

# De Jure

Revista Jurídica

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

Barbara Statília Rodrigues Alves  
Carlos Eduardo Fernandes Neves Ribeiro  
Cleber Couto  
Fabiane Barbosa Marra  
Huston Daranny Oliveira  
Larissa Kovalski Penharbel  
Leaned Matos Hidalgo  
Maria do Rosário de Oliveira Carneiro  
Vicente Cardoso de Figueiredo

# 34



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

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

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.  
v. 19, n. 34 (jan./jun. 2020). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /  
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2019.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

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

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

CDU. 34  
CDD. 342

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

## **Linha Teórica**

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

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

## **Theoretical Profile**

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

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

# DE JURE

(ISSN 1809-8487)

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

## FOCO

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

## MISSÃO

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

## OBJETIVOS

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

## PÚBLICO-ALVO

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

## COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A *De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

## INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

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

# DE JURE

(ISSN 1809-8487)

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

## FOCUS

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

## MISSION

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

## OBJECTIVES OF THE JOURNAL

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

## TARGET AUDIENCE

*De Jure* is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

## COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

*De Jure* requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

## INDEXATION AND DISTRIBUTION

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

# DE JURE

## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**  
Procurador de Justiça Antônio Sérgio Tonet

**DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
Procurador de Justiça Edson Ribeiro Baeta

**SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**  
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

**DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL**  
João Paulo de Carvalho Gavidia

**EDITOR RESPONSÁVEL**  
Procurador de Justiça Edson Ribeiro Baeta

**CONSELHO EDITORIAL**  
Promotora de Justiça Ana Letícia Martins de Souza  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Andressa de Oliveira Lanchotti, Pós-Doutora  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Marcos Pereira Anjo Coutinho, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

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

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Universidade de Houston, Estados Unidos)  
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)  
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Prof. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidade de Alcalá, Espanha)  
Prof. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Me. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)  
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidade Nacional Autônoma do México, México)  
Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidade do Museu Social Argentino, Argentina)  
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)  
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor legislativo do Senado Federal, Brasil)  
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior do Centro de Estudos Sociais, Portugal)  
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasil)  
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brasil)  
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidade de Huelva, Espanha)  
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)

Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)  
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)  
Prof. Dr. Luis Maria Desimoni (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)  
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Rede LFG – São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

#### **EDITORACÃO**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Raquel Diniz Guerra

#### **REVISÃO**

Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas Pereira  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Valciene Macedo dos Santos (estágio supervisionado)  
Vinícius Amaral Fernandes (estágio supervisionado)

#### **CAPA**

Rafael de Almeida Borges

#### **PROJETO GRÁFICO**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **DIAGRAMAÇÃO**

Rafael de Almeida Borges

#### **COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC**

Prof. Dr. Adirson Antônio Ramos (Universidade Presidente Antônio Carlos, Brasil)  
Prof. Artur Stamford da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, Brasil)  
Prof. Dr. Berto Igor Caballero Cuellar (Universidade Federal do Piauí, Brasil)  
Prof. Me. Bruno de Oliveira Moura (Universidade de Coimbra, Portugal)  
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Profa. Catarina Abegão Alves (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal)  
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Promotora de Justiça Daniella Maria dos Santos Dias (Ministério Público do Estado do Pará, Brasil)  
Profa. Dra. Francine Rodrigues de Oliveira (Universidade do Minho, Portugal)  
Prof. Dr. Isael José Santana (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Brasil)  
Profa. Dra. Jussara S. A. Borges Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Me. Leonardo Barreto Moreira Alves (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Me. Luciano Sotero Santiago (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos (Universidade Federal do Piauí, Brasil)

# DE JURE

## PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

### ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio Sérgio Tonet

### DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Edson Ribeiro Baeta

### SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

### DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

### CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Edson Ribeiro Baeta

### EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Ana Leticia Martins de Souza  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Marcos Pereira Anjo Coutinho, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

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

Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Universidade de Houston, USA)

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

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaipua, Brazil)

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

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

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, MA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

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

Prof. Eduardo Martinez Alvarez, PhD (Universidad do Museu Social Argentino, Argentina)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)

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

Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior researcher - Centro de Estudos Sociais, Portugal)

Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)

Prof. José Aroudo Mota, PhD (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brazil)

Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brazil)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)



Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)  
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)  
Prof. Luis Maria Desimoni, PhD (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)  
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Rede LFG – São Paulo, Brazil)  
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)  
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)  
Prof. Mário Frota, PhD (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)  
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Vittorio Manes, PhD (Universidade de Salento, Italy)

#### **EDITING**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Raquel Diniz Guerra

#### **PROOF READING**

Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas Pereira  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Valciene Macedo dos Santos (intern)  
Vinícius Amaral Fernandes (intern)

#### **COVER**

Rafael de Almeida Borges

#### **GRAPHIC PROJECT**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **LAYOUT**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRANSLATION**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE**

Prof. Dr. Adirson Antônio Ramos (Universidade Presidente Antônio Carlos, Brazil)  
Prof. Artur Stamford da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, Brazil)  
Prof. Berto Igor Caballero Cuellar, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)  
Prof. Bruno de Oliveira Moura, MA (Universidade de Coimbra, Portugal)  
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Profª. Catarina Abegão Alves (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal)  
Prof. Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)  
Promotora de Justiça Daniella Maria dos Santos Dias (Ministério Público do Estado do Pará, Brazil)  
Prof. Francine Rodrigues de Oliveira, PhD (Universidade do Minho, Portugal)  
Prof. Isael José Santana, PhD (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Brazil)  
Profª. Jussara S. A. Borges Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Leonardo Barreto Moreira Alves, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Luciano Sotero Santiago, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Nelson Juliano Cardoso Matos, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)

# PREFÁCIO

**E**is que chegamos à 34ª edição. Com muita alegria, seguimos firmes no propósito de oferecer artigos que, cuidadosamente selecionados, permitem a continuidade da missão de disseminar conhecimento.

O êxito da Revista De Jure deve-se à participação dos membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, bem como de toda uma vasta comunidade de professores e estudantes que a engrandecem nosso periódico com o envio de artigos.

A De Jure, espaço legítimo de boas ideias, meio e instrumento de disseminação de conhecimento, segue firme sua trajetória doutrinária. Concluímos esta breve apresentação, mantendo nossas portas abertas para novos cadastros no portal da revista.

Por meio do link [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure), interessados nos honrarão cadastrando-se como autores das próximas edições.

Assim é que, orgulhosos deste trabalho conjunto, temos o prazer de apresentar mais esta edição.

**Edson Ribeiro Baeta**

Procurador de Justiça  
Diretor do Centro de Estudos e  
Aperfeiçoamento Funcional do  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

# APRESENTAÇÃO

**A** Revista De Jure chega à sua 34ª edição orgulhosamente empenhada em seguir disponibilizando artigos qualificados para referência doutrinária e consulta.

Tal qual as anteriores, a presente edição apresenta qualificado material, oriundo de experiências e saberes aptos a enriquecer atividades profissionais e acadêmicas.

Para além do cumprimento do respeitável trâmite editorial, a De Jure também se compromete com sua vasta e honrosa comunidade de leitores. Partindo de criteriosa seleção de textos, segue incansável na persecução do objetivo de oferecer qualidade e relevância temática.

Assim é que, sempre empenhada, a De Jure reitera os devidos agradecimentos a seus parceiros leitores e autores, bem como o convite para que estes continuem contribuindo com o valioso envio de artigos. Artigos jurídicos e de áreas correlatas são extremamente bem-vindos.

Boa leitura!

**Antônio Sérgio Tonet**

Procurador-Geral de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

## **BARBARA STATILIA RODRIGUES ALVES**

Pós-graduada em Direito. Instituto Prominas.

## **CARLOS EDUARDO FERNANDES NEVES RIBEIRO**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduado em Ciências Penais. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

## **CLEBER COUTO**

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Coordenador Regional das Promotorias de Justiça da Educação, Infância e Juventude. Coordenador Regional do Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Doutorando em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires, Argentina.

## **FABIANE BARBOSA MARRA**

Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos.

## **HUSTON DARANNY OLIVEIRA**

Servidor do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá, em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva.

## **LARISSA KOVALSKI PENHARBEL**

Acadêmica de Direito da Universidade Estadual de Londrina. Colaboradora do Projeto de Pesquisa Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estagiária da 27<sup>a</sup> Promotoria de Justiça de Londrina.

## **LEANED MATOS HIDALGO**

Ex fiscal. Profesora Asistente Derecho Procesal Penal. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Departamento de Derecho. Universidad de Granma. República de Cuba. Diploma en Formación de Fiscales. Diploma en Derecho Penal. Aspirante en Especialidad de Postgrado en Derecho Penal de la Universidad de Oriente, República de Cuba. Trabajo investigativo resultado del Proyecto “Convencionalidad y Política Criminal”, de la provincia Santiago de Cuba, República de Cuba por el Departamento de Derecho penal y Derecho de Empresas.

## **MARIA DO ROSARIO DE OLIVEIRA CARNEIRO**

Mestranda em Novos Direitos Novos Sujeitos pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Advogada Popular, integrante da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (RENAP). Assessora da Cáritas Regional Minas Gerais pelo Programa Diálogos Comunitários, uma parceria com o CAO-DH do MPMG

## **VICENTE CARDOSO DE FIGUEIREDO**

Associação Brasileira de Auditoria, Gestão de Riscos e Compliance (Abrarc). Advogado. Mestre em Ciências Criminais. Especialista em Direito e Processo Penal. Especialista em Compliance.

# SUMÁRIO

**19 - 83**  
Doutrina  
internacional

**LA EMPRESA ESTATAL COMO  
TERCERO CIVIL A PROPÓSITO DEL  
PERFECCIONAMIENTO DE LOS  
PROCESOS PENALES EN CUBA**

THE PUBLIC ENTERPRISE AS CIVILIAN THIRD TO PURPOSE OF THE  
PERFECTING OF THE CRIMINAL PROCESS IN CUBA

TATIANA MARCELLINI GHERARDI

**84 - 138**  
Artigo

**A CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA  
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO  
COMO “ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL”: COMO  
CRITICAR O QUE NUNCA EXISTIU?**

THE CHARACTERIZATION OF BRAZIL'S PRISON SYSTEM AS AN  
"UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS":  
HOW TO CRITICIZE WHAT HAS NEVER EXISTED?

HUSTON DARANNY OLIVEIRA

**139 - 170**  
Artigo

**A INICIATIVA GLOBAL  
ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL**

THE GLOBAL ANTI-CORRUPTION INITIATIVE IN BRAZIL

VICENTE CARDOSO DE FIGUEIREDO



**171 - 203**

Artigo

**A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES  
JUDICIAIS E O FENÔMENO DO  
CONSEQUENCIALISMO  
UMA ANÁLISE RACIONAL DOS  
CONTORNOS HERMENÊUTICOS  
DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB**

THE MOTIVATION OF JUDICIAL DECISIONS AND THE  
PHENOMENON OF CONSEQUENCIALISM  
A RATIONAL ANALYSIS OF THE HERMENEUTIC CONTOURS OF  
ARTICLES 20 AND 21 OF LINDB

CARLOS EDUARDO FERNANDES NEVES RIBEIRO

**204 - 248**

Artigo

**DEFESA DO PATRIMÔNIO  
PÚBLICO: POSSIBILIDADE DA  
CELEBRAÇÃO DE TERMO DE  
AJUSTAMENTO DE CONDUITA NAS  
HIPÓTESES CONFIGURADORAS DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

DEFENSE OF PUBLIC PATRIMONY: POSSIBILITY OF CONCLUSION  
OF CONDUCT ADJUSTMENT TERM IN THE HYPOTHESES  
CONFIGURATING OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

BARBARA STATÍLIA RODRIGUES ALVES

**249 - 271**

Artigo

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE  
E ILÍCITO FUNCIONAL: UM ESTUDO  
A PARTIR DAS OCUPAÇÕES  
URBANAS NA LUTA POR MORADIA**

SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AND FUNCTIONAL ILLUSION: A  
STUDY FROM URBAN OCCUPATIONS IN THE FIGHT FOR HOUSING

MARIA DO ROSÁRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO

**272 - 308**

Artigo

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL  
PARA TRANSEXUAIS VÍTIMAS DE  
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS FOR TRANSEXUAL VICTIMS OF  
DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE

FABIANE BARBOSA MARRA

**309 - 338**

Artigo

**LIVRE PARA FALAR, OUVIR E  
SORRIR: SOBRE OS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE E A LIBERDADE  
DE EXPRESSÃO**

FREE TO SPEAK, HEAR AND SMILE: RIGHTS OF PERSONALITY AND  
FREEDOM OF EXPRESSION

CLEBER COUTO

**339 - 365**  
Artigo

**O ABANDONO INTELECTUAL EM  
CONTRASTE COM A EDUCAÇÃO  
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

INTELLECTUAL ABANDONMENT IN CONTRAST WITH  
EDUCATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL

**19 - 83**

*Doutrina internacional*

**LA EMPRESA ESTATAL COMO TERCERO CIVIL A  
PROPÓSITO DEL PERFECCIONAMIENTO DE LOS  
PROCESOS PENALES EN CUBA**

LEANED MATOS HIDALGO

# LA EMPRESA ESTATAL COMO TERCERO CIVIL A PROPÓSITO DEL PERFECCIONAMIENTO DE LOS PROCESOS PENALES EN CUBA

THE PUBLIC ENTERPRISE AS CIVILIAN THIRD TO PURPOSE  
OF THE PERFECTING OF THE CRIMINAL PROCESS IN CUBA

LIC. LEANED MATOS HIDALGO<sup>1</sup>

Profesora Asistente Derecho Procesal Penal

Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, República de Cuba

matoshidalgoaned2@gmail.com

Autora convidada

**RESUMEN:** Este artículo aborda los aspectos más generales acerca de la empresa estatal como tercero civil responsable en los procesos penales, identificando las principales limitaciones y las verdaderas posibilidades de intervención de este sujeto en sede penal, debido a que en el proceso de actualización del modelo económico cubano, este sujeto es fundamental en la gestión y desarrollo económico, y persisten varias brechas de impunidad civil por delitos de los agentes, funcionarios, directivos y trabajadores de estas entidades, que no coadyuvan a mejores mecanismos para la realización de su objeto social. En este sentido se hacen coincidir incorrectamente las responsabilidades civil y penal en el sujeto responsable penalmente, aspectos que se discuten en la investigación que se presenta, siendo de vital importancia la contextualización de los cuerpos legales a partir de la nueva constitución, que permitan que la víctima, en la mayoría de estos casos el Estado, obtenga una indemnización directa, segura y rápida por efectos del juzgamiento en un proceso penal. Se utilizan los métodos análisis y síntesis, histórico-lógico, exegético jurídico, teórico jurídico y análisis jurídico comparado.

**PALABRAS CLAVES:** empresa estatal, tercero civilmente responsable, proceso penal, disposiciones normativas, nueva constitución.

**ABSTRACT:** This article relates the general aspects about the public enterprise as civilly responsible third in the penal processes, for what is carried out an identification limitations and the true possibilities of intervention of this fellow in penal matters, because in the process of upgrade of the economic Cuban pattern, this fellow in fundamental in the management and economic development, existing several breaches of the juridical person's civil impunity for the agents' crimes, officials, directive and workers of these entities, that they do not collaborate to better mechanisms for the realization of his corporate purpose. In this sense, they are made coincide the responsibilities civilian incorrectly and penal in the responsible fellow penally, aspects that are discussed in the investigation that shows up, because it is of vital importance the contextualization of the legal bodies, as from de new constitution, that allow that the victim, in most of these cases the State, obtain a direct, sure and quick compensation for effects of the trial in a penal process. The methods analysis and synthesis are used, historical-logical, juridical, theoretical juridical exegetic and juridical compared analysis.

**KEYWORDS:** public enterprise, civilly responsible third, penal process, normative dispositions, new constitution.

---

1 Ex fiscal. Profesora Asistente Derecho Procesal Penal. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Departamento de Derecho. Universidad de Granma. República de Cuba. Diploma en Formación de Fiscales. Diploma en Derecho Penal. Aspirante en Especialidad de Postgrado en Derecho Penal de la Universidad de Oriente, República de Cuba. Trabajo investigativo resultado del Proyecto "Convencionalidad y Política Criminal", de la provincia Santiago de Cuba, República de Cuba por el Departamento de Derecho penal y Derecho de Empresas. Emails: lmatosh@udg.co.cu, leanedmatos88@nauta.cu, matoshidalgoaned2@gmail.com

## **Introducción**

En un proceso penal, que termina con el juzgamiento de los autores y partícipes, determinando el grado de exigencia de la responsabilidad penal, que es evidente por la naturaleza del hecho que se comete, ilícito penal, también, en algunos supuestos, que se encuentran determinados por la ley, se deriva el requerimiento de la responsabilidad civil extracontractual, o como también se le denomina, responsabilidad civil proveniente del delito. En estos casos, existe una obligación de resarcimiento o reparación del daño y perjuicios causados a la víctima del delito o perjudicado.

En este sentido, y que se trae a colación en esta investigación, es que esta responsabilidad civil extracontractual, no sólo alcanza a los criminalmente responsables, sino también a terceras personas que en distintos conceptos pueden venir sometidas a ellas, dentro de los que se encuentra, la persona jurídica, específicamente, en el caso de ser un funcionario o empleado en el cumplimiento de sus funciones el que haya perpetrado el delito, sin el consentimiento ni por orden de la propia entidad.

Visto de esta forma, la responsabilidad civil de la persona jurídica en el proceso penal, no nace directamente del acto delictivo, debido a que, sin tener intervención en la ejecución del delito, ni en ninguna de las formas que integran la responsabilidad criminal, deben responder civilmente, unas veces como principal obligado y otras, subsidiariamente en defecto de los responsables criminalmente, sino en la obligación de seleccionar, capacitar y contratar su personal, así como la de controlar su trabajo.

Aspectos que resultan complejos, para el tribunal en sede penal, como sujeto procesal decisor y director en la relación jurídica procesal, por una parte, el juzgamiento del acusado en el proceso, y por otra la imposición de una sanción a un sujeto procesal por exigencia de responsabilidad civil; así como lo enmarañado que resulta cualquier demostración de responsabilidad a las per-

sonas ficticias, motivos que limitan el ejercicio de la acción conjunta del sujeto activo o acusador y la postulación procesal de la persona jurídica como tercero que responde civilmente.

Además, y, de hecho, una de las motivaciones fundamentales de la actuación de la persona jurídica como tercero civil en el proceso penal, es evitar la victimización secundaria, poniendo al inmolado en el centro del proceso, garantizando una indemnización inmediata por los daños y perjuicios causados.

Ciertamente, existen varios tipos o clasificaciones de las personas jurídicas o ficticias, por lo que sería engorroso hacer cualquier conclusión del asunto sin dedicarse al estudio de una de sus tipologías, en este sentido, la investigación hará referencia, a la empresa estatal cubana, a partir del papel preponderante que tiene como sujeto en la economía del país, por lo que cualquier hecho criminal, en el que la empresa estatal respondiera como tercero civil, sería un fracaso de selección y control primarios de la propia entidad.

En Cuba, se estipula en las normas jurídicas procesales la intervención del tercero civilmente responsable, tanto las personas naturales como las personas jurídicas, pero resulta insuficiente y a la vez contradictoria para muchos profesionales del Derecho la forma en la que vienen reconocidas y tratadas en el proceso penal; debido a que se identifican como acusados civilmente responsables, obviando la naturaleza civil de este sujeto, no se definen los actos procesales que puede realizar dentro del proceso ni los derechos y facultades que le asisten a la persona jurídica como tercero civilmente responsable; criterios que obstaculizan los objetivos anteriormente señalados.

Es por ello, que dentro del proceso de fortalecimiento de la institucionalización en el país, la actualización del modelo económico, el surgimiento de nuevos gestores económicos, el incremento de las inversiones extranjeras, y con ello, el perfeccionamiento

del ordenamiento jurídico, la intervención de la empresa estatal como tercero civilmente responsable en el proceso penal, se hace tema obligado; pues es pertinente la inclusión de modificaciones legislativas, que permitan utilizar coherentemente el principio de economía procesal y satisfacer los intereses materiales de la víctima como perjudicada por el hecho delictivo, aspectos que resultaran de este trabajo.

## **Desarrollo**

### **I. El tercero civilmente responsable en el proceso penal: la persona jurídica.**

#### **1.1. Antecedentes del tercero civil responsable**

La organización judicial en sus inicios con el Derecho Romano fundamentalmente, concebía a través de las fórmulas del sistema de enjuiciar una continuidad de actos que eran responsabilidad exclusivamente del órgano creado al efecto, a pesar de que ponía en conocimiento el hecho cualquier persona de la ciudadela.

