banheiros ao longo da noite. Foi então que a Secretaria de Justiça e Cidadania, à época, providenciou penicos para as mulheres e iniciou as reformas das celas, com as mulheres já alojadas na nova unidade prisional.

Nesse novo espaço, mais tensionado pela própria estrutura, começaram a ocorrer situações típicas de unidades prisionais, como motins e tentativas de fuga e suicídio, o que favoreceu o reforço no discurso da periculosidade e o recrudescimento das ações de segurança, inclusive com a presença de homens na guarda interna, prática que contrariava

a Lei de Execução Penal (Art. 83, § 3º, da Lei. 7.210/84).

Mais uma vez o encarceramento em massa de mulheres, muito claramente resultante das políticas de drogas adotada pelo Brasil (PIMENTEL, 2015), tornou aquele ambiente prisional insuficiente para abrigar as mulheres que aguardavam julgamento ou cumpriam pena privativa de liberdade em regime fechado.

Foi então que o estado de Alagoas, buscando alternativas para a construção de novas unidades prisionais, adotou, para o Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, projeto arquitetônico semelhante ao utilizado para a construção de módulo anexo de segurança máxima do Presídio de Segurança Média Professor Cyridião Durval e Silva, destinado a homens.

Construída ao lado do presídio anterior, a nova unidade prisional feminina, inaugurada em 2017, tem capacidade para 221 mulheres, divididas em dois módulos separados por muitas grades, numa estrutura de segurança máxima que inviabiliza a locomoção autônoma das mulheres dentro dos espaços do estabelecimento.

Fonte: a autora.

Uma das características mais fortes desse novo projeto arquitetônico é a dissociação que proporciona entre os sujeitos que ali transitam, como as mulheres presas e o corpo de gestores e de agentes penitenciárias, as professoras, as profissionais de saúde e outras. Como evidencia a foto abaixo, há uma passarela acima do corredor das celas de ambos os módulos, a partir do qual o *staff* penitenciário exerce o controle visual – num resgate contemporâneo do sentido de panóptico de Jeremy Bentham (FOUCAULT, 1987) –, abre e fecha os portões dos corredores e as portas de ferro das celas, além de controlar, de forma individualizada, o fornecimento de água e de energia elétrica em cada das celas.

Fonte: a autora.

A noção de instituição total, de Erving Goffman (2003), encontra nessa unidade prisional uma referência plena, consistente em um ambiente fechado, que exerce formalmente o controle sobre as pessoas e, no caso das prisões, “são estufas para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer do eu” (GOFFMAN, 2003, p, 22).

Trata-se, de fato, de uma estrutura arquitetônica que exaspera o controle de corpos, não permitindo qualquer autonomia das mulheres ali alojadas, nem tampouco uma interação eficaz com as equipes de agentes. A condição simbólica de ver as presas do alto também favorece práticas de humilhação e violação da privacidade das mulheres custodiadas, além do tensionamento do ambiente, uma vez que a comunicação se dá por gritos e batidas nas chapas e nas grades de ferro. Nesse sentido, Goffman também está atento à divisão básica estabelecida entre a equipe de supervisão de uma instituição total e o grande grupo controlado, neste caso, as mulheres presas. As percepções de cada agrupamento tendem a ser marcadas por estereótipos limitados e hostis: a equipe dirigente muitas vezes vê os internados como amargados, reservados e não merecedores de confiança; os internos muitas vezes vêem os dirigentes como condescendentes, arbitrários e mesquinhos” (GOFFMAN, 2003, p, 19). Também a condição de superioridade/inferioridade é problematizada por Goffman: “Os participantes da equipe dirigente tendem a sentir-se superiores e corretos; os internados tendem, pelo menos sob

alguns aspectos, a sentir-se inferiores, fracos, censuráveis e culpados" (GOFFMAN, 2003, p, 19). Quando o espaço penitenciário favorece esse tipo de percepção e o exercício pleno do controle de corpos sobre os sujeitos, o discurso de ressocialização perde o sentido. Afinal, se não há socialização dentro do próprio espaço penitenciário, como pode haver reintegração além das grades?

Internamente, as celas comportam 8 mulheres e há uma cela com acessibilidade, destinada a presas cadeirantes. As celas contêm 1 vaso sanitário e uma pia. Como o acesso às demais dependências da unidade prisional só pode ocorrer mediante escolta de agentes penitenciárias, as mulheres presas passam a maior parte do tempo dentro da pequena cela e as luzes são apagadas pelas agentes às 19h, impossibilitando a leitura. Somente 1 ano depois da inauguração foi autorizada, pelos gestores maiores do sistema prisional, a instalação de aparelho de televisão dentro das celas. Até então, havia apenas uma televisão em cada módulo, fixada no pátio externo, acessível apenas nos horários de banho de sol que, em razão da pequena equipe de agentes penitenciárias, eram restritos a poucas horas por dia, assemelhando-se, inadequadamente, ao regime disciplinar diferenciado, previsto no art. 52 da Lei de Execução Penal, o que significa verdadeira afronta à dignidade humana das mulheres presas, por estabelecer limitações exasperadas em razão dos limites da estrutura arquitetônica.

Fonte: a autora.