En consecuencia, con el sistema acusatorio puro, la víctima ejercitaba la acción penal pero el resto de los actos del proceso eran guiados por aquellos magistrados designados por el Imperio, viéndose la inexistencia del tercero civilmente responsable en cualquiera de sus variantes.

Posteriormente, con el sistema inquisitivo aparece la división en fases, aunque todavía el poder judicial se encontraba en manos de los que ejercían el poder político, por lo que todas las acciones y actos que se realizaban en el proceso, que tenía como finalidad sancionar a una persona responsable de un hecho prohibido, peligroso socialmente y además en contra de los cánones espirituales y morales, eran los mismos sujetos, aquellos que pertenecían a la Iglesia Católica y se nombraban juzgadores de conductas prohibidas y contra los cánones establecidos por la propia Iglesia.



Recuérdese que, en esa etapa primaria, el propio sujeto que recibía la denuncia o anónimo era el encargado de investigar, detener e interrogar al sospechoso para arrancarle su confesión y finalmente dictar su sentencia, y hasta ejecutarla. La estructura organizativa durante el predominio del sistema inquisitivo, si bien generó alguna especialización de funciones y hasta de sujetos, como lo muestra el lejano antecedente del Ministerio Público, surgido en Flandes, en 1163, de lo que después sería la Fiscalía, sin embargo, mantuvo la centralización de esta actividad<sup>2</sup>, y con ello, la quimera de los terceros civilmente responsables, tanto personas naturales como jurídicas.

Con el triunfo de la Revolución Francesa, en 1789, las ideas de la tripartición de poderes y la función de cada órgano estatal se desmontó el sistema inquisitivo que se conocía hasta el momento y se instituyó el sistema acusatorio moderno o mixto que conocemos hoy.

Empero, la actividad judicial fue desarrollando nuevas figuras procesales y al mismo tiempo hizo una determinación de sus funciones, con la instrucción del proceso, la investigación, la policía judicial, los peritos, la parte que formulaba la acusación, los jueces encargados de dictar sentencia y los encargados de la ejecución de estas, los defensores de oficio y otros que intervenían en el proceso que no tenían ningún tipo de denominación, o sea eran simples contribuyentes en la realización del proceso penal.

La intención de participar en un proceso penal por parte de cualquier persona llega a legitimarse con las propias formas de juzgar que establece el poder judicial, encargando a varios sujetos actuaciones en un determinado proceso, es por ello que suelen coincidir en algunos países los sujetos procesales en sede penal, pero en otros las responsabilidades cambian y por tanto el sujeto procesal<sup>3</sup>. De aquí en adelante se estipulan diversas teorías acerca de los suje-

---

<sup>2</sup> Véase BODES TORRES, Jorge Leslie. *Reflexiones sobre las etapas procesales y los sujetos responsables*. Sociedad Mexicana de Criminología. Capítulo Nuevo León, A.C. México. 2008.

<sup>3</sup> Ídem.

tos procesales, convirtiéndose en aquellos que intervienen en algún momento procesal de la persecución penal, es aquí, por primera vez que se comienza a tratar el tema de los terceros civilmente responsables en los procesos penales.

## **1.2. Definición de tercero civil responsable**

La aparición de los terceros civilmente responsables en la legislación española y en la alemana( como terceros en el proceso penal), en la segunda mitad del siglo XIX, redimensionó el proceso penal y la finalidad del mismo, pues la intervención de estos, incluía la rehabilitación de la legalidad infringida y el ejercicio de la justicia penal, al responder el sistema penal, al daño o perjuicio en concreto ante la víctima del hecho delictivo, proporcionando una acumulación de pretensiones y procesos.

Según CLARIA<sup>4</sup>, el tercero civilmente responsable es el sujeto particular y accesorio que por citación o espontáneamente se introduce en el proceso cuando se ejerce en él la acción civil, por afirmarse que conforme al derecho privado ha de responder por el daño causado con el delito que se atribuye al imputado.

MENDOZA<sup>5</sup>, por su parte, conceptualiza a los terceros civilmente responsables como aquellos sobre quien recae la acción resarcitoria en un proceso penal y que tienen la obligación de responder subsidiariamente por el acusado.

En ambos conceptos, no se define la naturaleza del sujeto de derecho o de la persona que puede resultar tercero civilmente responsable en el proceso penal, lo que se debe entender, a partir del

---

4 CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Actualizado por Vázquez Rossi, Jorge E. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1998. p 265.

5 MENDOZA DÍAZ, Juan. *Derecho procesal*. Parte general. Edición Electrónica. La Habana. Cuba. 2014 pp. 338 y 339.

análisis de la legislación civil y penal, sustantiva y adjetiva, que fijan en concreto cuando las personas naturales y jurídicas son obligados como terceros con responsabilidad civil en el proceso penal.

Por tanto, se entiende para la presente, que los terceros civilmente responsables o terceros con responsabilidad civil en el proceso penal, son aquellos sujetos (personas naturales y/o jurídicas) que intervienen en un proceso penal, para responder en cuanto a la responsabilidad civil que se deriva del daño o perjuicio ocasionado por el delito, de forma directa o indirecta.

En este sentido, existen dos grandes grupos dogmáticos, los que asumen una posición restrictiva o estricta y los que asumen una posición extensiva o amplia, acerca de la concepción de este sujeto como procesal para el proceso penal. Véanse algunos ejemplos sobre este preliminar:

### Posición estricta

FAIRÉN<sup>6</sup> hace referencia dentro de los elementos del proceso penal a *“los sujetos como el elemento fundamental y protagónico del proceso, pues estos son los encargados de ejecutar en plazos determinados de tiempo, los actos y acciones que desarrollan y fundamentan, la investigación, las pretensiones de las partes y la decisión respecto al hecho presuntamente delictivo”*.

Según ÁLVAREZ<sup>7</sup> *“el proceso penal se desarrolla por la sucesión de actos procesales de los sujetos procesales, dígase las partes y el tribunal, amén de que otras personas intervengan en el proceso penal. Los actos procesales que conforman el proceso y*

---

6 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios Doctrinales. No. 133. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1992. p. 20.

7 ÁLVAREZ TORRES Y COLS, Osvaldo. *Generalidades del Derecho Procesal*. En: *Compilación de Temas de Derecho Procesal para Estudiantes de Derecho*. Editorial Universitaria. La Habana. Cuba. 2012. p.6.

---

*recaen sobre el objeto del mismo son la acusación, la defensa y la jurisdicción”.*

Estos autores, aclaran que existen personas que intervienen en el proceso penal, pero no alcanzan la categoría de sujetos procesales, criterio que se entiende como contradictorio, pues la legitimación y participación en un proceso penal, parte de la identificación de su status procesal.

ROXIN<sup>8</sup>, por su parte, define los sujetos del proceso penal como *“aquellos, del procedimiento, quienes representan la cara visible del proceso penal, son el imputado y su defensor, la fiscalía, el tribunal y el ofendido. Se habla de esas personas como de los sujetos del proceso porque ellas disponen siempre de derechos autónomos en el procedimiento”.*

Por otra parte, MORAS<sup>9</sup> explica que *“en la actividad constante que implica el proceso, en el que paso a paso, de situación en situación, progresivamente se avanza irretornablemente hacia una meta final que es la sentencia, intervienen personas que, reguladas por la ley formal, tienen a su cargo el cumplimiento de diferentes roles. Así, en torno a éstos, aquéllas se agrupan alrededor de la función de promover, impulsar y demandar penas, todo lo cual constituye la acusación. Frente a ella se nuclea el acusado y las personas que lo asisten. Todo llevado ante el órgano jurisdiccional que es el que decide”.*

En relación al tema, OLIVA<sup>10</sup>, afirma que *“pueden considerarse sujetos procesales aquellos que inciden directamente en la relación jurídica procesal penal, resaltando a los órganos jurisdiccionales”.*

---

8 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editorial Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Argentina. 2000.p. 121.

9 MORAS MOM, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial LexisNexis Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2004. p.42-43.

10 OLIVA SANTOS, Andrés. *Los sujetos del proceso penal*. En: *Derecho Procesal Penal*. Sexta Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

---

Los autores que se afilian a la teoría restrictiva de los sujetos procesales, argumentan en sentido general, que los sujetos procesales dentro del proceso penal son aquellos que intervienen directamente en la relación jurídica procesal penal, el resto de los sujetos que intervienen de una forma u otra en el proceso, son simples contribuyentes al desarrollo de la justicia.

### Posición extensiva

Ahora bien, en cuanto a la idea de concebir solamente a los sujetos procesales según la posición restrictiva, no se podría calificar a los terceros civilmente responsables dentro de los sujetos procesales penales, pues ciertamente estos son parte de una relación jurídica procesal, pero no penal, sino de una relación jurídica procesal civil especial, donde dicha relación jurídica procesal civil es derivada y se desarrolla paralelamente a la relación jurídica procesal penal, donde las partes son la Fiscalía y/o el coadyuvante en representación de la víctima y los intereses estatales (demandante) y el tercero civilmente responsable (demandado).

Otra idea que se maneja en la doctrina<sup>11</sup>, es la de considerar a los terceros civilmente responsables como sujetos procesales para el proceso civil que se desarrolla colateralmente al proceso penal, cuando existe un supuesto de responsabilidad civil de las estipuladas en la legislación civil y penal, pero no sujetos procesales dentro del proceso penal, lo que a nuestro entender sería desacertado, pues estamos hablando de un único proceso y de naturaleza penal, por lo que deben concebirse sujetos procesales para este único proceso los terceros civiles demandados.

Respecto a la concepción amplia o extensiva de los sujetos procesales y la consideración de los terceros civiles demandados como sujetos procesales, se pueden mencionar otros tratadistas, entre

---

11 GALVEZ PUEBLA, Inés. *La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito en Cuba*. Tesis doctoral. Universidad de La Habana. Cuba. 2009; MARIN, J.C. *La acción civil en el nuevo Código Procesal chileno: su tratamiento procesal*. Revista de Estudios de Justicia. Chile. 2005.

ellos, VÁZQUEZ<sup>12</sup>; *“quien asevera que los sujetos procesales son aquellas personas de existencia física que intervienen dentro del proceso y de las cuales emanan actos con relevancia para la investigación, discusión y decisión de la cuestión sometida u objeto procesal, por lo que actúan en el proceso penal conforme a las atribuciones y sujeciones que les asigna la ley para hacer valer, oponer o satisfacer directamente las pretensiones fundamentadas en el objeto procesal. En todo caso debe tratarse de la pretensión penal, y eventualmente en lo civil; pero no puede dejar de ser inmediata la vinculación con el hecho imputado y con la actuación del derecho en lo que a ese hecho respecta”*.

Igualmente este autor refiere la existencia de dos clases de sujetos procesales, los necesarios y los eventuales, siendo los primeros aquellos sin los cuales no puede existir la relación jurídica procesal integrada por la acusación, defensa y decisión, como se advierte tales sujetos aparecen como órganos que concretan los respectivos poderes de acción, defensa y jurisdicción, indispensables para la constitución del proceso penal, derivados además de normas fundamentales que constituyen presupuestos para su actuación.

Por su parte, CARNELUTTI<sup>13</sup> refiere a los sujetos del proceso, aquellos que *“interceden directamente en el proceso, que están sujetos a la naturaleza del hombre. La antropología, sociología criminal, la psicología criminal, la naturaleza del delito y su remedio procesal, son aspectos que definen a las personas que intervienen en la realización del proceso”*.

Igualmente sobre el tema, LEVENNE<sup>14</sup> sitúa como *“personas que actúan en un proceso, a los sujetos procesales, partes y terce-*

---

12 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. El Proceso Penal. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1997. p. 61-61.

13 CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO. Editorial Librería del Foro S. A. Buenos Aires. Argentina. 1994. p. 187-225.

14 LEVENNE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2da edición. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1993. p.227-228.

---

*ros. Los sujetos procesales pueden ser principales y secundarios. Para que la relación procesal se constituya son indispensables los primeros, a saber; el juez, acusador (ministerio público o querellante), y el acusado, a quienes corresponde, respectivamente, las tres funciones de decisión, acusación y defensa”.*

En relación a la distinción de sujetos principales y secundarios distingue a los sujetos secundarios son la parte o actor civil, el civilmente demandado o responsable por el daño resultante del delito, y el civilmente obligado al pago de la multa. Sin los sujetos principales no puede existir la relación procesal; por la ley tienen el poder jurídico de accionar, de resistir o de defenderse y de decidir, o sea, tienen potestad de acusación, de defensa y de jurisdicción; los secundarios pueden intervenir en la relación procesal penal por un interés civil que hacen valer en ella con autorización de la ley. El sujeto pasivo del delito no es sujeto de la relación procesal, ni tampoco parte, salvo que esté facultado a constituirse en parte civil, en cuyo caso será un sujeto secundario.

GIL<sup>15</sup> aprecia que los sujetos principales en el desarrollo de los procesos penales, ante jurisdicción nacional e internacional, *“son aquellos que tienen la obligación de investigar y comprobar el hecho, los que persiguen el castigo para los comisores de los delitos, los que plantean hipótesis contradictorias sobre la ejecución del hecho en defensa del responsable, el responsable y los que deciden sobre las consecuencias de la comisión del delito”*. Coincidiendo con la identificación del tercero civilmente responsable como sujeto procesal.

Además, explica BAUMAN<sup>16</sup> *“que en el proceso penal obran muchos sujetos procesales en posiciones muy diferentes y con muy*

---

15 GIL GIL, Alicia. *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*. Editorial Comares. Granada. España. 2006. p.47-66.

16 BAUMANN, Jurgén. *Derecho procesal penal*. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1986. p.130 y 212-216.

---

*diferentes cometidos. Pueden formarse tres grupos principales: el tribunal y los auxiliares del tribunal como entidad de decisión; los sujetos procesales en la función activa o acusatoria: ministerio público y auxiliares, acusador privado y acusador conjuntos; por último, los sujetos procesales en la función pasiva o parte acusada: imputado y defensor”. No obstante, ofrece una categoría muy particular de sujetos procesales “otros sujetos procesales”, refiriéndose a la asistencia judicial prestada a menores, los testigos, los peritos, autoridades administrativas y los terceros intervinientes.*

Una vez relacionadas las más disímiles posiciones, se considera que los sujetos procesales son todas aquellas personas públicas o privadas, naturales y jurídicas, que intervienen necesaria o eventualmente en el proceso penal, para hacer valer sus pretensiones, a través de una sucesión de actos procesales. Estos sujetos van a ser titulares de los poderes de jurisdicción, acción o defensa, puestos en acto ante la presencia de un concreto objeto procesal penal; acogándose el artículo a la posición extensiva.

### **1.3. Naturaleza y caracteres de la responsabilidad civil exigida al tercero en el proceso penal**

El término de responsabilidad, según el diccionario de la Real Academia, tiene significados diferentes, sin embargo de su popularidad, la palabra responsabilidad, es de origen relativamente reciente<sup>17</sup>, justamente a fines del siglo XVIII.

La responsabilidad civil forma parte integral del derecho civil, se concentra en la teoría del acto ilícito y la teoría del daño y como fuente de las obligaciones se sustenta en el daño ilícito e injusto, bajo la relación ilícito más daño igual a reparación.

---

17 VILLEY, Michel. *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Editor Gherzi. Buenos Aires. Argentina. 1980.p.71.



No obstante que desde épocas inmemorables la legislación positiva y los principios en los que se sustenta la responsabilidad civil, han caminado juntas; a mediados del siglo XIX se advierte un abandono del legislador en el tratamiento del tema. Las normas que regulan la responsabilidad civil son restrictivas, están sujetas a la cláusula general *no hay responsabilidad sin culpa*, dejando fuera toda hipótesis de la responsabilidad civil objetiva, bajo cuya circunstancia el juez se ve impelido a negar toda pretensión en la que no se demuestre la culpa del dañador, tarea difícil, sino imposible para el damnificado. Los cambios operados en el mundo cada vez más tecnificado hicieron que paulatinamente se introduzcan algunas hipótesis típicas de responsabilidad civil objetiva<sup>18</sup>, y en algunas ocasiones la labor interpretativa, de creación y aplicación del Derecho del juez, introdujeron variantes de responsabilidad objetiva.

En la actualidad, la responsabilidad civil, ha tomado dos clasificaciones, fundamentalmente teniendo en cuenta el origen de dicha responsabilidad, éstas son: responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, históricamente tiene su origen en el derecho romano que legisla la contractual en la Ley de las XII Tablas y la extracontractual en la Ley Aquilia<sup>19</sup>, siguiendo estas pautas el Código de Napoleón establece las reglas para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito y el cuasidelito, normas que de modo general han inspirado las legislaciones actuales.

La responsabilidad civil contractual surge del incumplimiento de las obligaciones convenidas por las partes, sin embargo, en

---

18 PIZZA BILBAO, María Antonieta. *La responsabilidad extracontractual hacia un sistema bipolar*. Tesis en opción al grado de Doctora. Cd. Universitaria. San Nicolás de los Garza, Nueva León. México. 2012. p.8.

19 ALTERINI, Atilio Mariano. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1987. p.360.

---

la responsabilidad extracontractual, la obligación de reparar el daño, surge de la violación del deber general *alterum non laedere*, deber que se convierte en obligación de reparar el daño causado a otro.

Por lo que se pueden distinguir ambos tipos de responsabilidad civil en los siguientes aspectos:

1. En la responsabilidad contractual las partes se conocen, en la extracontractual se conocen solo a través del hecho dañoso.
2. En la responsabilidad contractual el deber de no dañar es específico, en la responsabilidad extracontractual es genérico.
3. El fin de la responsabilidad contractual es la ejecución directa de la prestación original o su equivalencia y a los frutos que esta pudo generar, el de la responsabilidad extracontractual es restablecer la vulneración de un derecho.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, ésta se encuentra configurada por los actos u omisiones que sin afectar un vínculo preexistente produce un daño generador de responsabilidad, la que recae sobre quien, fuera de toda relación contractual ha causado por su culpa o a través de la ejecución de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social, un daño en la esfera jurídica de otro sujeto; lo que implica que esa responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino a raíz de la violación del deber de no dañar a otro.

Dos son las especies de responsabilidad extracontractual: la subjetiva y objetiva. La primera, se fundamenta en la culpa, la cual, por ser un elemento psicológico, es de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intensión de dañar o en el obrar con negligencia o descuido; aquí la culpa es esencial y sin ella no hay responsabilidad. La segunda, es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por emplear cosas peligrosas, aun cuando se halla ac-

tuando lícitamente y sin culpa, esta responsabilidad no toma en cuenta la culpa, sino únicamente el elemento objetivo consistente en la comisión del daño al emplear cosas peligrosas.<sup>20</sup>

Esta responsabilidad extracontractual se presenta cuando nace el deber de una persona de indemnizar a otra, producto de la realización de una conducta antijurídica que toma como elemento imprescindible la culpa, la cual se presenta de dos maneras: la negligencia y la imprudencia. La negligencia se manifiesta como el resultado dañoso producido por la omisión por parte de un sujeto de cierta actividad necesaria.<sup>21</sup> En la imprudencia, el sujeto obra de manera precipitada o sin prever la consecuencia en que podría desembocar su acto.

En otras palabras, la responsabilidad extracontractual, es aquella que existe cuando una persona, por sí misma, por medio de otra de la que responde, por una cosa de su propiedad o de que se sirve, causa o provoca un daño a otra persona, respecto a la cual no estaba ligada por un vínculo.

Un caso de responsabilidad extracontractual, es el que puede surgir por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a la misma, así por ejemplos, la conducción de un automóvil y el desarrollo de una actividad industrial.

BUSTAMANTE ALSINA<sup>22</sup>, refiere que dentro del principio de legalidad se exige que para que surja el deber de indemnizar a la víctima ha de requerirse que se establezcan los elementos siguientes: a) La imputabilidad; b) La antijuridicidad, c) el daño, d) relación de causalidad; y, e) la culpabilidad.

---

20 FLORES, Jose Antonio. *La responsabilidad civil en Abstract dentro del proceso penal salvadoreño y su incidencia en la víctima*. Trabajo de investigación para obtener el título de Maestro Judicial. Ciudad Universitaria. San Salvador. El Salvador. 2013.p.32.

21 ROVIRA, Jaime. *El Delito de Lesiones, Lesiones Culposas y su relación con los accidentes de tránsito*. San José. Costa Rica. 2011. p. 189.

22 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 1997.p.85.

---

La imputabilidad, es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión, asumiendo las consecuencias de su obrar. Puntualmente en el orden civil, es la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiones<sup>23</sup>, por lo que se convierte en uno de los elementos esenciales para la existencia de la responsabilidad<sup>24</sup>.

La antijuricidad es la conducta que trasgrede o lesiona cualquier prohibición jurídica o la omisión de una acción debida. Es sinónimo de ilicitud, aunque abarca la violación del deber impuesto contractualmente. Lo antijurídico es contrario a Derecho.

El Daño<sup>25</sup>, es invadir las facultades ajenas, es la lesión de un derecho, en menoscabo al patrimonio de un tercero y el autor de ese menoscabo debe un resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior, lo que implica, que éste sea el punto de referencia de todo el sistema resarcitorio y que conduce a la concepción de la responsabilidad civil y a un sistema de reparación, con independencia de la naturaleza del deber violado que la origina.

La relación de causalidad se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño provocado, lo que indica que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto, lo que debe de probarse, ya que no puede inferirse, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, un hecho el legislador

---

23 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Cuarta Edición corregida. Aumentada. Gaceta Jurídica S.A. Perú.2006. p. 90

24 MOSSET ITURRAPE, Jorge. *Responsabilidad Civil por Daños*. Tomo I Parte General. Editorial RUBINZAL- CALSONI, EDITORES. Buenos Aires. Argentina. 2006. p. 114

25 ROCA, Encarna. *Derecho de Daños*. Editorial Tirand Lo Blanch 3era. Edición. Valencia España. 2000. p. 19

---

infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del Juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.<sup>26</sup>

La prueba del nexo puede ser: 1) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y 2) indirecta, mediante indicios, de convicción lógico indirecto, que requieren de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.

En materia penal la culpabilidad es la consecuencia de establecer todos los elementos de la conducta punible que resulta de un nexo contradictorio entre la voluntad consciente del agente imputable y la obligación que tiene de comportarse de acuerdo con las exigencias de la ley penal; sin embargo, ha de reconocerse, dos formas de culpabilidad, una que es realizada con dolo y la otra con culpa. Se entenderá por culpa, el reproche a una voluntad consciente que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico, donde se actuó con omisión del deber de cuidado que era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y circunstancias en que actuó.

El dolo en el ámbito penal, es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche, lo que implica que el sujeto actúa antijurídicamente, pudiendo y debiendo actuar de otra manera.

En el ámbito civil, el dolo es el resultado típico y antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber objetivo de cuidado, sabedor del hecho y el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio del mundo exterior y con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado.

---

26 GHERSI A., Carlos. *Los nuevos daños, Soluciones Modernas de Reparación*. Editorial Hammurabi, SRL. Buenos Aires. Argentina.2000. p. 270

Ha de señalarse que a los fines del resarcimiento del daño, la culpa en el ámbito civil se aprecia como un criterio muy afinado para no dejar a la víctima sin reparación; en lo penal, existe mayor rigor para valorar las circunstancias constitutivas de la culpa con el propósito de no condenar a un inocente, por lo que la culpa leve impone responsabilidad civil al autor de un daño y por consiguiente, una absolución penal por falta de culpa.<sup>27</sup>

Ahora bien, esta responsabilidad extracontractual puede exigirse al responsable penalmente, pero también terceros, de hecho, se está hablando de que estos terceros civilmente responsables pueden ser personas naturales y personas jurídicas, partiendo del tipo de responsabilidad civil que puede exigirse en el proceso penal, las que son:

### **Responsabilidad civil extracontractual directa del tercero civilmente responsable**

En principio, la responsabilidad civil extracontractual directa, en el caso de que la conducta dañina constituya delito, compete a quienes son responsables penalmente en calidad de autores o partícipes de la conducta punible, de manera que parecería imposible que alguien que no hubiera tomado parte en el delito fuera llamado a responder por un hecho propio. Sin embargo, esta afirmación solo es válida de cara a las personas naturales. En efecto, toda persona natural que sea responsable civilmente con carácter directo por un delito debe ser, en consecuencia, vinculada al proceso para responder penalmente, pero cuando los responsables son personas naturales dependientes de una persona jurídica, ya sea al nivel directivo o al operativo, y su conducta se da en desarrollo del objeto social de esa persona jurídica, se entiende que el ente en cuestión ha actuado a través de sus dependientes, de modo que sus delitos o culpas le son igualmente imputables.

La responsabilidad civil para las personas jurídicas no se rige por el sistema previsto por responsabilidad civil por el hecho de otro

---

27 FLORES, Jose Antonio. Ob.cit. p 45 y 46.

o indirecta, sino que se trata de una responsabilidad civil directa, pues las actuaciones de sus órganos o de sus empleados y funcionarios, realizadas por causa o con ocasión de sus funciones, comprometen en forma directa la responsabilidad del ente moral y no de una manera refleja o indirecta. Esta situación constituye el primer caso de tercero civilmente responsable.

### **Responsabilidad civil extracontractual indirecta del tercero civilmente responsable**

Ese denominado “indirectamente responsable” por el hecho de otro responde en realidad por una falta suya, propia y distinta de la del vigilado o educando. La responsabilidad civil por el hecho ajeno se erige entonces a consecuencia de haber faltado el llamado por ley a responder, al deber jurídico concreto de vigilar, elegir y educar; lo que en el fondo constituye una garantía que ofrece la ley a los damnificados en aras de esa debilidad a que antes se hacía referencia. Ello ha permitido derivar, además, tres requisitos para que surja la responsabilidad civil extracontractual indirecta del tercero<sup>28</sup>: 1) La existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre el civilmente responsable y el directamente responsable. 2) La verificación del deber de cuidado y control que le asiste al civilmente responsable, respecto del directamente responsable y 3) La culpa del directamente responsable en la irrogación del perjuicio.

#### **1.4. La persona jurídica como tercero civilmente responsable**

Se concuerda en determinar que la razón de ser de las personas jurídicas es la existencia de fines que claramente exceden de las posibilidades de las personas naturales o individuales, por ello, fue

---

28 CÓRDOVA ÁNGULO, Miguel. *Anotaciones sobre el tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano*. Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, no. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 57-81.

necesaria la creación de un ente que por medio de la agrupación de voluntades o de patrimonio, logre los fines del desarrollo social.

Existen varias teorías acerca de la naturaleza de la persona jurídica, las que se agrupan en dos grandes grupos: las de ficción y las realistas, aunque existen varias posiciones intermedias. Las teorías de ficción conciben que la capacidad jurídica puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción, tal sujeto es la persona jurídica, capaz de tener patrimonio propio.

Según CAPILLA RONCERO<sup>29</sup>, a propósito de esta teoría, *es una fictio iuris, que quiere indicar que aquella situación, sin ser de una determinada manera en la realidad, merece esa consideración determinada para el ordenamiento jurídico.*

En cuanto a las teorías realistas, rechazan toda ficción y sientan como base que el concepto de persona no coincide con el hombre, sino con el sujeto de derecho, por lo que no se excluye que haya sujetos de derechos que no sean hombres, como es el caso de las personas jurídicas.

Existen igualmente las teorías socialistas, que no se desgastan en explicar si la persona jurídica es una realidad o una ficción, sino que centran su análisis en el Estado como principal sujeto colectivo, aunque no desconocen el resto de las personas jurídicas.

Por lo anteriormente explicado, se esgrimen varios conceptos de lo que se considera persona jurídica, según FERRARA<sup>30</sup> las personas jurídicas son las asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho. Por otra parte para CASTÁN<sup>31</sup>

---

29 CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1993. p. 45

30 FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Editorial Reus. Madrid. España. 1929. p.168.

31 CASTÁN TOBEÑAS, Jose. *Derecho civil común y foral*. Editorial Reus. Madrid. España. 1943. p.396.

---



es la entidad formada para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a la que el derecho objetivo reconoce capacidad para derechos y obligaciones.

Por lo tanto, para la presente, la persona jurídica es la agrupación de personas individuales o patrimonio, reconocida por voluntad estatal en el ordenamiento jurídico como sujeto de derecho y con una estructura orgánica que le permita cumplimentar los fines económicos y sociales para los cuales fue creada.

Para la constitución<sup>32</sup> de la persona jurídica se deben tener en cuenta varios elementos: el patrimonio propio, la unidad orgánica, actuar jurídicamente en nombre propio y la responsabilidad independiente.

Respecto a esta última, implica que la persona jurídica al actuar en el mundo jurídico, adquiere derechos, pero al mismo tiempo obligaciones, las cuales debe cumplir con su patrimonio propio. Es por ello, que la capacidad jurídica que posee la persona jurídica se manifiesta en las sedes: civil (patrimonial, obligacional, extracontractual, contractual, testamentaria), penal, mercantil, laboral, económica, financiera y administrativa.

Resultando del ejercicio de esta capacidad jurídica, los supuestos de responsabilidad por los que viene obligada la persona jurídica. Entre ellas se encuentran la responsabilidad civil, la penal y la comercial.

Respecto a la responsabilidad civil, que es objeto de este trabajo, la persona jurídica responde por los actos realizados por sus agentes, funcionarios o empleados, por lo que siempre sería denominada tercero civilmente responsable en el proceso en

---

32 Existen varios sistemas de constitución de las personas jurídicas, el administrativo, que es aquel según el cual la persona jurídica nace por una decisión estatal que determina la constitución del ente (empresas estatales); el de autorización, según el cual la persona jurídica requiere la autorización de un órgano del Estado (asociaciones) y el normativo sin permiso previo o sistema de concesión, que reconoce como persona jurídica a aquellos entes que se constituyan conforme con el contenido indicado y las condiciones impuestas por la ley (cooperativas de créditos y servicios, de producción agropecuaria).

cuestión, en este caso se trae a colación en la investigación, la responsabilidad civil de la persona jurídica cuando el acto ilícito que comete el agente, funcionario o empleado es de naturaleza penal, y por tanto, los hechos se ventilan en un proceso penal.

En el caso de las personas jurídicas, cuando se les imputa responsabilidad civil directa, estas pueden ser llamadas a responder como terceros civilmente responsables en un proceso penal, única y exclusivamente, por el hecho de sus agentes y nunca por la conducta de terceros ajenos a la misma; igualmente pueden ser convocadas como terceros civilmente responsables, si se les imputa responsabilidad civil indirecta.<sup>33</sup>

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual directa de las personas jurídicas<sup>34</sup>, tiene las siguientes características sustanciales centrales:

1. La culpa de cualquier agente del ente lo compromete, sin importar que se trate de un miembro directivo o ejecutivo de la persona jurídica. Sin embargo, es indispensable que sea un agente o dependiente del ente moral en cuestión que, además, hubiere cometido la culpa en ejercicio de sus funciones.
2. La demostración de la responsabilidad del dependiente es suficiente para acreditar la de la persona jurídica, sin que valga para esta demostrar que fue diligente en la elección o la vigilancia del dependiente. En efecto, no debe perderse de vista que, al ser una manifestación de la responsabilidad directa, se rige por las normas generales y no por los presupuestos de la indirecta o por el hecho ajeno.
3. Por lo anterior, ante la culpa del dependiente, la persona jurídica solo se exonera demostrando que el daño

---

33 CÓRDOVA ÁNGULO, M. Ob. cit.

34 Ídem.

fue causado por un hecho ajeno –caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima. En cuanto al “hecho de un tercero” como causal de exoneración, vale notar acá que las acciones de quienes no son agentes o dependientes de la persona jurídica se entienden como conductas de terceros, pues estos no tienen legitimación para actuar a nombre de la persona jurídica y sus conductas no pueden incorporarse a la voluntad de esta.

4. Existe responsabilidad solidaria entre la persona jurídica y el ejecutor de la conducta dañina, pudiendo aquella repetir contra este.

La actuación del subordinado en el ejercicio de la profesión, la función o el cargo, se puede realizar en la empresa privada o en la función pública; casos en los cuales, los daños causados “en cumplimiento del servicio respectivo” comprometen en la responsabilidad civil de estos entes jurídicos.

Ello no quiere decir, como es lógico, que cualquier actuación de un subordinado que genera daños provoca una responsabilidad civil de la persona jurídica o del Estado, sino que deben concurrir ciertas condiciones. La doctrina civilista ha desarrollado reglas de aplicación similares a la imputación objetiva del Derecho Penal, para establecer la estructura de la culpa extracontractual, algo que dice de la aproximación de la responsabilidad civil “ex delito” a la responsabilidad civil por daño.<sup>35</sup>

Se admite la posibilidad de considerar a la persona jurídica como sujeto civilmente responsable por los daños ocasionados por los delitos cometidos por los subordinados dentro de su establecimiento y en el desempeño de su profesión. Se trata de la responsabilidad civil sobre un delito cometido por una persona distinta

---

35 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, en QUINTERO OLIVARES (DIR.), *Comentarios al nuevo código penal*, Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 549

a la condenada en la sentencia. Ha de resaltarse que tratándose de responsabilidad civil cabe la interpretación analógica, concretamente la regla a fortiori: si el ordenamiento jurídico hace responder civilmente a la persona jurídica por los hechos cometidos por los subordinados, con mayor razón ha de entenderse dentro del grupo de sujetos cuya actuación compromete a la persona jurídica la del propio empresario, el titular de la empresa, el presidente del consejo de administración (coloquialmente conocido como “el dueño”).

En efecto, ha de partirse que, en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea civil, mercantil o administrativa, siempre estamos ante una responsabilidad vicarial (*vicarius labillity*), esto es, es un sujeto quien actúa y otro, la persona jurídica, quien responde. Lo determinante es establecer qué conductas, o más propiamente, el comportamiento de qué sujetos compromete en su responsabilidad a la persona jurídica. Este es un tema, que ha servido de fundamento para sostener que no es admisible la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque ésta es de carácter personal, por consiguiente, no hay identidad entre el sujeto que actúa y el que responde. No obstante, ha de recordarse que, incluso en el ámbito penal se reconocen casos de responsabilidad vicarial, como “el actuar en nombre de otro” y la autoría mediata.

Determinar el comportamiento y, más concretamente, el sujeto que compromete en su responsabilidad a la persona jurídica ha sido resuelto en el ámbito civil con la teoría de la representación: la actuación del representante compromete a la persona jurídica. Ésta solución también ha sido acogida en el ámbito penal con la figura del actuar en nombre de otro, ya antes citada. Las diversas fórmulas del Derecho Comparado de ésta institución, aunque con distintos alcances en el derecho positivo, poseen en común el reconocimiento de la actuación de un sujeto que compromete con su comportamiento a la persona jurídica. Dicho ámbito de sujetos, que en sus primeras regulaciones era un sujeto formal

(el representante legal), ha ido ampliándose a sujetos materiales, esto es, personas que, aunque no posean un reconocimiento jurídico para representar a la persona jurídica, actúan materialmente comprometiéndola y actuando en su beneficio. Es lo que en doctrina se denomina el representante de hecho.<sup>36</sup>

El representante de hecho es la persona que, sin tener autorización ni representación formales de la persona jurídica, actúa de facto en su nombre, comprometiéndole en su actuación a hacer o no hacer, dar o no dar una obligación, y, además, actúa en interés o en beneficio de la persona jurídica. Nótese que dicha persona no tiene un mandato, ni autorización expresa, sino que se trata de cualquier persona que tenga poder de decisión o poder de actuación dentro de la empresa, capaz de obligarla.

Estamos, pues, ante un grupo grande de personas que pueden corresponder a distintas categorías jurídicas, teniendo en cuenta las diversas modalidades de las personas jurídicas: profesionales, directivos, representantes, socios, etc. Como el ámbito de actuación de la empresa es muy amplio, la consideración como ámbito de los sujetos cuya actuación compromete a la persona jurídica, intenta superar las lagunas de punibilidad que consideraciones formales conllevarían, evitando así el abuso del derecho del que es capaz de ejercer la figura de la persona jurídica.

Trasladando esta argumentación al ámbito de la responsabilidad civil que, como se ha dicho es admisible a fortiori, pues si se admite para la actuación del subordinado, con mayor razón ha de admitirse para el directivo que actúa en representación material, quien tiene capacidad de comprometer a la persona jurídica a hacer o no hacer algo y, actúa en beneficio o interés de la persona jurídica.

La afirmación de la responsabilidad civil, como tercero civilmente responsable, de la persona jurídica por delitos cometidos por

---

36 GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona, J.M. Bosch, 1999. p.173.

sus directivos se fundamenta, además, en un principio de justicia material de Derecho Civil, que proviene del Derecho Romano: quien se beneficia de una actividad responde también por los daños que ella cause. Últimamente se sigue más la teoría del riesgo, importada de Alemania, como fundamento de quién debe responder frente a los daños causados. MEINI la ha explicado bien: “quien se organiza para realizar una determinada actividad económica (y, en general cualquier actividad) en cuya virtud despliega cursos causales de riesgo, así como hace suyos los beneficios que se obtienen por la explotación de la referida actividad, debe hacer suyos también los perjuicios”<sup>37</sup>. Nótese que esta fundamentación es para argumentar la posición de garante de los directivos respecto a los delitos cometidos por sus subordinados, a los efectos de afirmar la responsabilidad penal en comisión por omisión. Nuevamente, con mayor razón, servirá para afirmar la responsabilidad civil de la propia empresa, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometido por los directivos.

Una vez establecidos los fundamentos de la responsabilidad civil de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, es menester señalar cuáles requisitos deben de tenerse en cuenta para establecer dicha responsabilidad, los cuales se plantean por ZUÑIGA RODRÍGUEZ<sup>38</sup> de la siguiente forma:

La responsabilidad civil de la persona jurídica por el delito cometido por su directivo se fundamenta en la finalidad de reparación de daño causado, es decir en la existencia de un daño causado por el delito, que, no obstante, su carácter civil, ha de reconocerse que esta consecuencia jurídica del delito se inscribe dentro de una condena penal, desplegando una serie de efectos aledaños a la sanción penal.

Actuar en beneficio o interés de la persona jurídica. Requisito que sirve para distinguir la criminalidad desde la empresa, cuan-

---

37 MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.313.

38 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *A propósito de la responsabilidad civil de la persona jurídica por delito*. Tomado de [http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_54.pdf](http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_54.pdf). Consultado 5 de octubre de 2016, 1:00pm.

do esta es un instrumento para la comisión de delitos, de la criminalidad de los managers o delitos societarios en la que los directivos actúan en su propio beneficio.

Proporcionalidad de la consecuencia jurídica. Éste es un principio que rige toda restricción de derechos por parte del Estado. La fijación del monto de la reparación civil no escapa a dicha regla. El juez debe fijar la reparación civil en proporción al daño causado, en primer lugar, y, en segundo lugar, a la capacidad económica de los sujetos imputables. Esta ponderación, nuevamente, ha de tenerse en cuenta no sólo en relación del patrimonio del autor, sino también de la persona jurídica.

Otro aspecto a considerar en cuanto a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, es la configuración de un Derecho penal de personas jurídicas como una tercera vía, esta tercera vía consistiría en establecer unas “medidas penales contra personas jurídicas” como unas “formas distintas de actuación del derecho penal”<sup>39</sup>, y pasando primeramente por la posibilidad de exigir a la persona jurídica, la responsabilidad administrativa, luego la civil como tercero y por último la responsabilidad penal. Por cuanto, sería una posibilidad nueva para considerar la responsabilidad civil del tercero en un proceso penal.

## **II. Un análisis necesario desde la normativa procesal de Latinoamérica**

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica<sup>40</sup>, es un instrumento procesal que regula los actos y acciones del proceso

---

39 GRACIA MARTÍN, Luis. *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2016, núm. 18-05, pp. 1-95. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 18-05 (2016), 27 ene].

40 *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. Tomado de [http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP\\_C%C3%B3digo\\_Procesal\\_Penal\\_Modelo\\_Iberoam%C3%A9rica.pdf](http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_C%C3%B3digo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoam%C3%A9rica.pdf). Consultado el 5 enero de 2017, 10:00am.

penal y que sirve de base legal para las reformas procesales en América. La mayoría de los países de Iberoamérica y Latinoamérica, estipulan en sus legislaciones internas las mismas instituciones procesales que este código, lo que determina la importancia de su vigencia en el contexto americano.

En relación al tratamiento legal de los terceros civilmente responsables, específicamente el de la persona jurídica, hace referencia en su artículo 97 segundo párrafo a los demandados civilmente, especificando que se puede ejercitar la acción civil contra quien, por previsión directa de la ley civil, responde por el daño que el imputado hubiere causado con el hecho punible, además en sus artículos 100-107 hace referencia a todos los particulares de los terceros civilmente responsables, sin hacer alusión a sus tipos, pero insistiendo en que esta exigencia debe hacerse en el proceso penal a tenor con lo preceptuado en su legislación civil.<sup>41</sup> Igualmente, es relevante señalar, que se refiere al tercero

---

41 Sección 3ª

Tercero civilmente demandado

100. Intervención forzosa. Quien ejerza la acción reparatoria podrá solicitar la citación de la persona que, por previsión directa de la ley civil, responda por el daño que el imputado hubiere causado con el hecho punible, a fin de que intervenga en el procedimiento como demandada.