Nesse novo ambiente prisional, o discurso da periculosidade é ainda mais recorrente e impõe procedimentos cotidianos humilhantes e mortificantes para as mulheres, como andar em fila, manter as mãos para trás e a cabeça baixa. Apesar de tudo isso, o Conselho Nacional de Justiça considerou o Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia como uma penitenciária-modelo, pelos exemplos de boas práticas, no atendimento às mulheres, considerando a instalações físicas, assistência médica disponível, equipamentos de apoio e tratamento humanizado das presas.

Vistoria do CNJ identifica penitenciárias femininas modelo no Brasil

22/03/2018 - 07h00

Das 24 unidades prisionais femininas visitadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2018, quatro delas se destacam como exemplo de boas práticas e no atendimento à mulher. São elas: Unidade Materno Infantil (RJ), Penitenciária Feminina de Cariacica (ES), Presídio Feminino Santa Luzia (AL) e Colônia Penal Feminino do Recife (PE).

A vistoria foi feita no período de 25 de janeiro a 5 de março. De acordo com a juíza auxiliar da Presidência do CNJ Andremara dos Santos, que coordenou os trabalhos, para determinar a excelência de uma penitenciária foram consideradas suas instalações físicas, a assistência médica disponível, os equipamentos de apoio e o tratamento humanizado dados às presas.

Fonte: Instagram do CNJ

Fonte: a autora.

É evidente que não se pode negar a importância desse reconhecimento. Todavia, mesmo com todos os esforços das equipes técnicas e de gestão para um trato humanizado das mulheres presas, a rigidez das estruturas arquitetônicas da unidade prisional fala mais alto e encontra justificativa na construção simbólica da periculosidade de mulheres que ali cumprem pena – em sua maioria mulheres negras, oriundas de classes periféricas – de modo a impor um cotidiano de controle exacerbado, proporcionando sofrimento emocional e violações à dignidade humana das mulheres.

4. Considerações finais

As reflexões aqui apresentadas tiveram por objetivo demonstrar, numa perspectiva criminológica feminista e interseccional, como o encarceramento em massa de mulheres proporciona mudanças estruturais no sistema prisional, o que envolve desde os espaços arquitetônicos, até os procedimentos cotidianos de docilização de corpos, de modo a construir, simbolicamente, a ideia de periculosidade feminina, por influência dos legados do positivismo criminológico e do racismo estrutural, resultado do controle de corpos

negros nas políticas de guerra às drogas.

Um breve resgate de dados e informações históricas sobre o Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, em Maceió, Alagoas, permitiu evidenciar como um sistema prisional pensado para homens precisa adaptar-se para lidar com o encarceramento feminino e o faz por meio de improvisações e mudanças na estrutura, que tanto se voltam para atender às demandas do encarceramento massivo de mulheres, como recrudesce suas práticas de controle de corpos. Nesse sentido, o sistema busca justificar-se através do discurso de periculosidade das mulheres encarceradas, mesmo diante da constatação de que a maior parte dessas cometeram crimes sem violência ou grave ameaça, como o tráfico de drogas.

Assim, muito embora a caça às bruxas seja uma referência histórica de um passado longínquo e os pressupostos do positivismo criminológico sejam considerados superados, é preciso reconhecer que a forma como as mulheres aprisionadas têm sido tratadas pelo sistema de justiça criminal ao longo da história ecoa na realidade carcerária feminina contemporânea, fazendo permanecer viva a ideia de periculosidade, ainda que simbólica, daquelas que ousaram não apenas violar uma norma penal, mas subverter a própria estrutura patriarcal com o crime praticado e que se tornaram alvo de uma cultura punitivista racial e socialmente definida.

Referências bibliográficas

AKOTIRENE, Carla. O que é interseccionalidade? Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

BORGES, Juliana. O que é encarceramento em massa? Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARLEN, Pat; WORRAL, Anne. Analysing Women's Imprisonment. Cullopmton.: William Publishing, 2004.

CLEMMER, Donald. Prision Community. 2. ed. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston, 1958.

CORDEIRO, Suzann. De perto e de dentro: a relação entre o indivíduo-encarcerado e o espaço arquitetônico penitenciário a partir de lentes de aproximação. Maceió: Edufal, 2009.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres, 2 ed. Organização: Thandara Santos; colaboração, Marle Inês da Rosa [et. al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. Criminal women, the prostitute, and the normal women, translated and with a new introduction by Nichole Hahn Rafter and Mary Gibson. Duke University Press: Durham, 2004.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIMENTEL, Elaine. O grande encarceramento por uma perspectiva de gênero. In ALMEIDA, Luiz Sávio de; COUTINHO, Sérgio; JÚNIOR, França (orgs). Direito, sociedade e violência: reflexão sobre Alagoas. Maceió, Edufal, 2015.

PIMENTEL, Elaine; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Repercussões político-criminais da desconsideração da equiparação do tráfico privilegiado como crime hediondo no sistema prisional feminino. In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. 10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SEVERO, Marta Ferreira da Silva. Trajetória do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia: uma história marcada por improvisações. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação em História Licenciatura, da Universidade Federal de Alagoas, sob a orientação da Profa. Dra. Elaine Pimentel, 2012.

Prelúdio à atividade de Polícia Judiciária em recuperação de ativos ilícitos: um caminho inevitável de enfrentamento ao crime organizado

Estácio Netto

1. Introdução

Há vários caminhos a se proceder numa investigação policial, podendo-se afirmar que tantos os são quanto a complexidade dos delitos previstos na legislação criminal.[1] Um desses métodos investigativos constitui a assim chamada investigação financeira ou investigação com repercussão financeira.