La instancia deberá ser formulada en la forma y en la oportunidad previstas por los arts. 94 y 95, con indicación del nombre y domicilio real del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

101. Decisión sobre la instancia. El juez de la instrucción decidirá sobre la instancia; si la acoge mandará notificar al tercero civilmente demandado, para que intervenga en el procedimiento, con copia del requerimiento, indicando el nombre y el domicilio del actor civil y del citado y el proceso al cual se refiere. Anoticiará también al ministerio público.

102. Valor de la citación. La falta de comparecencia del citado o su inasistencia a los actos no suspenderá el trámite, que continuará como si él estuviera presente, pudiendo intervenir en cualquier momento del procedimiento. Si hubiere sido citado por notificación pública y no compareciere, se le nombrará de oficio un defensor, hasta que comparezca.

Cuando la citación adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del tercero civilmente demandado, restringiéndole la audiencia o la prueba, en miras a la sentencia, carecerá de valor. Si la omisión o el error se advirtiere antes de la oportunidad prevista por el art. 270, podrá corregirse inmediatamente, aun de oficio. La omisión o el error no influirán en la marcha del procedimiento penal, ni impedirá el ejercicio ulterior de la acción por la vía del procedimiento civil.

103. Intervención espontánea. Cuando en el procedimiento se ejerza la acción reparatoria, el tercero que pueda ser civilmente demandado tendrá derecho a intervenir en el procedimiento, constituyéndose voluntariamente en él.



civilmente responsable que se ha definido en páginas anteriores, como tercero civil demandado, pues distingue este último del primero en que el imputado del proceso puede ser civil responsable, por lo que el término adecuado según el Código Procesal Modelo sería *tercero civil demandado*.

Independientemente que la persona jurídica como tercero civilmente responsable no se conceptualice, si hace alusión al modo en que será su intervención, y a los requisitos para ejercitar en el proceso la acción civil en el artículo 94<sup>42</sup>. Una cuestión que resulta interesante en este sentido, es que el actor civil no tendrá la facultad de oponerse a la intervención del tercero civilmente responsable cuando esta es de manera espontánea.

Igualmente regula este código, que, al tercero civilmente responsable, de forma general, o sea, tanto a la persona natural como jurídica, le corresponden los mismos derechos del imputado para su defensa, solo en lo concerniente a sus intereses civiles.

---

La instancia de participación cumplirá los requisitos del art. 94, en cuanto sea aplicable, y será admisible hasta la oportunidad prevista en el art. 95.

104. Decisión sobre la instancia. Rigen los arts. 94, último párrafo, y 98, analógicamente. El actor civil no tendrá la facultad de oponerse a la intervención del tercero civilmente responsable, si hubiere pedido su citación. El tercero citado forzosamente como civilmente responsable podrá oponerse a su citación.

105. Exclusión. La exclusión, el desistimiento o el abandono del actor civil, hará cesar la intervención del tercero civilmente demandado.

106. Facultades. El tercero civilmente demandado gozará, desde su intervención en el procedimiento, de todas las facultades concedidas al imputado para su defensa, sólo en lo concerniente a sus intereses civiles.

La intervención como tercero no exime, por sí misma, del deber de declarar como testigo.

107. Representación. Rigen las reglas del art. 93, análogamente.

42 Artículo 94. Instancia. La instancia de constitución se deberá formular, personalmente o por mandatario, en un escrito que contenga:

- 1) nombres y apellidos del accionante y, en su caso, de su representante;
  - 2) domicilio real y legal de ambos, si lo tuvieran;
  - 3) el número del documento nacional de identidad, o, en caso de que no lo tuvieran, cualquier otro documento nacional o extranjero que sirva para identificarlos, lugar y fecha de su nacimiento y el nombre de sus padres;
  - 4) en el caso de entes colectivos, la razón y el domicilio social y el nombre de las personas que lo dirigen;
  - 5) el domicilio especial que fijan para el procedimiento;
-

Por otra parte, añade esta legislación que la exclusión del actor civil o el desistimiento de su acción, hacen cesar la intervención del tercero civilmente demandado y no podrá posteriormente intentar cualquier acción en contra de aquel.

## **El Salvador**

El Código Procesal del Salvador, vigente desde 1996, modificado en el 2008 y en el 2009<sup>43</sup>, además de disponer todo lo referente a la acción penal, también hace alusión claramente a la acción civil a partir del artículo 42<sup>44</sup>, donde establece que esta será ejercitada, por regla general, dentro del proceso penal, contra los autores y partícipes del delito, y en su caso contra el civilmente responsable. También conceptualiza brevemente lo que debe considerarse para esta legislación el *civilmente responsable*, aunque sea una norma de reenvío, al remitirse para su complementación al Código Penal, donde aparece la persona jurídica como tercero civilmente responsable.

La persona jurídica, para solicitar su intervención voluntaria, como tercero civilmente responsable, indicará su denominación, razón social, domicilio, el documento que legitime su constitución y las generales del representante legal. La solicitud contendrá además el vínculo jurídico del responsable civil con el hecho atribuido al imputado.

En relación a los derechos que le asisten, a este sujeto procesal, admitido como parte tendrá los mismos derechos y facultades de

---

43 Tomado de <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/...de.../codigo-procesal-penal>. Consultado el 5 de enero de 2017, 3:00pm.

44 Art. 42.- La acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.

Civilmente responsable será la persona que de acuerdo con el Código Penal deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados por el delito.

las que goza el imputado respecto a la defensa de sus intereses civiles en los que fuere aplicable.<sup>45</sup>

## **Perú**

Su legislación procesal actual, entró en vigor progresivamente en todos los distritos desde julio de 2006<sup>46</sup>, a partir de la defensa de la Constitución Política de Perú y de acuerdo con las nuevas tendencias del proceso penal.

En este código procesal, el tercero civilmente responsable se estipula a partir del artículo 111<sup>47</sup>, pues describe que toda persona que tenga responsabilidad civil por las consecuencias del delito, puede ser parte en el proceso penal indicando posteriormente el tránsito correspondiente.

Esta ley procesal en cuanto a derechos y garantías de los mismos, establece que el tercero civil, incluyendo a la persona jurídica<sup>48</sup>,

---

45 Art. 126.- El responsable o el demandado civil admitido como parte tendrá los mismos derechos y facultades de las que goza el imputado respecto de la defensa de sus intereses civiles, en lo que fuere aplicable. La intervención como tercero no le exime de su deber de rendir testimonio.

La exclusión del actor civil o el desistimiento de la pretensión incoada, hará cesar la intervención del responsable o del demandado civil.

46 Tomado de [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_per\\_dl957.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_dl957.pdf). Consultado el 13 de febrero de 2017, 9:00am.

47 Artículo 111 Citación a personas que tengan responsabilidad civil. -

1. Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil.

2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100 - 102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado

48 Artículo 113 Derechos y garantías del tercero civil. - 1. El tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado. 2. Su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, quedando obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia. 3. El asegurador podrá ser llamado como tercero civilmente responsable, si éste ha sido contratado para responder por la responsabilidad civil.

---

en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y garantías que este código concede al imputado<sup>49</sup>, refiriéndose a derecho a la defensa técnica, a la participación en algunas diligencias de investigación, posibilidad de impugnación de las sentencias, entre otros.

## **República Dominicana**

La ley procesal<sup>50</sup> regula los sujetos procesales a partir del Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Primero, así como el tercero civilmente responsable que es la persona que debe responder al daño que el imputado provoque con el actuar delictivo y respecto de la cual se plantea una acción civil resarcitoria, lo cual deja claramente la perspectiva de la persona jurídica<sup>51</sup>.

---

49 Artículo 71 Derechos del imputado.

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;

d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

50 Tomado de [http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/codigos/Codigo\\_Procesal\\_Penal.pdf](http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/codigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf). Consultado el 15 de febrero de 2017, 10:00am.

51 Art. 126.- Tercero civilmente demandado. Es tercero civilmente demandado la persona que, por previsión legal o relación contractual, deba responder por el daño que el imputado provoque con el hecho punible y respecto de la cual se plantee una acción civil resarcitoria.

Desde su intervención en el procedimiento, la persona jurídica como tercero civilmente responsable goza de las mismas facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles, además debe actuar con el patrocinio de un abogado y puede recurrir contra la sentencia que declare su responsabilidad aplicable las reglas sobre oposición a la participación del actor civil.

En cuanto a su participación como testigo, no lo exime de esta obligación de declarar como testigo, el hecho de ser tercero civilmente responsable, por lo que coincidentemente con lo establecido en otras leyes procesales.

## **Guatemala**

Su Código Procesal Penal<sup>52</sup> señala lo referente a la acción civil a partir del artículo 124<sup>53</sup>. El tercero civilmente responsable es reconocido como sujeto procesal a partir del artículo 135, en el cual se señala la intervención forzosa, indicando todo lo necesario para su solicitud y posteriormente resalta la intervención espontánea, en la cual la persona jurídica como tercero civilmente responsable tendrá derecho a intervenir en el proceso, instando su participación.

En relación a las facultades establecidas para este, gozará de las necesarias para su defensa en lo concerniente a “*sus intereses civiles*”.

---

52 Tomado de <http://www.oas.org/.../Guatemala/.../Codigo%20Procesal%20Penal%20Guatemalteco>. Consultado el 16 de febrero de 2017, 11:00am.

53 Artículo 124. (Carácter accesorio y excepciones). En el procedimiento penal, la acción reparadora. Sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Se suspenderá también su ejercicio hasta que la persecución penal continúe, salvo el derecho del interesado de promover la demanda civil ante los tribunales competentes. Sin embargo, después del debate, la sentencia que absuelva al acusado o acoja una causa extintiva de la persecución penal, deberá resolver también la cuestión civil válidamente introducida.

## **Costa Rica**

El Código Procesal Penal de Costa Rica<sup>54</sup>, entró en vigor en enero de 1998, modificado en el 2009, entre otros aspectos por el aseguramiento de los sujetos que intervenían en el proceso penal y por el logro de la satisfacción material de la víctima del hecho delictivo.

Igualmente es propio de esta legislación, conceptualizar al tercero civilmente responsable, aunque emplea otra terminología, el sujeto sigue siendo el mismo, técnica retomada del Código Procesal Modelo. Aunque se deja entrever la posibilidad de la persona jurídica para acudir como tercero civilmente responsable al proceso penal.

El demandado civil podrá intervenir en el proceso de forma espontánea, solicitando su intervención, ejerciendo la acción civil resarcitoria. La intervención será comunicada a las partes y a sus defensores.

La falta de comparecencia del demandado civil o su inasistencia a los actos, no suspenderá el trámite, que continuará como si él estuviera presente, así como la exclusión del actor civil o el desistimiento de su acción, cesará la intervención del tercero civilmente responsable.

Por otra parte, la intervención como tercero no le exime de su deber de declarar como testigo, por lo que su testimonio se convierte en obligatorio y podrá recurrir contra la sentencia que declare su responsabilidad.

## **Argentina**

El Código Procesal Penal de Argentina<sup>55</sup> regula lo referente al tercero civil demandado como sujeto procesal, a partir del artículo

---

54 Tomado de [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp\\_cri-int-text-cpp.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.pdf). Consultado el 20 de febrero de 2017, 1:00pm.

55 Tomado de [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Procesal\\_Penal\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf). Consultado el 24 de febrero de 2017, 2:00pm.

97<sup>56</sup> al resaltar que le corresponde a este la acción resarcitoria, estableciendo además los datos necesarios que incorporará en la solicitud de su intervención.

Resulta necesario destacar que este código no establece lo concerniente a los derechos y facultades, así como garantías del tercero civilmente responsable, y menos de la persona jurídica en este status, independientemente de ser un sujeto procesal, por lo que se ha de inferir que le corresponden los mismos derechos del imputado para su defensa, solo en lo concerniente a sus intereses civiles, al igual que el resto de la normativa analizada.

## **1.1 Aspectos en común**

Teniendo en cuenta los aspectos relacionados de la legislación procesal penal de los países de Latinoamérica, que continúan lo estipulado en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y las nuevas tendencias del proceso penal, se puede resumir que:

- la participación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, está implícitamente reconocida en todos los cuerpos legales.
- se utilizan como normas supletorias, en el proceso, las sustantivas civiles y penales, pues lo indica la legislación procesal penal.
- se denominan conceptualmente los terceros civilmente responsables en las normas jurídicas procesales de la rama penal.
- se estipulan expresamente cuáles son los derechos, garantías, facultades y actos procesales que puede ejecutar

---

56 Art. 97. - Las personas que según la ley civil respondan por el imputado del daño que cause el delito podrán ser citadas para que intervengan en el proceso, a solicitud de quien ejerza la acción resarcitoria quien, en su escrito, expresará el nombre y el domicilio del demandado y los motivos en que funda su acción.

el tercero civilmente responsable, incluyendo a la persona jurídica. Ejemplo de ello:

- los derechos coinciden con los del imputado, derecho a la defensa técnica y material, participación de diligencias de investigación, interposición de recursos procesales.
- se establece como obligación el deber de declarar como testigo, además de ser parte civil.
- se estipula la facultad del actor civil dentro del proceso penal, de exigir la responsabilidad civil al tercero, aunque fuese una persona jurídica, independientemente del sujeto que establece la acción penal.
- se instituye la posibilidad de desistimiento del actor civil e imputado en el proceso, respecto al tercero civil demandado, aunque fuese una persona jurídica.

De forma concreta se reconocen las siguientes facultades:

Facultades para la Instrucción:

- Ser parte civil en el proceso cuando es parte el procesado penalmente.
- Participar en las acciones de instrucción/ investigación para el esclarecimiento del hecho.
- Podrá solicitar durante el sumario todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables, debiendo estarse a lo que el instructor, fiscal o Juez de instrucción resuelva.
- Podrá declarar como tercero civil responsable o como testigo dentro del proceso.



### Facultades para Fase Intermedia y de Juicio Oral:

- Solicitar su intervención en el proceso cuando pueda ser civilmente demandado y se ejerza la acción civil resarcitoria.
- Debe de participar con el patrocinio de un abogado.
- Puede acogerse al derecho de no autoincriminación.
- Puede ser parte civil y testigo para alguna de las partes penales.
- Participar mediante su abogado en la práctica de medios de prueba.
- Rendir informe final en juicio mediante abogado, sobre el concepto de la Responsabilidad civil.

## **III. La empresa estatal cubana como tercero civilmente responsable en los procesos penales**

### **3.1. Antecedentes normativos de la participación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en Cuba**

Durante la colonia, en el país rigió mediante el Real Decreto de 23 de mayo de 1879, el Código Penal español de 1870, donde se regulaba la determinación de la responsabilidad civil dentro del proceso penal, como una forma directa para satisfacer en el proceso el interés material de la víctima del delito, además de extrapolar las costumbres europeas a la Isla.

Este antecedente, en principio, sentó las bases para que cuando se promulgara el Código de Defensa Social en 1936<sup>57</sup> y desde su

---

57 G.O.Extraordinaria.No.108 de fecha 11 de abril de 1936.

entrada en vigor en 1938, se decidiera continuar ofreciendo el mismo tratamiento a la responsabilidad civil<sup>58</sup>, solo se estableció una nueva modalidad para hacer efectiva la referida institución, que fue la conocida Caja de Resarcimiento, la que estuvo regida por varias normativas<sup>59</sup>, no obstante, constituyó un órgano intermedio entre la víctima y su victimario.

Respecto a los terceros civilmente responsables, son igualmente reconocidos expresamente en el Código de Defensa Social, como una institución importante en cuanto al logro del interés del perjudicado por el delito, cuando no fuese el acusado responsable civil, igualmente se hace mención a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, en casos de responsabilidad civil extracontractual directa.<sup>60</sup>

Con las modificaciones que tienen lugar en nuestro país después de 1959, se hace necesario atemperar la legislación vigente, en este sentido se realizan varias modificaciones al Código de Defensa Social, hasta que el 15 de febrero de 1979 comienza a regir la Ley 21<sup>61</sup> que fue el nuevo Código Penal, el primero de la etapa revolucionaria, que siguió los mismos pasos de las dos normas anteriores, así en su Libro I, Título X, Capítulo I, II y III reguló lo referido a la responsabilidad civil proveniente del delito. *Este código mantuvo en su artículo 70 que... "el responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios cau-*

---

58 Este cuerpo legal estableció la responsabilidad civil derivada de delito, en el Libro I, Título VI, desde el Capítulo I hasta el V, estipulando en su artículo 110 que "todo hecho sancionable lleva consigo la responsabilidad civil".

59 Ver más acerca de la Caja de Resarcimiento en: MENDOZA PÉREZ, Juan Carlos; CASTILLO TORRES, Elayne y HECHAVARRÍA CASTILLO, Richard. *La responsabilidad civil: la verdadera semántica de la Caja de Resarcimientos*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016. ISSN 0075-7411.

60 Ver más en GOITE PIERRE, Mayda; MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna. *La responsabilidad civil derivada del delito en Cuba: una institución entre dos normas*. En: AA.CC. "Comentarios a Leyes penales cubanas". Editorial UNIJURIS. La Habana. 2014. ps.295-296.

61 Ley 21 de 1979, Código Penal. G.O. Ordinaria No.3 de fecha 1 de marzo de 1979.

---

---

*sados por el delito. El Tribunal que conoce del delito declara las responsabilidades civiles y su extensión...*<sup>62</sup>

Dedica un capítulo a la responsabilidad civil de los terceros y otro a la ejecución de las obligaciones civiles provenientes del delito, donde mantiene a la persona jurídica como un tipo de tercero civilmente responsable en su artículo 71.<sup>63</sup>

Por su parte, la legislación adjetiva, durante el dominio español, se vio descrita por una imposición a la Isla de todas las normas legales acerca del proceso penal, la cual encontró su primer fundamento del sistema mixto, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de septiembre del año 1882<sup>64</sup>, la que se hizo extensiva a Cuba, por

---

62 AGUILERA DE LA PAZ, Enrique. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Reus (S.A). 1924.

## 63 CAPITULO II

### DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS

#### ARTÍCULO 71.- 1. Son responsables civilmente:

a) los órganos y organismos del Estado, las empresas, las cooperativas y cualquier otra entidad económica que disponga de patrimonio, por los delitos que cometan sus funcionarios, empleados o miembros, en el ejercicio legítimo de sus cargos y sean declarados, por ello, exentos de responsabilidad penal;

b) los padres o guardadores legales, por los delitos cometidos por las personas que estén a su abrigo y sean menores de 16 años o enajenados mentales, siempre que los hechos puedan ser atribuidos al incumplimiento del deber de vigilancia que les incumbe;

c) los que hayan obtenido un beneficio del acto realizado en estado de necesidad, en proporción adecuada;

ch) los que hayan ocasionado el miedo insuperable en el caso previsto en el artículo 26.

2. Son responsables cívicamente, en defecto de los que lo sean penalmente;

a) los órganos y organismos del Estado, las empresas, las organizaciones económicas estatales, las cooperativas y cualquier otra entidad económica, en caso de delitos cometidos por los funcionarios públicos, sus empleados o dependientes, en el ejercicio de los actos propios de su cargo;

b) las organizaciones económicas que operan hoteles, casa de huéspedes, albergues u otros establecimientos análogos, en relación con las sustracciones de bienes de que sean víctimas los huéspedes, y siempre que éstos hayan cumplido las disposiciones que regulan la custodia y vigilancia de dichos bienes;

c) las organizaciones económicas que operan vehículos de cualquier clase destinados al transporte de personas y cosas, con motivo de los delitos cometidos por sus conductores en ocasión de la prestación de dicho servicio;

ch) las entidades y personas privadas por los delitos cometidos por su empleador en el ejercicio de sus funciones.

64 Tomada de: <https://searchworks.stanford.edu/view/9948868>. Consultado el 22 de abril de 2017. 2:00pm.

Real Decreto de 19 de octubre de 1888 y comenzó a regir el 1ro de enero de 1889.

Esta ley, en materia de exigencia de responsabilidad civil en el proceso penal, en su Título IV *De las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas*, prescribió la posibilidad del ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios, resultantes de la comisión del delito, además de identificar al sujeto responsable del ejercicio de dicha acción<sup>65</sup>.

Además, esta Ley de Enjuiciamiento Criminal, refirió en su Título X *De la responsabilidad civil de terceras personas*, todo el contenido de la obligación en el proceso penal del tercero civilmente responsable, afiliándose en este sentido a la posición *numerus clausus* del Código Penal, pues remite a este para la definición de tipos de terceros civilmente responsables en el proceso; no obstante fue poco profunda la técnica de reacción de texto legal respecto a estos últimos, porque en el caso de las personas jurídicas, se deben tener en cuenta otros factores como domicilio, objeto social, patrimonio, a diferencia de las personas naturales.

Otros derechos normados en esta legislación española aplicada en Cuba, fue la solicitud de retención de las piezas de convicción, cuando el dueño fuese conocido, hasta tanto se ejercitase la acción civil, la contestación en forma de escrito de defensa y proposición de pruebas, una vez requeridos por el Tribunal con la entrega del escrito de acusación, asistencia o no al acto de juicio oral y la interposición de recursos procesales.

En cuanto a la contextualización del ordenamiento jurídico al proceso revolucionario cubano, se promulgó la primera ley de

---

65 Artículo 100. De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

Artículo 112. Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

procedimiento penal revolucionaria, la Ley 1251 de junio de 1973<sup>66</sup>, la cual establecía los principios procesales socialistas y fue resultado del trabajo de las Comisiones de Estudios Jurídicos, creadas en abril de 1968<sup>67</sup>; en esta la persona jurídica como tercero civilmente responsable fue regulada de manera similar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con el proceso de institucionalización del país, en 1975, tiene lugar el Primer Congreso del Partido Comunista, que delimitó la plataforma política del Estado Socialista y se promulga la Constitución en 1976, donde se conforman normativamente los elementos del sistema político socialista cubano.<sup>68</sup> La promulgación de la Constitución implicó que varias de las normas fueran derogadas, para ajustarlas a lo que se derivaba del texto constitucional, entre ellas la Ley de Procedimiento Penal, y se promulgó, la actual Ley No. 5, del 13 de agosto de 1977, de Procedimiento Penal; en la que se mantiene el reconocimiento de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, aún en la más reciente modificación realizada por el Decreto-Ley 310 de mayo de 2013, que entró en vigor en octubre del mismo año.

Siendo así, la entrada en vigor de la Ley 62 el 30 de abril de 1988, actual Código Penal cubano, dejó de consignar expresamente todo el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, y pasa a ser estipulada solamente en la legislación civil, realizando una extensión para su aplicación como normas supletorias, convirtiéndose igualmente en una norma de reenvío, el cuerpo legal civil para la Ley de Procedimiento Penal.

---

66 Ley 1251 de 1973, Ley de Procedimiento Penal. G.O. de fecha 25 de junio de 1973.

67 FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A. *El Derecho Procesal Penal. Concepto y naturaleza del proceso penal. Evolución histórica. Los sistemas de enjuiciar*. En: AA.C.C. "Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Editorial Félix Varela. La Habana. 2002. p.20.

68 MENDOZA DÍAS, Juan. Ob.cit. p.44.

### 3.2. Normativa actual.

#### Constitución de la República

Las pautas valorativas de cualquier análisis en este sentido, deben de partir del texto constitucional<sup>69</sup>, en el cual se estipula a partir de su artículo 26 lo concerniente a las empresas estatales como principal sujeto económico<sup>70</sup>, que podría ser persona jurídica a responder como tercero en un proceso penal, a partir de todos los aspectos que han sido relacionados, igualmente en sus artículos 94 y 95<sup>71</sup> hace referencia al debido proceso como derecho de todos los ciudadanos, respaldando el derecho de ser resarcido o indemnizado por daños y perjuicios ocasionados por un delito.

---

69 Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 5 de fecha 10 de abril de 2019.

70 ARTÍCULO 26. El Estado crea y organiza entidades empresariales estatales con el objetivo de desarrollar actividades económicas de producción y prestación de servicios. Estas entidades responden de las obligaciones contraídas con su patrimonio, en correspondencia con los límites que determine la ley. El Estado no responde de las obligaciones contraídas por las entidades empresariales estatales y estas tampoco responden de las de aquel.

ARTÍCULO 27. La empresa estatal socialista es el sujeto principal de la economía nacional. Dispone de autonomía en su administración y gestión; desempeña el papel principal en la producción de bienes y servicios y cumple con sus responsabilidades sociales. La ley regula los principios de organización y funcionamiento de la empresa estatal socialista.

71 ARTÍCULO 94. Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes: a) disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte; b) recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene; c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido; d) acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda; e) no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal; f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan; g) tener un proceso sin dilaciones indebidas, y h) obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba.

ARTÍCULO 95. En el proceso penal las personas tienen, además, las siguientes garantías: a) no ser privada de libertad sino por autoridad competente y por el tiempo legalmente establecido; b) disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso; c) que se le presuma inocente hasta tanto se dicte sentencia firme en su contra; d) ser tratada con respeto a su dignidad e integridad física, psíquica y moral, y a no ser víctima de violencia y coacción de clase alguna para forzarla a declarar; e) no declarar contra sí misma, su cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; f) ser informada sobre la imputación en su contra; g) ser juzgada por un tribunal preestablecido legalmente y en virtud de leyes anteriores al delito; h) comunicarse con sus familiares o personas allegadas, con inmediatez, en caso de ser detenida o arrestada; si se tratara de extranjeros se procede a la notificación consular, y i) de resultar víctima, a disfrutar de protección para el ejercicio de sus derechos.

## Código Civil

El Código Civil cubano, al referirse a los terceros civilmente responsables, no lo hace desde esa definición, sino acerca de la *Responsabilidad de las personas naturales y Responsabilidad de las personas jurídicas*, en la sección tercera y cuarta respectivamente del Capítulo IV *Actos Ilícitos*.<sup>72</sup>

Las personas jurídicas como terceros civilmente responsables también reciben un tratamiento en el mencionado código, estas son las que están obligadas a reparar los daños y perjuicios provocados a otros por actos ilícitos causados por sus dirigentes, funcionarios y demás trabajadores en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del derecho de repetir contra el culpable, especificando que cuando el acto ilícito es constitutivo de delito responde subsidiariamente.<sup>73</sup>

En este caso la persona jurídica puede resultar responsable civilmente de un hecho propio del cual es incapaz de responder pues solo las personas naturales pueden hacerlo por lo que va a ser llamada al proceso penal para juzgar su responsabilidad civil extracontractual directa en el caso de que la conducta dañina constituya delito y así responder por sus agentes o dependientes siempre y cuando el hecho se cometa en desarrollo de su objeto social.

Igualmente, el resarcimiento de la responsabilidad civil por los actos ilícitos penales, comprende la restitución del bien, la reparación del daño material, la indemnización de los perjuicios y la reparación del daño moral.

---

72 Ley No. 59, Código Civil. G.O. Extraordinaria No. 9 de fecha 15 de octubre de 1987.

73 Véase artículo 95 del Código Civil cubano.

## Código Penal

Por su parte, la Ley 62, Código Penal cubano<sup>74</sup>, regula lo concerniente a *la Declaración y Ejecución de las Obligaciones Civiles Provenientes del Delito*, a partir del Título X, artículo 70.1, partiendo del principio que el responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito, decidiendo que el Tribunal que conoce del delito fija la responsabilidad civil y su extensión, constituyéndose, una problemática en el orden penal la aplicación de esta institución.

En este sentido, se concuerda con GOITE y MÉNDEZ<sup>75</sup>, cuando exponen las siguientes dificultades, referidas sobre todo a la participación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable:

- La participación desde la responsabilidad penal, aparece regulada en el artículo 18 del Código Penal, donde se establece que será exigible a los autores y a los cómplices. El Código Civil al delimitar las reglas a tener en cuenta para determinar el daño material y la indemnización de los perjuicios, fija que en el supuesto de ser varios responsables se hace atendiendo al grado de participación en el acto ilícito.
- El Código Civil establece como exención de la responsabilidad civil, las causas de justificación, sin embargo surge una dificultad, la obediencia debida, en el Código Penal, regula la misma, como parte de la llamada eximente que denomina el cumplimiento de un deber o el ejercicio de derecho, profesión, cargo u oficio.
- Se establecen términos diferentes para la prescripción de las acciones, la legislación sustantiva penal, fija dichos términos sobre la base de la sanción establecida en el tipo penal.

---

74 Ley No. 62, Código Penal. G.O. Especial No. 3 de fecha 30 de diciembre de 1987.

75 GOITE Y MÉNDEZ. Ob. cit. ps.308-310.



## **Ley de Procedimiento Penal**

En cumplimiento con lo regulado en la legislación sustantiva civil y penal, en cuanto a los terceros civilmente responsables, nuestra Ley de Procedimiento Penal<sup>76</sup> ofrece sucintamente un tratamiento a estos como sujetos procesales; la primera aparición se resalta en el Título III *De la Recusación y Excusa*, artículo 22 al señalar entre los sujetos que pueden recusar al acusado y posteriormente al acusado como responsable civilmente<sup>77</sup>.

En el análisis exegético de este particular, se percibe que el legislador cubano no marcó una nítida frontera entre lo que considera él por acusado, y quién sería entonces el acusado civilmente responsable, porque teniendo en cuenta que como se resaltara en el Código Penal y la propia Ley de procedimiento, la acción civil y la penal se ejercen conjuntamente, entonces bastaría con señalar solamente al acusado, pero si lo que se quiere es denotar la responsabilidad civil cuando se exige a un sujeto distinto al acusado, entonces la denominación correcta sería la de tercero civilmente responsable ( persona natural o jurídica) y no “acusado como responsable civilmente”.

En este sentido, su correcta apreciación por parte del Tribunal, debe identificar a dos sujetos procesales, que independientemente de que ambos representen la cara visible del proceso penal, uno va a limitar su participación en el mismo con la responsabilidad civil, lo que no hace de su participación el centro del proceso, pero si resulta de vital importancia para la efectividad de la justicia penal.

---

76 Ley No.5 de 1977, Ley de Procedimiento Penal. G.O. Ordinaria No.37 de fecha 26 de agosto de 1977.

77 ARTÍCULO 22.-Pueden recusar:

1. El Fiscal;
  2. el acusador particular en los casos en que esta Ley permita su intervención;
  3. el acusado;
  4. el acusado como responsable civilmente.
-

Posteriormente en el Libro Tercero, Título II *De la Responsabilidad Civil Derivada del Delito*, artículo 275, se estipula que la acción para reclamar la responsabilidad civil que se derive del delito, se ejercita conjuntamente con la penal, excepto en el caso en que exista un lesionado respecto al cual la sanidad estuviere pendiente de atestarse.

Un aspecto relevante, es que en el artículo 277 comienza haciendo referencia al término tercero civilmente responsable, sin previamente haberse dado una conceptualización de quienes van a ser estos sujetos, y ni siquiera haberlos reconocido como sujeto procesal inicialmente, cuestión esta que dificulta la labor interpretativa del operador del Derecho, no obstante, se debe inferir que un embargo de bienes sobre un tercero civilmente responsable, ubicaría inmediatamente a este, como parte civil del proceso penal en cuestión, incluso a la persona jurídica, amén de las particularidades que se deben correr para presentarse como persona jurídica al proceso penal.

Respecto al escrito de calificación del Fiscal o el acusador particular, en el artículo 279, se prescribe que la acción civil, para ejercitarse conjuntamente con la penal, deben ser consignados en el mismo los siguientes particulares:

- La cosa que haya de ser sustituida
- El modo en que ha de procederse para la exigencia de la responsabilidad civil por daño moral o perjuicios
- La persona o personas que estén obligadas. (No se realiza distinción entre personas naturales y jurídicas, por lo que se infiere que pueden ser ambas).

Norma, que ambigamente se muestra de acuerdo, con la participación de terceros como responsables civiles, pues en su tercer apartado, define la persona o personas obligadas, que, al realizar

una interpretación literal, la persona o personas obligadas pueden ser, el acusado del proceso o un tercero en su defecto.

También sucede con los artículos 281 y 282, donde se señalan que una vez formuladas las conclusiones por el Fiscal o el acusador particular, el tribunal de estimar completas las diligencias, abrirá la causa a juicio oral y dispondrá se requiera a los acusados y terceros civilmente responsables, a fin de que se designen abogados para su defensa.<sup>78</sup>

O sea, aquí incluso se resalta que el tercero civilmente responsable va a ostentar los mismos derechos que el acusado, en cuanto a la defensa técnica y material, aspecto este que resulta singular, pues se está dejando al tercero sin un estatus procesal claro, otorgando en este momento la posibilidad de postulación procesal, pero en un estado anterior del proceso, no fue considerado como parte civil del proceso penal, realizándose en la mayoría las diligencias de investigación, limitando igualmente la posibilidad recusación casi solamente a la fase del debate de juicio oral antes de su inicio, el citado día en la sala del Tribunal, más aún si se tratase de la persona jurídica como tercer civilmente responsable.<sup>79</sup>

---

78 ARTÍCULO 281.-(Modificado) Formuladas las conclusiones por el Fiscal o, en su caso, por el acusador particular, el Tribunal, de estimar completas las diligencias necesarias para proceder, abrirá la causa a juicio oral, teniendo por hecho la calificación y dispondrá se requiera a los acusados y terceros civilmente responsables, con entrega de las copias presentadas, a fin de que designen Abogados para su defensa, de no tenerlos ya designados,

bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo en el acto o, a más tardar, dentro de cinco días hábiles, se les nombrará Defensor de oficio. Este artículo fue modificado por el artículo 3 del Decreto-Ley No. 151, "Modificativo de la Ley de Procedimiento Penal", de 10 de junio de 1994 (G.O.Ext. No. 6 de 10 de junio de 1994, pág. 16).

ARTÍCULO 282.-(Modificado) Transcurrido el plazo de cinco días hábiles a que se refiere el Artículo anterior sin que los acusados o los terceros civilmente responsables hayan hecho las designaciones de los Abogados de su elección, o no personados los mismos, se les designará de oficio, y se procederá con estos en la forma que se determina en el Artículo siguiente.

79 ARTICULO 284. Las partes pueden formular sobre cada uno de los puntos objeto de la calificación dos o más conclusiones alternativas.

ARTÍCULO 285.-Se acompañarán copias del escrito de calificación y de la lista de testigos para su entrega a cada uno de los que sean parte en la causa.

ARTÍCULO 286.-Las partes pueden pedir que se practiquen de inmediato aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa sea de temer que no se puedan practicar en el juicio oral.

ARTÍCULO 287.-Presentados los escritos de calificación, el Tribunal admitirá mediante

---

Referente, a la interposición de los artículos de previo y especial pronunciamiento, el artículo 291, hace alusión al Fiscal y las demás partes, siendo vaga la definición, pues la intervención en el proceso de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, a partir del requerimiento del Tribunal, citado artículo 281, le da la condición de parte civil a este, siendo un derecho la posibilidad de pronunciamiento respecto a lo normado en el artículo 290.<sup>80</sup>

La Ley de Procedimiento Penal en su artículo 311, menciona el orden de práctica de medios de prueba en el acto de juicio oral, distinguiendo a los terceros civilmente responsables como un sujeto procesal en condición de parte, siendo el segundo en declarar, no obstante, el Tribunal puede alterar dicho orden, siendo positivo este aspecto en la norma, aunque si se tratase de una persona jurídica sería justo escuchar a los miembros de la dirección colegida y no solo al presidente, director o gerente.

---

auto las pruebas que considere pertinentes y rechazará las demás. Contra el auto que admita pruebas o mande a practicar las que se hallen en el caso a que se refiere el Artículo anterior, no se da recurso alguno. Contra el que las rechaza en todo o en parte, podrá interponerse, en su día, en recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta presentada a más tardar al día siguiente de la notificación.

En el mismo auto el Tribunal señalará el día en que, dentro de los veinte siguientes, deban comenzar las sesiones del juicio oral, a menos que existan razones que obliguen a señalarlo para fecha posterior.

ARTÍCULO 288.-Admitidas las pruebas el Tribunal adoptará las disposiciones adecuadas para que puedan practicarse en la oportunidad en que el juicio haya de tener lugar. A ese objeto librará cuantos despachos sean necesarios y designará, en su caso, los peritos, haciéndoles saber su designación a los efectos de los Artículos 207 y 208.

80 ARTÍCULO 290.-Son objeto de artículos de previo y especial pronunciamiento las cuestiones siguientes:

1. La declinatoria de jurisdicción;
2. la de cosa juzgada;
3. la de prescripción de la acción penal;
4. la de amnistía;
5. la de falta de autorización para proceder, en los casos en que sea necesaria;
6. la falta de denuncia de la persona legítima para formularla, en los casos en que, de acuerdo con la Ley, constituya un requisito para proceder.

ARTÍCULO 291.-El Fiscal, en el trámite de calificación, y las demás partes dentro de los tres primeros días del término concedido para evacuar conclusiones, pueden proponer las cuestiones expresadas en el Artículo anterior.

ARTÍCULO 298.-En el día siguiente al de la vista, si la hay, el Tribunal dictará auto resolviendo las cuestiones propuestas. Si las partes no han solicitado la celebración de vista, una vez decursado el término de prueba, el Tribunal dictará de inmediato auto resolviendo las cuestiones propuestas.

Luego, a partir del artículo 312, se hace alusión a la declaración de los acusados y terceros civilmente responsables, resaltando en el artículo 313 y de hecho último artículo en el que se mencionan los terceros civilmente responsables, que, de atribuirse en la calificación, responsabilidad civil a persona distinta del acusado, le asiste a aquella el mismo derecho que a este para prestar declaración o no.<sup>81</sup>

Es obvio, que cuando se manifiesta “*responsabilidad civil a persona distinta del acusado*” se está refiriendo a los terceros civilmente responsables, cuestión esta que se debe inferir, pues de la forma en que viene redactada es inconcebible su comprensión. Lo que sí es relevante de este acápite, es que el testimonio del tercero no es una obligación, sino que se deja al margen de su valoración, lo que resulta positivo para sus intereses, pues de esta forma si considera que el mismo puede ser lesivo para sus beneficios, pues sencillamente no lo ofrece, asumiéndose una posición igualitaria y de equiparación respecto al acusado, a modo de ver de la investigación, justa con este sujeto procesal, que hasta esta última fase del proceso habían sido lacerados sus derechos, más si se trata de una persona jurídica.

Y por otra parte, no es obligatoria la comparecencia de la persona a quien solo se atribuye responsabilidad civil al acto de juicio oral, criterio normativo que deja una puerta abierta a la posterior contradicción con la sentencia respecto a los intereses civiles, pero que define la finalidad del proceso en cuestión y su naturaleza, o sea, la determinación y comprobación de un hecho delictivo, la determinación de características y circunstancias de los participantes y la consecuente sanción penal.

---

81 ARTÍCULO 313.-De atribuirse en la calificación responsabilidad civil a persona distinta del acusado, le asiste a aquella el mismo derecho que a éste para prestar o no declaración, en los términos expresados en el Artículo anterior. No es obligatoria la comparecencia de la persona a quien sólo se atribuya responsabilidad civil, pero será siempre indispensable su citación para dar comienzo al juicio oral. Su falta injustificada de asistencia a una de las sesiones, dispensará de la necesidad de tal citación para las que sucesivamente hayan de tener lugar.

Por tanto, se puede determinar que en nuestra Ley de Procedimiento Penal se ofrece un insuficiente tratamiento de la persona jurídica como tercero civilmente responsable, ya que este, independientemente de que se haga alusión vagamente en algunos artículos a los terceros civilmente responsables de forma general, como se analizó, se deja al margen de la valoración del operador del Derecho varios aspectos y actos procesales de éste, no se le brinda un tratamiento como sujeto procesal independiente, se utilizan indistintamente los términos de “*tercero civilmente responsables*” y “*acusado civil responsable*”, además de que no se conceptualiza y mucho menos se dejan claros cuales derechos le competen, a pesar de que en los pocos artículos en que aparece hayan elementos positivos que si se tienen en cuenta pueden unidos a un buen tratamiento traer a colación una correcta utilización de la institución .

Igualmente, la remisión de la Ley de Procedimiento al Código Penal y de este al Código Civil, hace más difícil, la regulación y consecuente participación de este tercero civilmente responsable en un proceso penal.