Esta pode ser conceituada como a trilha investigativa baseada nos princípios e protocolos próprios voltados a elucidar as infrações penais que têm como objeto imediato ou mediato as movimentações financeiras, seja de valores, bens ou quaisquer outros ativos financeiros oriundos ou derivados do crime.

Isto é, investigação financeira é o conjunto de métodos investigativos acerca de infrações penais que envolvam direta ou indiretamente o sistema financeiro, independentemente se há ou não lavagem de capitais como resultado dessa atividade criminosa.

Como corolário da investigação financeira exsurge a atividade de polícia judiciária em recuperação dos ativos ilícitos que foram identificados e mapeados como provenientes das práticas delituosas dos envolvidos.

Esta atividade busca primordialmente fornecer elementos de informação e provas cautelares para que, ao final do processo criminal, seja possível a decretação do perdimento, tradicional ou alargado, dos ativos financeiros criminosos em favor do Estado, destinando-os aos fundos estatais de segurança pública, preferencialmente aos fundos próprios das Polícias Civis, quando responsáveis pela etapa da investigação criminal, filtro constitucional contra imputações temerárias.[2]

[1] Célio Jacinto dos Santos. Teoria da investigação criminal. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021. Pág. 103 e ss. Ver também: Clayton da Silva Bezerra e Giovani Celso Angnoletto. Inquérito policial: doutrina e prática (a visão do Delegado de Polícia). 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. Pág. 45 et seque.

[2] Gustavo Badaró. Processo penal. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Pág. 135-142.

2. Inquérito policial: uma definição menos teórica e mais prática

A legislação brasileira prevê o inquérito policial como uma das formas de as Autoridades Policiais constituídas procederem aos levantamentos de informações relativos a um evento definido em lei como infração penal.

Há outros instrumentos estatais formais de investigação criminal, porém o inquérito policial a cargo das Polícias Judiciárias, civil e federal, é o principal deles em razão da atribuição constitucional conferida a estes órgãos para apuração das infrações penais comuns, que constituem a grande maioria dos tipos penais.

Fato é que o inquérito policial se materializa na documentação formal de uma sequência lógica de diligências, relatórios de análise de informações coletadas, oitiva de testemunhas e vítimas, interrogatório de suspeitos e indiciados, perícias técnicas, com objetivo de esclarecer e demonstrar o que de fato ocorreu no evento tipificado em lei penal.

Todos esses atos são presididos por delegado de polícia de carreira, de maneira imparcial e desvinculada dos interesses acusatórios ou defensivos, destinados, portanto, a formar um procedimento contendo informações de polícia judiciária e, excepcionalmente, provas cautelares acerca do fato que é objeto de investigação.

A natureza jurídica do inquérito não é outra senão a de procedimento administrativo, uma vez que ao final das diligências, o investigado, ainda que seja fundamentadamente indiciado, não será submetido a qualquer sanção de caráter punitivo, embora sejam inequívocas as consequências sociais negativas em desfavor daquele que é submetido ao escrutínio policial.

3. Investigação policial tradicional e a justa causa ambulatorial: ineficiência no enfrentamento ao crime organizado

O objetivo central do inquérito policial sempre foi angariar informações aptas à confirmação ou refutação de hipóteses investigativas formuladas em relação à existência do fato ilícito (materialidade), às condutas individualizadas dos envolvidos (autoria ou participação), bem como às circunstâncias em que o fato foi praticado.

Nesse sentido, não sendo o caso de arquivamento dos autos investigativos por terem sido elucidadas quaisquer circunstâncias relacionadas à exclusão de um dos elementos dogmáticos do crime, o que por si só pode-se considerar um êxito já que nenhum inocente será submetido às agruras do processo penal,[3] a investigação criminal tradicional sempre se destinou a dois caminhos complementares e interdependentes.

De um lado, perquirir a certeza de que o delito ocorreu (materialidade) e indícios que apontem para quem efetivamente o cometeu (autoria), elementos aptos ao

[3] Francisco Carnelutti. As misérias do processo penal. São Paulo: Editora Pillares, 2009. Pág. 7 et seque.

indiciamento policial. De outro lado, subsidiar o preenchimento dos requisitos de segregação cautelar da liberdade do indiciado, seja em razão de prisão temporária ou preventiva. Esse foco na segregação da liberdade como único viés eficiente da investigação chamamos justa causa ambulatorial.

Esse viés de investigação tradicional se desenvolveu e se perpetuou no tempo em razão das estratégias de política criminal prioritariamente voltadas à aplicação da pena corporal constitucionalmente prevista. Como consequência, foram negligenciadas outras formas de prevenção e repressão criminal, sobretudo a asfixia patrimonial.

Não se nega a importância da investigação tradicional ou da pena privativa de liberdade, muito ao contrário, os elementos indiciários ligados à justa causa ambulatorial são de subida importância para instrução processual e até mesmo para eventual aplicação justa da sanção penal, mas não se pode negar que esse enfoque único não tem surtido o efeito desejado, mais ainda se tomarmos em conta o fenômeno da criminalidade organizada.

4. Avanço das organizações criminosas e necessidade de uma investigação policial contemporânea: o fenômeno da patrimonialização da persecução criminal (justa causa patrimonial)

O panorama de consolidação e expansão das organizações criminosas é consequência direta do processo de complexização das relações sociais, advento da globalização, da difusão do acesso à informação, via internet, ambos marcos da modernidade ou pós-modernidade - como preferem alguns – e da sociedade hipertecnológica.[4]

Esse pano de fundo sociocultural se deu concomitantemente à mudança de paradigma normativo em direção à constitucionalização do processo penal, resultando na otimização do princípio da presunção de não culpabilidade e no fortalecimento da regra da liberdade enquanto não houver trânsito em julgado da sentença condenatória, limitando, assim, as prisões cautelares.

Esse filtro hermenêutico-constitucional pelo qual passou e passa o processo penal e o sistema de investigação preliminar criminal tem como antecedente sociojurídico o processo de concretização dos direitos fundamentais, que alterou o cenário das investigações criminais e da própria política criminal de enfrentamento à criminalidade.

De um lado, elevando o investigado a sujeito de direito ao invés de mero objeto da investigação; de outro, privilegiando as técnicas especiais de investigação, como acesso aos dados telemáticos, ação controlada, infiltração policial, acesso e análise de dados bancários e fiscais, dentre outras.

[4] Jesús-María Silva Sánchez. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 97 e ss.

Como consequência inevitável desse cenário, à justa causa investigativa meramente ambulatorial precisa ser somada a justa causa patrimonial. Enquanto a primeira está voltada à obtenção pura e simples de elementos ligados à materialidade e autoria bem como aos requisitos para efetivação da prisão cautelar, a segunda está direcionada aos indícios e provas cautelares de ilicitude dos ativos financeiros pertencentes ao investigado ou às organizações criminosas.

Esse giro copernicano das finalidades e objetivos do inquérito policial – e da investigação criminal como um todo –, tem sido denominado de fenômeno da patrimonialização da persecução penal, apontado como capaz de gerar resultados mais eficientes em política criminal, uma vez que busca a descapitalização das organizações criminosas ao lado da pena de prisão.

Ou seja, a ideia é que ao lado das diligências tradicionais voltadas à obtenção de informações sobre a materialidade e autoria seja implementado um conjunto de diligências e técnicas especiais de investigação capazes de identificar, constringir e possibilitara perda dos ativos financeiros derivados do crime, destinando-os, ao final, aos cofres públicos para que haja retroalimentação das políticas de segurança pública em favor dos cidadãos.

Com efeito, esse novo patamar de investigação patrimonial tem o objetivo de, para além da aposta na prisão dos criminosos, buscar despatrimonializar as organizações criminosas e recuperar esses ativos financeiros ilícitos em favor do Estado – em último grau de análise em favor dos cidadãos, destinatários das políticas públicas de segurança.

5. Conceitos basilares diretamente ligados à atividade de recuperação de ativos: inteligência policial e inteligência financeira

Inteligência policial refere-se à coleta, análise e utilização de informações para apoiar atividades policiais e de segurança pública em nível estratégico e decisional, objetivando antecipar cenários de vulnerabilidade na ordem e segurança pública, identificar e neutralizar ameaças e atividades criminosas.[5]

Dito de outro modo, a atividade de inteligência policial visa fornecer, a partir das mais diversas técnicas de investigação, um ferramental objetivo para decisões estratégicas e operacionais, com objetivo de aprimorar a eficácia das ações policiais, garantindo que as intervenções, se necessárias, sejam mais direcionadas e eficientes, contribuindo significativamente para a prevenção e resolução de crimes, bem como para a proteção da ordem e segurança públicas.

A importância da inteligência policial está intimamente ligada ao direito fundamental à segurança pública, assegurado pela Constituição e por tratados

[5] Sabrina Leles de Miranda. Atividades de inteligência s suas diversas perspectivas. In: Tratado de inteligência aplicada à investigação criminal. Emerson Wendt e Cristiano de Castro Reschke (Orgs.). Rio de Janeiro: Brasport, 2023. Pág. 17-34.

internacionais. Nessa sistemática, a Polícia Judiciária desempenha um papel crucial, pois ao utilizar informações estratégicas para orientar suas ações, por meio da inteligência policial, não só ajuda a prevenir crimes e combater atividades ilícitas de forma mais eficaz, como também protege os direitos fundamentais dos cidadãos, tanto vítimas quanto eventuais infratores.

Sem embargos, é importante salientar que enquanto a investigação criminal segue um processo regulado por procedimentos formalizados, com início, meio e fim, debruçado sobre fatos objetivos já praticados (aspecto pretérito), em contrapartida, a inteligência policial opera de forma contínua, abrangente e incremental, voltada à predição de comportamentos relevantes para o campo penal (aspecto futuro).

Como se vê, inteligência policial e investigação de polícia judiciária, embora ambas se concentrem na análise de crimes, diferem significativamente em suas abordagens e objetivos. A investigação policial busca responder a perguntas específicas sobre o que ocorreu, quem praticou o fato, onde e quando aconteceu, quais as circunstâncias e os porquês da eventual prática criminosa. Por outro lado, a inteligência policial adota uma perspectiva mais estratégica e focada na tomada de decisão preditiva, focando em questões como o que fazer, quando e onde atuar, quem deve agir e quais meios utilizar.

Nesse sentido, a integração eficiente das atividades de polícia judiciária e de inteligência policial, com a observância dos direitos fundamentais, é fundamental para uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos máximos da república brasileira. Isso assegura que a proteção contra o crime e o respeito aos direitos dos cidadãos encontrem o equilíbrio, promovendo segurança e justiça.