### **3.3. Limitaciones para responder como tercero civil de la empresa estatal.**

Desde 1959, con el triunfo de la Revolución cubana, las empresas estatales han evolucionado bajo diferentes formas y diversos sistemas de dirección. Durante la década de los 60 su forma típica de organización fueron las “consolidadas”, que comprendían un grupo de entidades -en su mayoría pequeñas y de baja productividad- en una que las agrupaba esencialmente para una mejor dirección administrativa. Luego de atravesar una etapa en la que se suprimieron los vínculos mercantiles en la economía, lo que afectó negativamente la gestión de las empresas públicas, estas sufrieron una reestructuración bajo el Sistema de Dirección y Plani-

ficación de la Economía, implantado en 1975 con la introducción de una política de gestión más descentralizada a partir del cálculo económico restringido tomado de la experiencia soviética.

Esta fue sin dudas la mayor transformación ocurrida hasta entonces y, en esencia, resultaba un paso positivo. Pero en su aplicación concurren varios factores que hicieron que se frustrara ese empeño.

Por un lado, las deficiencias propias del cálculo económico se exacerbaban a partir de la falta de experiencia y la inexistencia, en el modelo cubano, de otras condiciones necesarias para su aplicación como un sistema de precios adecuado y una política fiscal eficiente. Por otro lado, el diseño de la empresa estatal formó parte de una política económica en la que no se tomaron en cuenta adecuadamente los factores de movilización política consustanciales al modelo socialista cubano, dando lugar a desviaciones tecnocráticas y economicistas.

Las deficiencias de este modelo de gestión se trataron de superar entre 1986 y 1989 mediante el llamado proceso de Rectificación de errores y tendencias negativas, que trató de implementar un modelo en el que la política tuviera prioridad junto a una gestión económica más eficiente mediante fórmulas como los contingentes de la construcción, al tiempo que se autorizaba la experimentación del cálculo económico cuidadosamente revisado en el sistema empresarial del Ministerio de las Fuerzas Armadas (MINFAR).

A partir de 1990, el Período especial impuso una transformación en el ámbito empresarial mediante la cual una parte del mismo pasó a operar en divisas –especialmente el turismo, la industria del níquel, la producción de petróleo, la del tabaco, las telecomunicaciones y las tiendas de recaudación de divisas–, con un sistema que otorgó una mayor autonomía a la gestión de este segmento empresarial, que asumió la forma jurídica de sociedades mercantiles y que se conocería como sector emergente. Este operaría con un mayor nivel de descentralización en la gestión,

logrando una eficiencia apropiada en muchos casos, especialmente en los primeros años de aquella difícil etapa.

En un esfuerzo por elevar la eficiencia de la gestión empresarial, a partir de 1998 se introdujo el perfeccionamiento empresarial, que tomó las experiencias del sistema empresarial del MINFAR, en un proceso dirigido a aplicar una variante de cálculo económico restringido a un grupo de empresas, hasta llegar a unas mil en la actualidad.

La política económica aprobada en el VI Congreso del PCC se planteó nuevamente el asunto como un elemento esencial para elevar el nivel de eficiencia de la economía nacional, pero en un escenario tanto o más complejo que el que caracterizó los primeros años de la crisis de los 90.

Como punto de partida quedó expresado el principio de que en nuestra sociedad sería determinante la empresa estatal como el elemento esencial en la gestión económica basada en la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción, en los marcos de un sistema de planificación que resultaría preponderante sobre el mercado.

Bajo esas condiciones se dejó establecido que se trataba entonces de poner en práctica un proceso paulatino de descentralización de facultades a favor de la autonomía creciente de la empresa estatal, en un contexto de diferenciación de las funciones estatales y empresariales, para lo cual era preciso elaborar un marco regulatorio adecuado, incluyendo sus procedimientos correspondientes, con el objetivo de elevar la eficiencia de la producción y la satisfacción de las necesidades sociales.

Se esbozaba así probablemente la transformación más trascendente e indispensable, pero, a la vez, compleja y de largo aliento en todo el proceso de actualización del modelo económico cubano, cuyo análisis demanda un esfuerzo de síntesis notable.



Los primeros pasos en esta dirección han conllevado a una transformación de las estructuras del sector empresarial basada en la creación de organizaciones superiores de dirección empresarial (OSDE), empresas y unidades empresariales de base (UEB), que comenzó a materializarse desde el año 2010 mediante la reducción de 25,4% del número de empresas y de 18,9% de las sociedades mercantiles del Estado, al tiempo que se creaba una cifra de OSDE y especialmente de UEB.

Una evaluación de los movimientos estructurales en curso resalta la gradualidad que presuponen los cambios en el sistema de gestión, donde diversas facultades de control anteriormente ubicadas a nivel ministerial ahora están en las OSDE, al tiempo que se mantiene un nivel de gestión centralizada en la empresa a la que se subordinan las UEB, que no poseen personalidad jurídica propia.

Las transformaciones aprobadas en esta primera etapa se recogen fundamentalmente en el Decreto Ley 320 y el Decreto 323 del Consejo de Ministros, emitidos en abril del 2014, los que modifican el Decreto Ley 252 y el Decreto 281 en lo referido al sistema de gestión empresarial, que estos últimos normaban en relación básicamente con el proceso de perfeccionamiento empresarial. En tal sentido, los pasos que ahora se ejecutan deben dar continuidad a las mejores experiencias de ese proceso.

Una aproximación general a las modificaciones aprobadas para las empresas públicas muestra que las mismas contemplan la flexibilización de su objeto social, con la eliminación de sus limitaciones. Se ha tratado, asimismo, de reducir los indicadores directivos en el plan, definiendo con mayor precisión el contenido de las obligaciones de la empresa mediante el encargo estatal y diferenciando la formación de precios según se trate de entregas prefijadas o excedentes que pueden comercializarse libremente.

Además, se amplía la retención de utilidades después del pago de impuestos –definiendo sus usos posibles, incluida la distribu-

ción entre los trabajadores—, al tiempo que se autoriza a retener la depreciación y crear fondos de compensación en el nivel de la OSDE para hacer frente a desbalances coyunturales. Se establece también que la OSDE aprueba el plan de la empresa y los sistemas de pago de los salarios, lo que abre la posibilidad de su incremento sobre la base del aumento de la productividad y la eficiencia.<sup>82</sup>

Todos estos cambios se desarrollarán en un entorno que incluye la nueva Ley Fiscal y una Ley de Inversión Extranjera, como parte de la legislación macroeconómica en vías de implementación, a lo que se añade el complejo proceso de reunificación monetaria y cambiaría que también se ha iniciado en la economía cubana.

No obstante, todavía existen figuras de no control en los procesos que desarrollan los empleados de estas, así como algunos casos de funcionarios, que en la situación tan compleja que atraviesa la economía con la aplicación del Título III de la Ley Helms Burton, hacen que la empresa estatal se perfeccione y participe en la reparación e indemnización inmediata al perjudicado en un proceso penal, por una conducta delictiva cometida en su escenario productivo y empresarial.

### **3.4. Pautas para el perfeccionamiento.**

La participación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales, hasta principios de los años 90, fue real y efectiva, pues los tribunales cubanos, tenían como referencia las legislaciones penales anteriores, que desarrollaban a grandes rasgos la forma de participación, el estatus procesal y el contenido de la responsabilidad que era exigible; algunos casos de empresas estatales respondiendo como terce-

---

82 RODRÍGUEZ, José Luis. Cuba y la compleja transformación de la empresa estatal. Tomada de: [www.cubadebate.cu/.../cuba-y-la-compleja-transformacion-de-la-empresa-estatal-ii](http://www.cubadebate.cu/.../cuba-y-la-compleja-transformacion-de-la-empresa-estatal-ii). Consultado el 7 de Agosto de 2014. 1:30pm

ros demandados en el proceso penal por el actuar de choferes en delitos en ocasión de conducir vehículos por la vía pública, o por el actuar delictivo de empleados en instalaciones de alojamiento que fueron acusados por delitos de hurto, pero esta práctica fue en decadencia, en principio por las propias limitantes normativas que han quedado plasmadas en la presente investigación, y por otra parte, por el criterio de algunas salas penales, respecto a la imposibilidad de participación de los terceros civilmente responsables en el proceso penal, debido a la no inclusión del contenido de la responsabilidad exigible en el Código Penal.

En una encuesta aplicada a 60 profesionales del Derecho que ejercen en esta sede, de los cuales 66,7% pertenecen a los tribunales cubanos, casi no hacen referencia a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, siendo en este momento, uno de los factores que conllevan a los indubitables errores en la práctica judicial, y por ende a una insatisfacción material de los intereses de la víctima del delito, siendo en la mayoría de los casos, el propio Estado cubano.

No obstante, en los últimos años, con la actualización del modelo económico cubano, se han tramitado procesos penales con la intervención de personas jurídicas como terceros civilmente responsables, tal es una causa del 2014, seguida por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana, que al valorar el abundante material probatorio de carácter documental, testifical y pericial aportado por la Fiscalía y los defensores, dictó sentencia, sancionando a las empresas Tokmakjian Group Inc., Tokmakjian Limited, CYMC Corp., Tokmakjian International Inc., y Perry Intertrade Inc, como terceros civilmente responsables por el actuar delictivo de VAHE CY TOKMAKJIAN, sin hacer referencia esta causa al actuar por actos en perjuicios de la contratación del funcionario de la empresa estatal que realizó el convenio con las empresas extranjeras, y por ende una imprecisión de no responsabilizar civilmente a la empresa estatal en cuestión, hecho que laceró la economía.

Sin embargo, la acometida acerca del reconocimiento de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales y dentro de estos la empresa estatal por su papel preponderante en nuestra economía, debe ser en igual sentido, normativa, de ello se presentan las siguientes:

#### 1. Respecto al Código Penal:

- Definición de responsabilidad civil proveniente del delito para la persona jurídica.
- Definición de los terceros civilmente responsables y tipología.
- Remisión adecuada a la legislación civil, designando al Código Civil en materia de Responsabilidad civil por actos ilícitos, como cuerpo legal supletorio y en función de qué hace la remisión.

#### 2. Respecto a la Ley de Procedimiento Penal:

- Reconocimiento de los sujetos procesales, y en especial, del tercero civilmente responsable como sujeto distinto del acusado, y dentro de estos a la persona jurídica.
- Identificar la actuación del tercero civilmente responsable en la fase preparatoria, sobre todo la de la persona jurídica (reconocer su participación en algunas diligencias de investigación y la posibilidad de declarar o no como testigo).
- Normar el contenido y forma de la exigencia de la responsabilidad civil de la persona jurídica como tercero en el proceso penal.
- Identificar expresamente el derecho de impugnación de las resoluciones del proceso, en especial judiciales.

### 3. Respecto a las normativas de las empresas estatales:

- Desarrollar una legislación unitaria codificada. Ley de empresas.
- Reconocer dentro del reglamento interno de las empresas su responsabilidad como ente colectivo para responder civilmente por el actuar ilícito de sus empleados o funcionarios.
- Establecer los mecanismos para lograr asegurar que el sancionado luego responda civilmente ante la empresa una vez esta se haya subrogado en su lugar en el proceso penal.

### **Conclusiones**

A manera de conclusiones se expresa:

No existe igualdad de criterio en la doctrina respecto a la consideración de los terceros civilmente responsables (incluyendo a la persona jurídica) como sujetos procesales del proceso penal, lo que dificulta su definición y delimitación de estatus procesal.

La mayoría de la legislación procesal penal de los países de Latinoamérica, es actual, novedosa y continúa las regulaciones del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, respecto a la importancia de la participación de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales, ello se muestra en el reconocimiento, definición y forma de participación de esta en los procesos penales.

No existe una participación significativa de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales cubanos que coadyuven con la materialización de los intereses materiales de las víctimas, por lo que se evidencia la ineficacia del sistema procesal penal.

La Constitución cubana vigente, establece los derechos y garantías a la víctima y perjudicado para que exista una respuesta inmediata por los terceros civilmente responsables en el proceso penal.

Existen limitaciones en las normas de desarrollo en cuanto a la exigencia de responsabilidad civil a la persona jurídica como tercero en los procesos penales cubanos, que propician el no reconocimiento normativo de esta y por ende una indefinición de concepto, derechos, facultades y garantías, siendo necesarias propuestas de modificación que contribuyan al perfeccionamiento del sistema procesal penal.

Existen limitaciones dentro del funcionamiento de las empresas estatales, que impiden que esta responda como tercero civilmente en un proceso penal.

## **Bibliografía**

AGUILERA DE LA PAZ, Enrique. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Reus (S.A). 1924.

ALTERINI, Atilio Mariano. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Editorial Abeledo-Berrot. Buenos Aires. Argentina. 1987.

ÁLVAREZ TORRES Y COLS, Osvaldo. *Generalidades del Derecho Procesal*. En: *Compilación de Temas de Derecho Procesal para Estudiantes de Derecho*. Editorial Universitaria. La Habana. Cuba. 2012.

BAUMANN, Jorgen. *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1986.

BODES TORRES, Jorge Leslie. *Reflexiones sobre las etapas procesales y los sujetos responsables*. Sociedad Mexicana de Criminología. Capítulo Nuevo León, A.C. México. 2008.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 1997.

CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO. Editorial Librería del Foro S. A. Buenos Aires. Argentina. 1994.

CASTÁN TOBEÑAS, Jose. *Derecho civil común y foral*. Editorial Reus. Madrid. España. 1943.

CASTRO MORALES, Yudy. *Caja de Resarcimiento: aún quedan muchas cuentas pendientes*. Periódico Granma. Edición Impresa. 27 de abril de 2016.

CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Actualizado por Vázquez Rossi, Jorge E. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1998.

Código de Defensa Social de 1936. Código Penal. G.O.Extraordinaria.No.108 de fecha 11 de abril de 1936.

Código Procesal Penal de Argentina. Tomado de [http://www.sajj.gob.ar/docsf/codigo/Codigo\\_Procesal\\_Penal\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.sajj.gob.ar/docsf/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf)

Código Procesal Penal de Costa Rica. Tomado de [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp\\_cri-int-text-cpp.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.pdf).

Código Procesal Penal de Guatemala. Tomado de <http://www.oas.org/.../Guatemala/.../Codigo%20Procesal%20Penal%20Guatemalteco>.

Código Procesal Penal de Perú. Tomado de [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_per\\_dl957.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_dl957.pdf).

Código Procesal Penal de República Dominicana. Recuperado de [http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/codigos/Codigo\\_Procesal\\_Penal.pdf](http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/codigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf)

Código Procesal Penal del Salvador. Tomado de <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indicelegislativo/...de.../codigo-procesal-penal>.

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Tomado de [http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP\\_C%C3%B3digo\\_Procesal\\_Penal\\_Modelo\\_Iberoam%C3%A9rica.pdf](http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_C%C3%B3digo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoam%C3%A9rica.pdf).

Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 5 de fecha 10 de abril de 2019.

CÓRDOVA ÁNGOLO, Miguel. *Anotaciones sobre el tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano*. Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, no. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Decreto 2076 del 19 de junio de 1958.G.O. Ordinaria 141 del 23 de julio de 1958

Decreto 379 del 18 de febrero de 1939.

Decreto-ley 47 del 1 de septiembre de 198. G.O. Extraordinaria del 29 de septiembre de 1981.

Dictamen No. 246 de 1986 del Tribunal Supremo Popular.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Cuarta Edición corregida. Aumentada. Gaceta Jurídica S.A. Perú.2006.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios Doctrinales. No. 133. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1992.



FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A. *El Derecho Procesal Penal. Concepto y naturaleza del proceso penal. Evolución histórica. Los sistemas de enjuiciar*. En: AA.C.C. “Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Editorial Félix Varela. La Habana. 2002.

FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Editorial Reus. Madrid. España. 1929.

FLORES, Jose Antonio. *La responsabilidad civil en Abstract dentro del proceso penal salvadoreño y su incidencia en la víctima*. Trabajo de investigación para obtener el título de Maestro Judicial. Ciudad Universitaria. San Salvador. El Salvador. 2013.

GALVEZ PUEBLA, Inés. *La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito en Cuba*. Tesis doctoral. Universidad de La Habana. Cuba. 2009.

GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona, J.M. Bosch, 1999.

GIL GIL, Alicia. *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*. Editorial Comares. Granada. España. 2006.

GHERSI A., Carlos. *Los nuevos daños, Soluciones Modernas de Reparación*. Editorial Hammurabi, SRL. Buenos Aires. Argentina. 2000.

GOITE PIERRE, Mayda; MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna. *La responsabilidad civil derivada del delito en Cuba: una institución entre dos normas*. En: AA.CC. “Comentarios a Leyes penales cubanas”. Editorial UNIJURIS. La Habana. 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2016, núm. 18-05. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf> ISSN 1695-0194

---

LEVENNE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal. 2da edición. Tomo I*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1993.

Ley 1251 de 1973. Ley de Procedimiento Penal. G.O. de fecha 25 de junio de 1973

Ley 21 de 1979, Código Penal. G.O. Ordinaria No.3 de fecha 1 de marzo de 1979.

Ley 597 del 7 de octubre de 1959. G.O. Extraordinaria 47 del 13 de octubre de 1959

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Tomada de <https://searchworks.stanford.edu/view/9948868>.

Ley No. 59, Código Civil. G.O. Extraordinaria No. 9 de fecha 15 de octubre de 1987.

Ley No. 62, Código Penal. G.O. Especial No. 3 de fecha 30 de diciembre de 1987.

Ley No.5 de 1977, Ley de Procedimiento Penal. G.O. Ordinaria No.37 de fecha 26 de agosto de 1977.

Ley-decreto 1178 del 13 de noviembre de 1953. G.O. Ordinaria No. 267 de 1953

Ley-decreto 1258 del 28 de enero de 1954. G.O. Extraordinaria N° 2 del 30 de enero de 1954

Ley-decreto 1870 del 22 de diciembre de 1954. G.O. Ordinaria 303 del 54

MARIN, J.C. *La acción civil en el nuevo Código Procesal chileno: su tratamiento procesal*. Revista de Estudios de Justicia. Chile. 2005.

MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

---

MENDOZA DÍAZ, Juan. *Derecho procesal. Parte general*. Edición Electrónica. La Habana. Cuba. 2014.

MENDOZA PÉREZ, Juan Carlos; CASTILLO TORRES, Elayne y HECHAVARRÍA CASTILLO, Richard. *La responsabilidad civil: la verdadera semántica de la Caja de Resarcimientos*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016. ISSN 0075-7411

MORAS MOM, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial LexisNexis Abeledo –Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2004.

MOSSET ITURRAPE, Jorge. Responsabilidad Civil por Daños. Tomo I Parte General. Editorial RUBINZAL- CALSONI, EDITORES. Buenos Aires. Argentina. 2006. p. 114

OLIVA SANTOS, Andrés. *Los sujetos del proceso penal*. En: Derecho Procesal Penal. Sexta Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

PIZZA BILBAO, María Antonieta. La responsabilidad extracontractual hacia un sistema bipolar. Tesis en opción al grado de Doctora. Cd. Universitaria. San Nicolás de los Garza, Nueva León. México. 2012

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, en QUINTERO OLIVARES (DIR.), Comentarios al nuevo código penal, Navarra, Aranzadi, 1999.

Real Decreto de 23 de mayo de 1879.

ROCA, Encarna. Derecho de Daños. Editorial Tirand Lo Blanch 3era. Edición. Valencia España. 2000.

RODRÍGUEZ, José Luis. Cuba y la compleja transformación de la empresa estatal. Tomada de: [www.cubadebate.cu/.../cuba-y-la-compleja-transformacion-de-la-empresa-estatal-ii](http://www.cubadebate.cu/.../cuba-y-la-compleja-transformacion-de-la-empresa-estatal-ii).

---

ROVIRA, Jaime. El Delito de Lesiones, Lesiones Culposas y su relación con los accidentes de tránsito. San José. Costa Rica. 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editorial Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Argentina. 2000.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal. Tomo II. El Proceso Penal*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1997.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *A propósito de la responsabilidad civil de la persona jurídica por delito*. Tomado de [http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_54.pdf](http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_54.pdf).

VILLEY, Michel. En torno al contrato, la propiedad y la obligación. Editor Ghersi. Buenos Aires. Argentina. 1980.

DOI: 10.5935/1809-8487.20200001

**84 - 138**

Artigo

**A CARACTERIZAÇÃO DO  
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO  
“ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”:  
COMO CRITICAR O QUE NUNCA EXISTIU?**

HUSTON DARANNY OLIVEIRA

# A CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”: COMO CRITICAR O QUE NUNCA EXISTIU?

THE CHARACTERIZATION OF BRAZIL'S PRISON SYSTEM AS AN “UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS”: HOW TO CRITICIZE WHAT HAS NEVER EXISTED?

HUSTON DARANNY OLIVEIRA

Especialista em Ciências Criminais  
Instituto Federal do Norte de Minas, Brasil  
hustonoliveira@hotmail.com

**RESUMO:** A pena privativa de liberdade é a espécie de sanção por meio da qual o Estado protege seus bens jurídicos mais relevantes. Neste artigo, ao colocar-se o sistema carcerário brasileiro em destaque, verifica-se que os estabelecimentos prisionais do país estão mergulhados num estado de coisas inconstitucional, em constante violação a direitos fundamentais dos detentos e também da sociedade. Com vistas à solução de uma crise que se revela sistêmica, é preciso reafirmar a importância de tal espécie de sanção, bem como intensificar investimentos na infraestrutura dos locais de cumprimento de pena, permitindo-se que os apenados encontrem condições dignas e que a sanção penal alcance os resultados esperados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema penitenciário; Estado de coisas inconstitucional.

**ABSTRACT:** A custodial sentence is the kind of sanction through which the State protects its most relevant legal assets. This article focalized the Brazilian prison system and verified that the prisons in the country are immersed in an unconstitutional state of affairs, in constant violation of the fundamental rights of prisoners and society too. In order to solve this systemic crisis, it is necessary to reaffirm the importance of such sanction, as well as to intensify investments in the infrastructure of places of punishment, allowing the prisoners to find decent conditions and that the penal sanction achieve the expected results.

**KEYWORDS:** Prison system; Unconstitutional state of affairs.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Das penas privativas de liberdade. 2.1. Sistemas penitenciários. 2.2. Disciplina jurídica normativa brasileira. 2.3. O contrassenso fático das prisões brasileiras. 3. A caracterização do sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”. 3.1. O que vem a ser um “estado de coisas inconstitucional”. 3.2. A ineficiência das penas privativas de liberdade no Brasil: como criticar o que nunca existiu? 3.3. Alternativas à crise do sistema penitenciário brasileiro. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1. Introdução

A natureza humana – gregária, apesar de individualista – evidencia que as pessoas escolhem viver em sociedade ao compreender que os privilégios desta opção são consideravelmente

superiores aos prejuízos que adviriam de uma vida solitária e isolada dos demais membros da espécie.

Acontece que viver em sociedade, a despeito de trazer consigo o benefício do maior conforto e da maior segurança, acarreta também considerável número de tensões e conflitos entre os membros da comunidade. Os interesses pessoais, não raras vezes, tornam a socialização difícil e problemática.

Não há notícia de sociedade organizada que tenha conseguido alcançar um convívio interpessoal isento de conflitos. Afinal, as paixões, as vaidades, os interesses egoístas, a avareza e até mesmo os distúrbios psíquicos nunca deixaram de existir, desde o princípio da humanidade até os dias atuais.

Nesse contexto surge o Direito, um conjunto sistêmico de regras e princípios criado e aperfeiçoado ao longo dos tempos para fins de regulação social e melhoria da qualidade de vida das pessoas. Sem o Direito haveria o caos; com o Direito há controle e garantia de dias mais seguros e tranquilos, beneficiando aqueles que procuram o bem e punindo aqueles que optam pelo caminho oposto ao da obediência às leis.

As penas surgem com a convivência humana e vão evoluindo à medida que se intensificam as relações sociais. Nos primórdios, as sanções assumiam visões religiosas e sobrenaturais, sendo os fenômenos da natureza compreendidos como castigos dos deuses para os casos em que as pessoas descumprissem padrões de conduta. Mais adiante, as penas são dominadas pelos mais poderosos integrantes da comunidade, que as utilizavam para impor suas vontades e assegurar a manutenção do controle, assumindo, muitas vezes, caráter de vingança.

Com o passar do tempo, as relações da sociedade ficaram mais complexas e o Estado um ente organizado que começa a utilizar o Direito Penal como instrumento institucionalizado de

coerção a proteger bens jurídicos fundamentais: a vida, a liberdade e a integridade física.

Este artigo adotou o método dedutivo de abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica, fez análise acerca do surgimento e do desenvolvimento das penas, focou sanções privativas de liberdade e disposições normativas a elas aplicadas, bem como a situação em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro. Aliás, sobre as penas privativas de liberdade, houve o exame dos principais sistemas penitenciários adotados pelo mundo, suas características e distinções marcantes.

Sob a constatação de que o sistema penitenciário brasileiro deve ser caracterizado como um “estado de coisas inconstitucional”, a pesquisa passa a examinar objeções comumente proferidas em relação à pena privativa de liberdade e ao modelo de pena idealizado. Ademais, indaga em qual medida a situação fática do sistema penitenciário brasileiro interfere na eficiência das penas cumpridas em prisões.

As respostas a estes questionamentos dependem da exata compreensão acerca do que vem a ser o Direito Penal e a pena privativa de liberdade. Só então será possível dizer se o Estado ainda precisa dessa espécie de penalidade no contexto social brasileiro e quais são as alternativas para a solução da crise penitenciária nacional.

## **2. Das penas privativas de liberdade**

As penas surgem como resposta – dos integrantes da comunidade e do Estado – às infrações cometidas pelas pessoas que se desviam de um padrão jurídico-normativo estabelecido. Afinal, para a constituição de sociedades organizadas há uma necessidade natural e ontológica de se estabelecerem regras de convivência, cuja observância cogente deve ser legitimada pela possibilidade de aplicação de sanções aos autores de comportamentos desviantes.



É evidente que a história dos povos revela variados modelos de sanção ao longo dos tempos e, entre as modalidades de penas já inventadas pelo homem para a aplicação no direito sancionador, as prisões constituem marco notável. Como leciona André Estefam (2018, p. 388), o Direito Penal, por muitos séculos, utilizou como principais sanções as penas capitais, corporais, infamantes e cruéis, as quais passaram a ser criticadas por causa da grande iniquidade com que o Estado tratava seus cidadãos criminosos. O autor destaca que as críticas proferidas no século XVIII por expoentes como o Marquês de Beccaria e Jonh Howard teriam chegado com fervor à América do Norte, levando à criação dos primeiros sistemas penitenciários do mundo.

## 2.1. Sistemas penitenciários

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 235) citam Manoel Pedro Pimentel:

A prisão, grande símbolo das penas privativas de liberdade, tem origem nos mosteiros da Idade Média, onde os monges recebiam o confinamento em celas como punição pelas suas faltas. No local, os clérigos deveriam dedicar-se, em silêncio, à meditação e à busca pelo arrependimento, a fim de alcançarem o perdão de Deus.

Assim surge o termo “penitenciária”, oriundo das “penitências” cumpridas pelos monges durante o período em que ficavam reclusos. É o primeiro modelo de pena privativa de liberdade organizado e com métodos sistematizados. A partir de então começam a surgir outras referências, com aplicação mais genérica e abrangente, visando ao alcance daqueles que cometessem delitos no seio da sociedade.

Também ao citar Manoel Pedro Pimentel, André Estefam (2018, p. 388) obtempera que a ideia das penitenciárias da Idade Média inspirou a criação das primeiras prisões durante o século XVI, em

Londres, na Inglaterra. Trata-se da *House of Correction*, construída entre 1550 e 1552, e que acarretou a edificação de diversos outros presídios ingleses. Esclarece ainda que foi no século XVIII que o encarceramento foi difundido como modelo de penalização, com destaque para a Casa de Correção de Grand, na Bélgica (1775), e para o Hospício de São Miguel, em Roma (1703 e 1704).

Dessa forma, os quatro modelos penitenciários mais conhecidos e abordados pela doutrina são o pensilvânico, o panóptico, o auburniano e o progressivo.

O sistema pensilvânico, também chamado de belga ou celular, teve origem na cidade norte-americana da Filadélfia, maior localidade do Estado da Pensilvânia. De acordo com Rogério Greco (2013, p. 480), este modelo consiste no isolamento celular absoluto. O condenado não pode trabalhar nem receber visitas, sendo constantemente levado à leitura da bíblia para que possa alcançar arrependimento.

Pelos ensinamentos de André Estefam (2018, p. 389), essa característica de isolamento absoluto do modelo pensilvânico surgiu para dar fim à promiscuidade até então frequente nos presídios. Conhecido como *solitary system* ou *solitary confinement*, o sistema evoluiu depois para o *separate system*, que admitia conversas do preso com capelães e funcionários da prisão e recebimento de visitas.

Michel Foucault (1997, p. 112) destaca que o isolamento absoluto do modelo pensilvânico não buscava “a requalificação do criminoso ao exercício de uma lei comum, mas à relação do indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro”.

Digno de severas críticas, o sistema buscava o arrependimento do criminoso ao investir mais em seus aspectos individuais e morais do que em seu reajuste social. Procurava ensinar valores éticos perdidos ou deturpados ao longo da vida do delinquente, porém os métodos geravam fortes ofensas à dignidade do condenado.

---

Não é com a leitura obrigatória da bíblia que os valores da religião serão impregnados na mente. É possível que essa estratégia até piore a situação de raiva, rancor ou outro sentimento. Quando alguém comete um crime, um dos principais objetivos da aplicação da pena privativa de liberdade deve ser a reintegração social. Práticas como o isolamento e o silêncio absolutos, bem como a proibição do trabalho, certamente dificultam esse intuito.

André Estefam (2018, p. 389) acrescenta – entre o sistema celular e o auburniano – o sistema pan-óptico, criado por Jeremy Bentham na Inglaterra do século XIX especialmente pela necessidade de resolver o problema do crescente encarceramento advindo da independência dos Estados Unidos e do processo de deportação da Austrália.

Jeremy Bentham (2008, p. 20-21) descreve um modelo de “casa de inspeção penitenciária” formado, basicamente, por um edifício circular no qual as celas ocupavam a circunferência e ficavam separadas entre si para impedir a comunicação entre os detentos, havendo partições na forma de raios, saindo da circunferência em direção ao centro, onde ficava o alojamento do inspetor. Tal engenharia objetivava favorecer a vigilância dos detentos, porquanto os funcionários do estabelecimento prisional, no centro da construção, tinham a visão de toda a estrutura, fator que contribuía para a segurança e a dominação – com a “aparente onipresença do inspetor”, nas palavras do seu idealizador.

Em aprofundamento, Michel Foucault (1997, p. 95) traz esclarecimentos sobre o funcionamento e a estrutura arquitetônica do sistema pan-óptico:

O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da

construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo.

Já o sistema auburniano, criado na cidade norte-americana de Auburn, no Estado do Alabama, representa certa evolução em relação ao modelo da Filadélfia, por incentivar no presidiário a melhoria de questões afetas a seus aspectos sociais, como o trabalho e a convivência com os demais condenados.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 236) o modelo auburniano mantinha o isolamento noturno, mas permitia o trabalho dos condenados, inicialmente nas próprias celas e depois ao lado dos demais detentos. O sistema manteve a exigência de silêncio absoluto, conhecido também como *silente system*, mesmo quando os presos estavam no trabalho comum.

Em visão semelhante, Michel Foucault (1997, p. 112) acrescenta que o modelo de Auburn prescrevia cela individual durante a noite, porém com trabalho e refeições em comum. A regra do silêncio absoluto continuava vigente: o detento só poderia falar com os guardas se houvesse permissão e se as palavras fossem proferidas em voz baixa, em clara referência ao modelo monástico.

Apesar de representar uma evolução ao modelo anterior, o sistema penitenciário de Auburn ainda merece críticas por não se preocupar devidamente nem com a ressocialização nem com a dignidade do condenado, mantendo práticas de pouca cientificidade na tentativa de o recuperar.

Nesse sentido, André Estefam (2018, p. 389) informa que o coronel espanhol Manuel Montesinos y Molina, por volta de 1834, destacou-se como crítico do sistema auburniano ao pregar o tratamento penal humanitário, suprimindo castigos corporais e retribuindo o trabalho do preso com remuneração, num sentido educativo e ressocializador.

O sistema progressivo inglês, segundo André Estefam (2018, p. 390), surgiu na Inglaterra no século XIX e o irlandês (por ter sido adotado posteriormente na Irlanda) em 1857. O sistema inglês foi criado pelo capitão da Marinha Real inglesa, Alexander Maconochie, então diretor de um presídio na Austrália. O sistema irlandês foi proposto por Walter Crofton para aperfeiçoar o modelo utilizado na Inglaterra. Mas em que consistem as diferenças?

Conforme Rogério Greco (2013, p. 481), o sistema inglês se baseia numa metodologia progressiva de penas que cumpre três estágios de execução. No período de prova, o detento é mantido completamente isolado – tal como no sistema pensilvânico; no segundo estágio, isolamento noturno e permissão do trabalho em comum, todavia mantendose o silêncio absoluto – em ideia semelhante ao sistema auburniano; no terceiro e último, permitem-se alguns privilégios ao preso, como livramento condicional e atuação nas *public work-houses*.

O sistema progressivo irlandês, nos termos dos estudos de André Estefam (2018, p. 390), trata-se de modelo criado com o intuito de aperfeiçoar o sistema inglês. Sua lógica era promover a segregação absoluta e ir concedendo progressiva libertação ao preso que demonstrasse readaptação ao convívio social. Ao contrário do sistema da Inglaterra, o modelo da Irlanda era composto por quatro fases: a penal, com a segregação em uma cela; a da reforma, com isolamento noturno; a intermediária, com permissão de trabalho em comum; e a da liberdade provisória, que com o tempo se tornaria definitiva, caso o detento mantivesse bom comportamento.

---

## 2.2. Disciplina jurídico-normativa brasileira

O legislador brasileiro, ao utilizar as experiências internacionais para escolher o modelo que melhor se ajustasse à realidade do país, adotou principalmente métodos e princípios do sistema progressivo, que é o que mais se assemelha ao modelo de privação de liberdade atualmente previsto no Código Penal.

André Estefam (2018, p. 390) traz os modelos adotados nos códigos penais utilizados ao longo da história brasileira. O Código Criminal de 1830 não chegou a um sistema específico, mas houve diversas tentativas para a utilização do sistema auburniano (Casa de Correção, 1882). O Código Penal de 1890 foi inspirado no sistema progressivo irlandês, pois prescrevia a possibilidade de transferência para a penitenciária agrícola depois do cumprimento de metade da pena nas condenações superiores a seis anos de prisão e, em caso de boa conduta, permitia a adoção do instituto do livramento constitucional, surgido em 1924.

O Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – em linha de pensamento semelhante à do sistema penitenciário – adotou o modelo progressivo<sup>1</sup>, como se pode observar no artigo 33, § 2.º, e também na Exposição de Motivos 211, de 9 de maio de 1983, elaborada por ocasião da reforma de institutos e dispositivos da parte geral:

A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito.

---

1 As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

O intuito legislativo mais claro, portanto, é aplicar uma pena privativa de liberdade necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito (artigo 59 do CP), sem deixar de promover o respeito à dignidade humana do criminoso, postulado básico da sociedade e fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1.º, III, da CRFB/1988).

A despeito das visões em contrário dos posicionamentos da escola abolicionista, a legislação criminal brasileira continua entendendo a aplicação da pena privativa de liberdade como medida necessária a determinadas espécies de crime. E, a bem da verdade, é preciso ponderar que as normas penais brasileiras adotam o encarceramento como *ultima ratio* da penalização, preferindo as outras espécies de pena – restritivas de direitos e multas – antes de aplicar a privação de liberdade.

Assim, embora os tipos penais prevejam abstratamente a cominação de penas privativas de liberdade em seus preceitos secundários para que possam ser efetivamente cumpridas, é necessário que se reúna uma série de condições desfavoráveis ao condenado. Afinal, antes de ser levado ou mantido em uma penitenciária para cumprir pena, ele poderá ser beneficiado por diversos preceitos da legislação penal. É o caso dos institutos despenalizados da composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo (artigos 72, 76 e 89 da Lei 9.099/1995), da substituição de pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (artigo 44 do CP), da multa substitutiva (artigo 60, § 2.º do CP), da suspensão condicional da pena (artigo 77 do CP), do livramento condicional (artigo 83 do CP), das saídas temporárias (artigo 122 e seguintes da Lei de Execução Penal – LEP), da graça e do indulto (artigo 107, inciso II do CP), entre outros.

---

Na Exposição de Motivos 211, de 9 de maio de 1983, acerca das alterações empreendidas na parte geral do Código Penal, a visão é a vertente lógica de tal diploma legislativo. O Item 26 do documento destaca que uma política criminal que tenda a proteger a sociedade deve buscar restringir a pena privativa de liberdade apenas aos casos de comprovada necessidade, aplicando sanções diversas aos crimes menos graves. Na mesma linha, o Item 29 esclarece o novo leque de penas trazido pela reforma, o qual tem como intuito primordial o aperfeiçoamento da pena de prisão quando necessária e a sua substituição quando aconselhável, desde que garantida a eficiência do poder sancionador e corretivo do Estado.

Por conta dessa quantidade de benefícios dos quais se pode valer um condenado em processo criminal a fim de ficar isento da pena privativa de liberdade, Bruno Carpes (2018), no artigo *O mito do encarceramento em massa*, critica essa realidade do sistema penal brasileiro:

Após inúmeras mudanças legislativas, iniciadas em 1984 por um sistema progressivo irreal, o sistema prisional assemelha-se a uma porta giratória de criminosos, permitindo-se, com o sangue e o sofrimento de incontáveis vítimas, que um malfeitor tenha de cometer inúmeros crimes para permanecer tempo razoável em regime fechado. Em outras palavras, verifica-se que os condenados criminalmente permanecem pouquíssimo tempo no sistema prisional, o que demonstra a falta do efeito intimidatório/dissuasório inerente à pena de prisão por tempo prolongado, conforme alertava o Nobel Gary Becker.

Em breves palavras, a polêmica penal deste ponto gira em torno de saber quando a pena privativa de liberdade é necessária e quando ela deixa de ser. Apesar de algumas vozes ainda defenderem a abolição da pena de prisão, não parece nada razoável deixar de utilizar a privação de liberdade como sanção nas sociedades do tempo atual, notadamente por inexistir alternativa mais adequada para os casos em que aquela é aplicada.



Antes de prosseguir, porém, é imprescindível analisar o regramento específico das penas privativas de liberdade no Brasil, suas espécies e peculiaridades. Isso porque o ordenamento jurídico pátrio prevê o cumprimento da sanção privativa de liberdade em pelo menos três maneiras distintas: a reclusão, a detenção e a prisão simples. As duas primeiras são aplicadas aos crimes e a última é de aplicação exclusiva às contravenções penais<sup>2</sup>.

Nos termos do artigo 33 do Código Penal, a pena de reclusão é cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção é cumprida em regime semiaberto ou aberto. Já a prisão simples, como ressalta André Estefam (2018, p. 392), é cumprida sem rigor penitenciário, em regime aberto ou semiaberto (sem qualquer possibilidade de regressão para regime fechado), possui trabalho facultativo para penas de até 15 dias e impõe a separação do condenado em relação aos que estão em reclusão ou detenção.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 238), a tendência moderna é unificar as espécies de penas privativas de liberdade em apenas um modelo de sanção (unificação do sistema prisional). Aliás, apesar de o Código Penal brasileiro ter mantido a distinção das espécies de penas privativas de liberdade, a diferença entre reclusão e detenção é “quase puramente formal”.

A diferença, destarte, é que a pena de reclusão pode ser iniciada em qualquer dos três regimes (aberto, semiaberto ou fechado), enquanto a detenção só pode ser iniciada nos regimes aberto ou semiaberto, podendo o condenado ser transferido para o regime fechado no caso de regressão (artigo 118 da LEP).

---

2 As contravenções penais previstas no Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, podem ser entendidas como infrações de natureza penal dotadas de menor ofensividade, causando menores prejuízos às vítimas e ao próprio Estado. De acordo com o artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, considera-se contravenção “a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Consoante o artigo 33, § 1.º, CP, o regime fechado consiste na execução da pena em estabelecimento penitenciário de segurança máxima ou média; o regime semiaberto é a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; enquanto o regime aberto trata da execução da pena em casa de albergado ou em localidade similar e adequada às suas finalidades.

No regime fechado o condenado fica sujeito a trabalho durante o dia e a isolamento no período noturno. O trabalho é realizado em comum no interior do estabelecimento prisional, de acordo com as aptidões de cada condenado e com as características da pena, podendo haver prestação de serviço externo em atividades ou obras públicas (artigo 34 do CP).

Os artigos 87 e 88 da LEP revelam que o regime fechado acarreta o cumprimento da pena em penitenciárias nas quais o condenado fica alojado em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório. O ambiente deve ser dotado de salubridade, ou seja, possuir medidas adequadas de aeração, insolação e condicionamento térmico. Ademais, a lei prescreve uma área mínima de seis metros quadrados para a unidade celular. Em se tratando de penitenciária destinada ao sexo feminino, acrescenta-se a necessidade de seção especial para gestantes e parturientes, bem como de creche para abrigar crianças entre seis meses e sete anos que estejam desamparadas em virtude da sanção aplicada à genitora.