A seu turno, a definição de inteligência financeira passa obrigatoriamente pela atividade de coleta, processamento e análise de informações e dados para assessoramento estratégico e decisional, porém direcionada ao espectro financeiro, desde as movimentações bancárias à análise dos dados fiscais e patrimoniais em geral.

O objetivo dessa atividade específica de inteligência é fornecer às autoridades competentes indícios de atividades financeiras ilícitas, podendo indicar crimes de corrupção, delitos contra a economia popular e ordem tributária, estelionato e outras fraudes, e sobretudo lavagem de capitais.

Essa abordagem visa auxiliar no início ou na complementação de investigações, a partir da identificação de bens, valores e quaisquer ativos financeiros obtidos direta ou indiretamente através de crimes, assessoramento na constrição desses ativos visando posterior decretação de perda judicial em favor dos cofres públicos.

Um exemplo claro e didático de atividade de inteligência financeira são as informações e dados produzidos pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), instituído pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, cujo foco primordial está na prevenção à criminalidade de viés financeiro por meio da produção de conhecimento acerca de movimentações financeiras previamente classificadas como suspeitas difundindo esse conhecimento preliminar às autoridades públicas competentes à repressão criminal.

Nesse ponto, importante mencionar que o COAF não realiza diretamente investigações, nem controla a vasta gama de operações financeiras diárias no Brasil, também não é responsável por receber e analisar contratos ou acessar diretamente as transações de contas ou investimentos de pessoas físicas ou jurídicas.

A função principal do COAF é a produção de dados de inteligência financeira, especificamente a compilação de movimentações suspeitas e em espécie, que são comunicadas pelos setores obrigados, fazendo então a triagem, análise e disseminação de ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, conforme estabelecido pela Lei nº 9.613/1998.

Dentro desse contexto, surge a interligação da produção de conhecimento por meio da inteligência financeira com a atividade de polícia judiciária em recuperação de ativos na medida em que os relatórios de inteligência financeira (RIFs) produzidos pelo COAF e os relatórios de levantamento patrimonial produzidos pelos analistas policiais são uma das ferramentas elementares para o aprofundamento das investigações, especialmente nas medidas cautelares patrimoniais e assecuratórias aptas a constringir o patrimônio ilícito angariado pelas organizações ou associações criminosas, visando ao final seu perdimento em favor do Estado, tanto melhor quando sua destinação for para os fundos próprios das polícias judiciárias.

Esses relatórios - tanto o RIF quanto os de levantamento patrimonial, que resultam nas medidas cautelares e assecuratórias representadas ao Poder Judiciário através do Delegado de Polícia, constituem as fontes principais do conhecimento produzido pela atividade de inteligência policial em recuperação de ativos.

6. Recuperação de ativos na atividade de polícia civil

6.1 Formando um conceito

Inicialmente, é importante recobrar a ideia de que a criminalidade no século XXI é extremamente dinâmica e caracterizada pelo empreendedorismo, visando quase sempre vantagem econômica, ou seja, onde está o lucro fácil e ilícito, aí está também a criminalidade moderna, mormente o crime organizado.[6]

Nesse sentido, a necessidade de o Estado demonstrar que o crime não compensa, a partir da persecução patrimonial qualificada, tornou-se mais que um *slogan* da segurança pública, em nível de política criminal, e mais que um dos efeitos da sanção penal (prevenção geral), em nível dogmático, tornando-se efetivamente um imperativo ético-jurídico na medida em que de nada adiantaria segregar a liberdade do infrator sem dele retirar a riqueza que auferiu com o crime praticado.[7]

[6] Érico Fernando Barin. A perda ampliada no Brasil. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 88, jul. 2020 dez. 2020. Pág. 178.

[7] João Conde Correia. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. Revista do Ministério Público 145: Janeiro-Março 2016. Pág. 208.

Sobretudo diante do cenário de delitos transnacionais e da lavagem de capitais como realidade cada vez mais disseminada, "(...) algumas formas de criminalidade revelam uma grande insensibilidade às penas clássicas, só podendo ser combatidas através da apropriação dos seus proventos. Sendo impossível impedir a prática do crime, devemos pelo menos evitar que ele compense, seja reutilizado na prática de novos crimes e contamine a economia legal".[8]

Nessa senda, surge a recuperação de ativos como atividade primordial da cadeia de ações estatais de enfrentamento ao crime organizado, sobretudo desempenhada pela Polícia Judiciária – responsável pela fase pré-processual da persecução penal.

É imprescindível, portanto, definir um conceito, a natureza jurídica e os princípios próprios que guiam a recuperação de ativos, garantindo concretude a sua existência e eficácia.

A tarefa, porém, não parece fácil, vez que não há ainda doutrina nacional específica sedimentada acerca do tema; nem sequer há consenso acerca dos elementos essenciais para a formação e desenvolvimento deste objeto de estudo. Mas lá ele está a exigir atenção doutrinária e acadêmica.

Não obstante, é possível definir recuperação de ativos como "todo um amplo e complexo processo que compreende a identificação, a apreensão, o confisco e a destinação dos proventos do crime".[9]

Como se percebe, trata-se de atividade mais ampla do que a mera busca pela reconquista da propriedade advinda do ato criminoso, incluindo etapas como a administração (gestão dos ativos, preservando seu valor de mercado e evitando a perda do valor econômico do bem), alienação e destinação final desses ativos financeiros aos cofres públicos.[10]

Fato é que mesmo diante da incipiência conceitual, alguns alicerces conceituais erguem-se de forma sólida, podendo-se dizer recuperação de ativos é um conjunto de técnicas e procedimentos aptos a identificar, apreender, administrar (gerir), alienar e destinar ativos financeiros oriundos do crime de volta para o tesouro estatal.

6.2 Estruturando a natureza jurídica

A atividade de recuperação de ativos é procedimento investigativo próprio, independente, de caráter eminentemente patrimonial, apartado, porém auxiliar ao inquérito principal, servindo de subsídio às medidas cautelares probatórias, às medidas

[8] João Conde Correia. Da Proibição do Confisco à Perda Alargada. 1.ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012. Pág. 19-20.

[9] João Conde Correia. Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco. Revista Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses, IC3F, Nº 1 (outubro 2017), Lisboa, ASFIC/PJ, 2017, pág. 48.

[10] Raul de Campos e Lencastre Brito Coelho. A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. 2018. Pág. 19-20. Disponível em: https://repositorio.ulisboa.pt/bitstream/10451/37619/1/ulfd137600_tese.pdf.

assecuratórias, bem como ao efeito condenatório criminal da perda definitiva, principalmente a perda alargada.

Não se confunde com o inquérito policial em si, pois este possui objetivos muito claros, quais sejam, a elucidação efetiva da dinâmica criminosa, o que ocorreu, como ocorreu, quando, onde, e quem está envolvido.

Do mesmo modo, o inquérito possui prazos processuais próprios, exíguos – diga-se de passagem, o que empurra a investigação em direção a uma dinâmica temporal mais acelerada buscando incessantemente a preservação dos vestígios.

Por outro lado, a recuperação de ativos tem um caminhar neste procedimento é mais tênue, pois lida obrigatoriamente com uma dinâmica de recebimento e análise de um extenso banco de dados (bancários, fiscais e telemáticos), diligências de campo para confirmação do patrimônio dos envolvidos.

Mas a vantagem é que, diferentemente do inquérito principal, os vestígios não se perdem com tanta facilidade, pois cravados no sistema financeiro e na cadeia dominial de bens (cartórios etc.).

E mesmo quando os vestígios não passam pelo sistema formal patrimonial, por deliberada ação da criminalidade, os dados podem ser acessados através de afastamento de dados telemáticos (aplicativos de mensagem, e-mails etc.), estrutura tecnológica da qual ninguém atualmente está desvinculado.

Por tudo isso, o procedimento investigativo patrimonial para recuperação de ativos precisa caminhar em autos apartados, ainda que umbilicalmente ligado ao inquérito principal.

6.3 Objetivos

Pode-se dizer que o objetivo imediato do procedimento de recuperação de ativos é viabilizar a perda doa ativos ilícitos oriundos ou derivados do crime para alcançar a efetiva reparação do dano causado pelo criminoso ou organização criminosa, promovendo a destinação dos ativos ilícitos ao Estado, nos termos do que preceitua o artigo 91 e seguintes do Código Penal.[11]

Numa perspectiva mediata, é possível visualizar como objetivos do procedimento de recuperação de ativos a promoção e consolidação da investigação patrimonial como essencial no enfrentamento à criminalidade moderna, fornecimento de elementos informativos para medidas cautelares e assecuratórias, incluindo a alienação antecipada de ativos, proporcionar iniciativas de responsabilização nas demais esferas de controle, administrativa – sobretudo fiscal e improbidade – e cível, e ainda possibilitar uma gestão e destinação qualificada dos ativos identificados como ilícitos e devidamente constritos por

[11] Ana Cristina Braga de Sousa e Felipe Alcântara de Barros Leal (Coord.). Manual de Recuperação de Ativos. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Rede Nacional de Recuperação de Ativos (RECUPERA). Pág. 8.

decisão judicial.

6.4 Finalidades

O procedimento tem como finalidade a repressão qualificada às organizações criminosas, na medida em que a investigação patrimonial se propõe a angariar provas técnicas, de refutação mais difícil, pois deixam rastro inevitável, como a movimentação de recursos obtidos ou derivados da prática criminosa, a aquisição de patrimônio em nome de terceiros, o envio de valores para contas no exterior, dentre outras tipologias.

Ao mesmo tempo visa à prevenção desse tipo de criminalidade, uma vez que com o efetivo perdimento dos ativos financeiros do crime há um claro desestímulo à prática de infrações penais (prevenção geral negativa), demonstrando a vigência das normas (prevenção geral positiva), evitando-se assim a continuidade delitiva ou a escalada (prevenção especial negativa) e dissuadindo os eventuais simpatizantes a atuar no campo da ilicitude (prevenção especial positiva).

6.5 Princípios próprios da atividade de recuperação de ativos

Não se pode olvidar que a atividade de investigação criminal tradicional possui princípios já conhecidos e que não podem ser negligenciados, mesmo diante da especialidade e autonomia da investigação patrimonial e recuperação de ativos.

Pode-se citar princípios tradicionais, que continuam a ser importantes no procedimento de recuperação de ativos: a) princípio da devida investigação legal, que abrange o princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade; b) princípio da veracidade, que otimiza a reconstrução possível do fato criminoso e suas circunstâncias; c) princípio da discricionariedade dos atos investigatórios, que concretiza a oportunidade e conveniência das diligências investigativas; d) princípio da imparcialidade técnica do delegado de polícia, que determina a compromisso da autoridade policial com a apuração dos fatos e não com a pretensão meramente acusatória, dentre outros tão importantes quanto.

Sem embargo, a atividade da Polícia Judiciária em recuperação de ativos é guiada por princípios próprios que garantem a legalidade, eficiência e transparência na identificação, apreensão, gestão e destinação de ativos financeiros oriundos de práticas ilícitas. Esses princípios são fundamentais para assegurar que o processo respeite direitos individuais e coletivos, ao mesmo tempo em que contribua para a segurança pública e a justiça.[12]

[12] Ana Cristina Braga de Sousa e Felipe Alcântara de Barros Leal (Coord.). Manual de Recuperação de Ativos. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Rede Nacional de Recuperação de Ativos (RECUPERA). Pág. 13-17.

A) Princípio da autonomia

Por esse princípio, a investigação patrimonial deve se desenvolver em autos apartados, com escopo distinto da investigação principal, embora a esta seja dependente, por vinculação natural.

Ou seja, enquanto o inquérito policial tem como objeto geral e específico identificar os autores e colher elementos da materialidade, a investigação patrimonial com foco em recuperação de ativos busca precipuamente identificar e localizar os fluxos financeiros, o patrimônio das pessoas investigadas e de terceiros, além do proveito auferido com as condutas ilícitas, a fim de constringi-los e viabilizar sua futura perda em favor do Estado.

B) Princípio do paralelismo

Aqui, tem-se que a investigação patrimonial com foco em recuperação de ativos só será efetiva se a investigação patrimonial acontecer de forma paralela à apuração da autoria e materialidade. A apuração de crimes com proveito patrimonial deve contemplar, de forma simultânea, uma investigação do crime principal e outra em torno das finanças e patrimônio, buscando-se sempre a integração entre as duas vias (recomendação nº 30 GAFI).[13]

C) Princípio da contemporaneidade

É certo que o tempo leva consigo os vestígios. Logo, por este princípio, a investigação patrimonial com foco em recuperação de ativos será mais eficiente se contemporânea à investigação de autoria e materialidade, pois concomitantemente à colheita de elementos indiciários voltados à autoria e materialidade somam-se os elementos de informação ligados diretamente à justa causa patrimonial.

E apesar de as movimentações de caráter financeiro deixarem um rastro mais indelével, ainda assim os ativos financeiros carregam atributos que impelem a investigação a ser contemporânea, atenta ao tempo, como a transferibilidade, que é a capacidade de o ativo ser transferido para terceiros, a liquidez, que é a possibilidade de o ativo ser convertido em ativos fungíveis, como moeda, e a volatilidade, que é sujeição do ativo financeiro às variações de preço.

[13] Ver as 40 recomendações do GAFI em: https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf.

D) Princípio da verticalidade

Esse princípio estrutura a investigação patrimonial com foco em recuperação de ativos para ser profunda, vertical, visando a descapitalização das organizações criminosas. Logo, otimiza os atos investigativos e determina um passo além na ideia de apreensão de ativos, buscando a identificação de alvos ocultos, indivíduos que servem como interposta pessoa em relação ao envolvido principal.

Assim, apreender o carro e sequestrar o imóvel que são usados pelo envolvido principal são medidas que não necessariamente resultam numa descapitalização da organização criminosa, mas ao contrário disso, identificar os sócios ocultos, seus bens, empresas etc., constringindo esse patrimônio total, isso sim seria o desejável numa atividade de investigação patrimonial.

E) Princípio da horizontalidade

Pelo princípio da horizontalidade, a investigação patrimonial com foco em recuperação de ativos não pode nem deve se concentrando apenas nos líderes da organização criminosa, como também nos *hubs* com maior recorrência de liames subjetivos, mas sim nos laços fracos, pessoas que passam despercebidas na investigação, mas que conectam os Alvos de Alto Retorno (AAR), que possuem o domínio do fato.

6.6 Fases da atividade de recuperação de ativos

A atividade de recuperação de ativos ilícitos envolve uma série de etapas complexas, cada uma com seus próprios procedimentos e responsáveis, seguindo um ciclo que inclui: a) identificação dos ativos ilícitos; b) apreensão desses ativos; c) administração (gestão) dos ativos apreendidos; d) alienação antecipada ou definitiva dos ativos; e) destinação qualificada dos ativos aos cofres públicos.[14]

Cada uma dessas fases do ciclo requer ações específicas e a colaboração de diferentes atores, desde investigadores até autoridades, policiais, jurídicas e administrativas.

6.6.1 Identificação

A identificação de ativos é uma etapa crucial na recuperação de ativos, pois

[14] Ana Cristina Braga de Sousa e Felipe Alcântara de Barros Leal (Coord.). Manual de Recuperação de Ativos. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Rede Nacional de Recuperação de Ativos (RECUPERA). Pág. 29 et seque,

garantir que medidas judiciais eficazes possam ser adotadas em investigações de crimes financeiros e lavagem de dinheiro, já que os ativos ilícitos estão devidamente identificados, localizados e vinculados à atividade criminosa que lhes deram origem.

A identificação de ativos emprega uma gama de técnicas investigativas, que variam desde simples pesquisas em bancos de dados até a implementação de medidas cautelares complexas. O objetivo central é estabelecer a conexão entre os ativos identificados e os investigados ou terceiros envolvidos. Essa vinculação é fundamental para justificar medidas judiciais, como o bloqueio ou a indisponibilidade de bens.

O processo começa com a realização de pesquisas em bancos de dados para associar o investigado a bens móveis, imóveis e participações societárias. A fase seguinte envolve a análise detalhada dos dados coletados por meio de várias fontes, como pedidos de sigilo bancário, fiscal e telemático. Esse aprofundamento visa obter uma visão mais clara e abrangente do patrimônio do investigado.

Com efeito, a identificação de ativos é um processo contínuo que se desenvolve ao longo de toda a investigação criminal. Tão logo novas informações surgem, o processo é ajustado e refinado para garantir uma visão completa e atualizada do patrimônio do investigado.

6.6.2 Apreensão *lato sensu*

A apreensão de ativos no contexto da recuperação de ativos no Brasil é um aspecto essencial do sistema penal, regulamentado principalmente pelo Código de Processo Penal e legislação penal extravagante.

Tem-se a apreensão administrativa, com vínculo mais direto com o inquérito policial, com caráter de discricionariedade da autoridade policial que na diligência ou com ordem prévia do magistrado apreende os bens que são objeto do crime.

Há também a apreensão judicial, com *status* de medida assecuratória processual, ou seja, o sequestro de bens adquiridos como produto ou proveito da atividade criminosa. Esta vinculada essencialmente à prévia ordem judicial, com maiores possibilidades de resultar em uma alienação antecipada, pois devidamente mapeada pelo juízo antes mesmo da constrição.

6.6.3 Administração

A gestão de bens apreendidos desempenha um papel fundamental no ciclo de recuperação de ativos no contexto da investigação criminal no Brasil. Esta fase é crucial para garantir que os bens apreendidos sejam devidamente conservados e mantidos em condições adequadas até que sejam destinados efetivamente em sentença, seja para devolvê-los aos absolvidos ou para destinar ao Estado mediante a perda (clássica ou alargada).

O objetivo principal da administração de bens apreendidos e ativos em geral é assegurar que estes permaneçam intactos e disponíveis para diversos propósitos legais. Além de assegurar a integridade física e legal dos bens, a administração eficiente desses ativos também envolve a implementação de processos claros para sua avaliação, armazenamento e possível valorização, garantindo que, ao final do processo judicial, os bens possam ser utilizados de maneira justa e eficaz, atendendo aos requisitos legais e promovendo a justiça.

A gestão eficaz dos bens apreendidos não só contribui para a recuperação de ativos ilicitamente obtidos, mas também para a integridade e a eficiência do sistema judicial como um todo, assegurando que a aplicação da lei seja realizada de maneira justa e transparente.

6.6.4 Alienação

A alienação de ativos apreendidos é um procedimento crucial, que basicamente se subdivide em alienação antecipada de ativos constritos e alienação definitiva. Ambas reguladas no Código de Processo Penal e, especialmente, em leis esparsas como a nº 11.343/06, que trata dos crimes de drogas, e nº 9.613/98, que disciplina os crimes de lavagem de capitais.

A alienação antecipada permite a venda de ativos antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Este procedimento é essencial para preservar o valor dos ativos e evitar sua depreciação. O juiz pode determinar essa alienação após a comunicação da apreensão pela autoridade policial, com um prazo de até 30 dias.

A alienação definitiva, por sua vez, ocorre somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória que decreta o perdimento dos bens em favor do Estado. Nesta fase, os ativos constritos (apreendidos ou sequestrados) são vendidos e os recursos arrecadados podem e até devem, como se defende neste estudo, ser transferidos para fundos estatais específicos da segurança pública, especialmente os fundos de modernização das Polícias, como já ocorre com o FUNAPOL, da Polícia Federal.

Assim, a alienação de ativos apreendidos não apenas contribui para a eficácia das investigações, mas também reduz os custos de manutenção do acervo apreendido e sob custódia das Polícias Civis.

Esses aspectos destacam a importância da alienação de ativos como uma medida estratégica no combate ao crime organizado, promovendo uma gestão eficiente dos bens apreendidos e contribuindo para a aplicação da lei de forma mais efetiva.

6.6.5 Destinação de ativos

Após a condenação transitada em julgado, os ativos sequestrados e geralmente já alienados definitivamente, ou em alguns casos já alienados antecipadamente, são

destinados para atender às diferentes finalidades conforme estabelecido pela legislação.

São as destinações possíveis: reparação do dano causado pelo crime, pagamento de custas e despesas processuais, adimplemento de penas pecuniárias, destinação ao tesouro em casos em que os ativos não são atribuídos para os casos anteriores, assegurar que o confisco seja incorporado ao patrimônio público e utilizados para o bem coletivo, como é caso da destinação dos ativos aos fundos de segurança pública.

7. À guisa de conclusão

Uma investigação criminal contemporânea, alinhada às mais modernas técnicas e protocolos investigativos, não pode mais prescindir ou sequer negligenciar a persecução patrimonial e a recuperação de ativos, uma vez que para além da imposição dogmática da perda dos ativos decorrentes do crime, constitui-se também como forte política criminal dissuasória, uma vez que além das penas privativas de liberdade impostas, a perda do patrimônio alcançado por meio da atividade criminosa diminui a reincidência e desencoraja a formação de novas organizações criminosas.

Dilmar Lopes Camerino

MP
AL
UNIDADE
INDIVISIBILIDADE E INDEPENDÊNCIA
FUNCIONAL