Quanto ao regime semiaberto, também há trabalho em comum durante o período diurno, com a peculiaridade de as tarefas serem executadas em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento congêneres. Nesse caso, tanto o trabalho externo quanto a frequência a cursos são admitidos (artigo 35 do CP). A LEP estabelece que o condenado pode ser alojado em ambiente coletivo, desde que haja respeito às condições mínimas de salubridade e dignidade, com seleção adequada de presos e preservação da capacidade máxima para atender a individualização da pena (artigos 91 e 92).

Em se tratando do regime aberto, destacam-se os princípios de autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, pois ele deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada no ambiente externo do estabelecimento, sem vigilância (artigo 36 do CP). O lugar adequado para este regime é a casa de albergado, que deve estar situada em centro urbano, separado dos demais ambientes, sem obstáculos físicos para fugas e com local apropriado para cursos e palestras (artigos 93 a 95 da LEP).

O complexo de normas penais aplicáveis na jurisdição brasileira é farto no sentido de assegurar variados direitos às pessoas que cumprem penas privativas de liberdade, porquanto a execução da pena não tem o condão de retirar a dignidade e a humanidade do condenado.

A própria CRFB/1988, ao passo em que garante a dignidade humana como seu fundamento, preocupa-se com o condenado ao estabelecer um rol de direitos e garantias fundamentais, em especial no sempre lembrado artigo 5.º, com vedação das penas de trabalhos forçados e cruéis (inciso XLVII, alíneas “c” e “e”), previsão para cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado – em homenagem ao princípio da individualização da pena (inciso XLVIII), garantia de respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX) e determinação para que as presidiárias tenham condições de permanecer com seus filhos durante a amamentação (inciso L).

É sempre bom lembrar que a Constituição Federal não deve ser vista como simples carta política ou como documento sem valor normativo, de conteúdo meramente programático. Ao contrário, como defende Konrad Hesse (1991, p. 14), a norma constitucional não possui vigência distinta e independente da realidade. Afinal, sua essência «reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

Outrossim, a LEP concede diversos direitos aos condenados que cumprem penas privativas de liberdade, como aqueles previstos

---

nos artigos 40 a 43: alimentação suficiente e vestuário, trabalho remunerado, previdência social, constituição de pecúlio, tempo de descanso e recreação, exercício de atividades artísticas e intelectuais, assistência jurídica, material, à saúde, educacional e religiosa, chamamento nominal, igualdade de tratamento, visita de cônjuge, companheira (ou companheiro) e parentes em dias determinados.

Há ainda os tratados de direito internacional que produzem efeito no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aqueles que versam sobre matéria de direitos humanos, os quais possuem status de norma constitucional ou caráter supralegal, na visão do Supremo Tribunal Federal (STF). É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, por exemplo, ratificado no Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, que prescreve em seu artigo 7.º a vedação a penas cruéis, desumanas ou degradantes. No mesmo sentido, a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, ratificada no Brasil pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, traz vedação à tortura como método de penalização (artigos 1.º e 2.º) e aos atos que constituam penas cruéis, desumanas ou degradantes (artigo 16).

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, dedica seu artigo 5.º à defesa de direitos relativos à integridade pessoal – seja física, psíquica ou moral –, estabelecendo a proibição de torturas e de penas cruéis, desumanas e degradantes, além de defender a ideia de que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Ademais, a convenção americana adentra em questões mais específicas relacionadas às sanções privativas de liberdade, como a individualização da pena, a necessidade de separação entre condenados e processados, a prescrição de princípios e regramentos diferenciados a crianças e a adolescentes, bem como a orientação de que tais penas devem ter como intuito primordial a reforma e a readaptação social dos condenados.

---

Não restam dúvidas, assim, de que o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em seu regramento interno quanto no aspecto das normas internacionais que passa a adotar, possui farta e considerável previsão de direitos e garantias fundamentais aos condenados a penas privativas de liberdade. O legislador preocupou-se em prever um sistema marcado pelo caráter progressivo do cumprimento da pena, pelo respeito à integridade física e psíquica dos condenados, e por fornecer estruturas condizentes com o propósito de corrigir, prevenir, reeducar e ressocializar os detentos.

O grande problema surge quando se observa que existe um hiato enorme entre o que está previsto na lei (como deveria ser) e o que existe e acontece de fato nas penitenciárias e nos demais ambientes voltados à execução de penas privativas de liberdade (como realmente é).

### **2.3. O contrassenso fático das prisões brasileiras**

Sem ignorar as demais espécies de penas, as sanções cumpridas em prisões, notadamente nos regimes fechado e semiaberto das penitenciárias brasileiras, na clássica pena de prisão e no modo como vem sendo executada, contribuem para a existência de graves problemas na execução das sanções como um todo.

Na verdade, as penitenciárias brasileiras estão mergulhadas num cenário crítico de completo caos: superlotação carcerária, falta de estrutura adequada aos fins da penalização, diuturna violação de direitos fundamentais dos detentos.

A Câmara dos Deputados realizou, entre 2007 e 2009, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Prisional, oportunidade em que elaborou documento de aproximadamente 600 páginas. Ao investigar a realidade carcerária brasileira, empreendendo diligências nos 26 estados e no Distrito Federal, os responsáveis

constatarem falta de higiene e de assistência material; acomodações totalmente inadequadas à dignidade dos condenados; insuficiência de vestuário (havia casos de nudez absoluta); alimentação deficiente e sem utensílios apropriados (comida distribuída em sacos plásticos); falta de idônea assistência médica, farmacêutica, odontológica, psicológica, jurídica e educacional; superlotação de celas; ócio (dados do Departamento Penitenciário Nacional revelam que mais de 80% dos presos não trabalham); comércio interno com preços abusivos; tortura; maus-tratos; presos sem contato com o sol há vários dias, em ambientes sem ventilação e iluminação natural; presídios femininos com diversas violações aos direitos das detentas (falta de higiene básica<sup>3</sup>, ausência de creches e berçários para o cuidado dos filhos); e constantes violações ao princípio da individualização da pena (sistemas de classificação de presos extremamente falhos e deficientes, em desrespeito à norma constitucional que impõe a separação dos detentos de acordo com idade e natureza do delito<sup>4</sup>).

Reportagem do portal de notícias G1 revela apontamentos do “Relatório de monitoramento de recomendações: massacres prisionais dos Estados do Amazonas, do Rio grande do Norte e de Roraima”, elaborado por membros do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) e do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT). O documento, datado de 2018, traz relatos de humilhação coletiva, desnudamentos, maus-tratos, espancamentos e agressões extremas, a ponto de a Penitenciária de Alcaçuz (maior do Rio Grande do Norte) ser

---

3 Conforme o relatório: “nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente.

4 De acordo com o relatório: “a superlotação, a falta de estabelecimentos adequados e a carência de técnicos são as principais causas do caos na classificação e na separação dos presos brasileiros. Infelizmente, presos de baixa periculosidade são misturados a monstros de carreira e têm tão somente duas opções: a submissão à exploração ou a agremiação com os movimentos prevalecentes”.

comparada a Abu Ghraib, presídio iraquiano marcado por práticas de tortura durante o regime de Saddam Hussein.

Ao discorrer sobre o estado dos locais em que se cumprem sanções privativas de liberdade no Brasil, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 266-267) também revela graves violações, como o ócio dos detentos, a frequência com que ocorrem massacres, homicídios, estupros, decapitações, estripamentos, esgardejamentos, tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha, e acrescenta:

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios de inspeção do CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à vida humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas depreciadas e celas imundas, sem iluminações e ventilação, oferecem perigos constantes para os presos e riscos gravíssimos à saúde ante as oportunidades de infecções diversas. As áreas de banho e sol convivem com esgoto aberto, com o escorrimento das fezes. Os presos não têm acesso à água, para banho e para hidratação, à alimentação de mínima qualidade. A comida está, muitas vezes, azeda ou estragada. Em algumas ocasiões, eles comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, no caso das mulheres, absorvente íntimo.

O projeto *Sistema Prisional em números*, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e elaborado a partir de visitas do parquet a unidades carcerárias, revelou, entre outros dados, que a taxa de ocupação média dos presídios brasileiros é de 175%. Além disso, entre março de 2017 e fevereiro de 2018, do total de 1.456 unidades prisionais, houve morte de detentos em 474 delas, em 81 houve registro de maus-tratos de funcionários a presos, e em 436 foram registradas lesões corporais.

Quando o assunto é o número de gente presa nos presídios brasileiros, é indubitável a realidade de superlotação. Para isso,

---

basta ter acesso a registros videofotográficos das celas, frequentemente divulgados pela imprensa, e perceber que a quantidade de pessoas que as ocupam é muito maior do que a quantidade que deveria ocupar.

A maior polêmica surge em relação ao número de detentos acima da quantidade de vagas, uma vez que algumas pesquisas incluem na "população carcerária" os presos em regime semiaberto, em regime aberto e até mesmo aqueles que cumprem prisão domiciliar, o que pode macular o propósito científico da pesquisa – a depender do que se pretende demonstrar. Parece inverdade, por exemplo, interpretação estatística que considere a influência do número de presos domiciliares e em casas de albergados (regime aberto) no cômputo de presos ocupantes do Sistema Penitenciário Nacional.

É fato que os regimes semiaberto e aberto ainda possuem estruturas bastante deficitárias. Faltam vagas e até mesmo estabelecimentos adequados, como colônias agrícolas, industriais e casas de albergado. Esse é um dos motivos pelos quais, muitas vezes, o preso de um regime acaba ficando em outro, prejudicando as análises quantitativas e, acima de tudo, o escorreito funcionamento do sistema progressivo de penas.

Uma pesquisa realizada pelo portal de notícias Migalhas revela que em apenas 11 capitais brasileiras os condenados ao regime semiaberto ficam reclusos exclusivamente em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares. Nas demais capitais, os detentos acabam cumprindo pena em penitenciárias comuns, em casas de albergado, em domicílio ou fazendo uso de tornozeleira eletrônica.

Essa situação impacta, com certeza, qualquer análise sobre o quantitativo de pessoas reclusas nos presídios brasileiros. Entrementes, os dados extraídos de fontes confiáveis não devem ser desprezados. Cabe aos interessados avaliar as estatísticas com cautela, já que podem funcionar como fundamento para a análise da crise penitenciária nacional.

---



*O Monitor da Violência*, do portal de notícia G1, por exemplo, mostra dados relativos à superlotação carcerária, ao número de presos por agente e ao percentual de presos provisórios em cada estado da federação, mas sem esclarecer se inclui ou não presos domiciliares e dos regimes aberto e semiaberto. O estudo, publicado no início de 2018, aponta 686.594 pessoas presas no Brasil, enquanto o número de vagas disponíveis é de 407.309, o que resulta em um percentual de superlotação de 68,6%. Do total de detentos, 236.058 seriam presos provisórios (34,4% da população carcerária).

O Conselho Nacional de Justiça, em análise mais completa e atualizada de relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), divulga em seu sítio eletrônico uma espécie de radiografia do Sistema Penitenciário Nacional (Geopresídios). Consoante os dados, o Brasil possui 2.609 presídios, com 339.483 presos em regime fechado, 117.186 presos em regime semiaberto, 10.789 presos em regime aberto, 246.319 presos provisórios e 6.401 presos em prisão domiciliar, alcançando 720.178 pessoas, sem contar os 3.450 internos em cumprimento de medida de segurança.

Não por acaso, duas autoridades brasileiras chegaram a comparar, em intervalo de tempo relativamente curto, as prisões do país a “masmorras medievais”. Primeiro, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal ministro Cezar Peluso, em 2011, teceu severas críticas ao sistema carcerário brasileiro e comparou algumas prisões às “masmorras medievais” (reportagem da Folha de S. Paulo no Portal UOL). Depois, em 2015, o então ministro da Justiça José Eduardo Cardozo afirmou categoricamente que os presídios brasileiros são “masmorras medievais” (reportagem do Estadão).

Em que pese tal situação, Bruno Carpes (2018) salienta que os gastos com o aparato penal brasileiro foram reduzidos quase pela metade (49,2%) entre 2006 e 2015, alcançando o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) um saldo de 3,5 bilhões de re-

ais para investimento no sistema penitenciário. O contrassenso dessa conduta omissiva do poder público é completamente desarrazoado e injustificado, pois, diante de todas as mazelas citadas, o governo federal simplesmente reteve vultosa quantia por aproximadamente dez anos. Esse paradoxo só começa a mudar em 9 de setembro de 2015, quando decisão do plenário do STF em Medida Cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347/DF determina que a União libere o saldo acumulado do FUNPEN para ser utilizado na finalidade para a qual foi criado, vedando-se novos contingenciamentos<sup>5</sup>.

Mesmo assim, consoante notícia do G1 em junho de 2019, uma auditoria do Tribunal de Contas da União realizada entre maio e novembro de 2018 apontou que, quase dois anos do primeiro repasse obrigatório do FUNPEN, apenas 5,3% dos recursos voltados para a criação de vagas nas prisões foram executados em doze estados do país. A despeito de toda a crise penitenciária brasileira, isso representa um valor não executado da ordem de R\$ 489.584.193,00.

Enquanto parte dos presos sofre constantes violações a seus direitos fundamentais, outros utilizam a influência e o poder do crime para auferirem benefícios e regalias durante o cumprimento das suas penas. Em total subversão ao espírito de um castigo estatal como consequência da prática delituosa, certos detentos conseguem ter acesso a diversos privilégios no interior de colônias agrícolas, industriais e até mesmo de estabelecimentos prisionais de alta segurança.

Não são raras notícias nesse sentido, como evidenciam outras duas reportagens do Portal G1. Em Goiás, por exemplo, durante a "Operação Regalia", a investigação descobriu que no Presídio de Anápolis alguns presos traficavam drogas e até mantinham um motel nas dependências do estabelecimento. E como se não pudesse piorar, enquanto alguns detentos deveriam estar traba-

---

5 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – Distrito Federal.

lhando, saíam para visitar familiares, compareciam a agências bancárias e até frequentavam festas (tudo isso enquanto recebiam redução da pena pelo falso período laboral na penitenciária). Em outro caso, escutas telefônicas autorizadas pela Justiça identificaram que na Penitenciária de Aparecida de Goiânia e no Presídio Central de Porto Alegre detentos conversavam livremente por meio de aparelhos celulares e possuíam acesso à internet. Havia “celas” com televisores de última geração, cozinhas modernas e equipadas com geladeiras duplex e liquidificador, ventiladores, aparelhos de som, diversos alimentos (eram frequentes os churrascos com carne de primeira qualidade), além da grande circulação de dinheiro no interior dos estabelecimentos.

Também abundantes são as notícias de regalias a presos acusados ou condenados por crimes de colarinho branco, cujo número aumentou consideravelmente depois da “Operação Lava-Jato”. No Complexo Médico Penal de Pinhas, na região metropolitana de Curitiba, tanto o Ministério Público Federal quanto a Polícia Federal receberam notícias de que um grupo de políticos, executivos e lobistas teriam acesso a aparelhos celulares, internet, visitas íntimas diferenciadas, comida exclusiva e até cozinheiro, segurança e zelador particulares (Portal R7). Já no presídio de Benfica, no Rio de Janeiro, as acusações são de regalias ao ex-governador Sérgio Cabral, que teria acesso a uma farmácia de luxo e até a uma espécie de sala de cinema incluindo televisor de 65 polegadas e *home theater* (notícia do G1 RJ).

Diante do exposto, fica atestada a falência do sistema penitenciário brasileiro, já há muito tempo ineficaz e distante das suas finalidades. Sem a importância devida do Estado, acaba por retirar dele a legitimidade e os possíveis bons frutos que adviriam de um funcionamento adequado ao ordenamento jurídico. Verifica-se inquestionável contrassenso entre o que está previsto na lei e o que se encontra na realidade. A conclusão é de que, no Brasil, as penas privativas de liberdade estão sendo executadas de maneira totalmente inadequada.

---

### **3. A caracterização do sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”**

Não é difícil perceber o paradoxo entre o que está previsto no ordenamento jurídico e aquilo que existe de fato nas penitenciárias brasileiras. Tamanha contradição, que se perpetua há vários anos no país, faz com que as soluções sejam cada vez mais complexas. Em outras palavras, a crise tornou-se tão grande que não é mais só uma “crise”, é um “estado de inconstitucionalidades”.

#### **3.1. O que vem a ser um “estado de coisas inconstitucional”**

Antes de saber o que vem a ser, é preciso saber o que não vem a ser um “estado de coisas inconstitucional” (ECI). Este é o ponto mais importante para compreensão do instituto, pois pensar que qualquer inconstitucionalidade pode ser encarada como um “ECI” é erro grave, que banaliza o instrumento e prejudica a resolução de problemas constitucionais.

Portanto, esta ferramenta constitucional não pode ser confundida com os modelos de declaração de inconstitucionalidade adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer: a ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e até mesmo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se confundem com o conceito e com a aplicação do ECI.

Inconstitucionalidade, como o próprio termo já revela, é uma evidente contradição entre o texto constitucional e uma norma infraconstitucional, pois, consoante o princípio da supremacia da constituição, a norma de hierarquia inferior deve extrair da Lei Maior o seu fundamento de validade. Diante da situação em que uma norma infraconstitucional não encontra respaldo lógico e normativo na lei constitucional, apenas resta como alternativa a declaração de sua inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI), como revela o artigo 102, inciso I, letra a, da CRFB/1988, destina-se a declarar a contrariedade de leis ou atos normativos federais ou estaduais ao texto constitucional. A diferença em relação ao ECI não está, necessariamente, em algum ato normativo, mas sim em situação fática de inconstitucionalidade.

Noutro giro, há casos de inconstitucionalidade que não se baseiam na existência de uma norma contrária aos dizeres constitucionais, mas sim na omissão do poder público em concretizar o conteúdo valorativo de determinada norma da Constituição. Consoante Gianfranco Faggin Mastro Andréa (2018, p.1), existem situações em que as deficiências estatais não são meras omissões legislativas que obstaculizam a efetivação de políticas públicas. Decorrem da falta de harmonia e coordenação na atuação de diversos órgãos públicos, “falha estrutural” capaz de impedir ou prejudicar fortemente a concretização e a proteção de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A ADPF, conforme artigo 1.º da Lei 9.882/1999, trata-se de ação que tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público. Conforme Uadi Lammêgo Bulos, citado por Pedro Lenza (2010, p. 300-301), preceito fundamental diz respeito aos comandos basilares do sistema constitucional imprescindíveis à concretização das bases de manifestação constituinte originária.

Aliás, até caberia interpretação segundo a qual a ADPF poderia ser utilizada para sanar a crise do sistema penitenciário brasileiro, entendendo-se que a situação dos presídios configura omissão do poder público que gera lesão a preceitos fundamentais da Constituição, como é o caso das constantes violações a direitos fundamentais dos detentos. Porém, mais adequado seria buscar o reconhecimento do ECI por meio da ADPF, uma vez que a violação a preceito fundamental estaria contida no estado

de inconstitucionalidades, que é mais amplo. Foi o que buscou o Partido Socialismo e Liberdade (Psol) ao ajuizar a ADPF 347/DF.

Todavia, é preciso entender que um ECI é diferente de uma ADPF. A situação de um ECI é mais grave do que de uma ADPF, pois há casos de ADPF que não configuram ECI. A ADPF funciona como instrumento de acesso ao Judiciário (ação constitucional), enquanto o ECI, no cenário jurídico-processual brasileiro, é conceito teórico de um estado de inconstitucionalidades, e não um instrumento processual propriamente dito.

Dos modelos de controle concentrado de constitucionalidade, talvez o que mais se aproxime do ECI seja a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Segundo a Lei 9.868/1999, a ADO tem como finalidade sanar omissão quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou à adoção de providências de índole administrativa (artigo 12-B). De acordo com a doutrina de Pedro Lenza (2010, p. 306), esta ação objetiva combater a famigerada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, também chamada de “doença da omissão administrativa”.

Não fosse a gravidade do estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, seria possível resolver o problema por meio de uma ADO, invocando-se a omissão do poder público quanto à adoção de medidas de natureza administrativa. Todavia, a situação das penitenciárias brasileiras é tão grave que já ultrapassou a esfera de abrangência de uma mera ADO.

Nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 58), muito mais grave do que uma inconstitucionalidade por omissão, no ECI encontra-se “uma realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos”.

Se nenhuma das ações de controle concentrado de constitucionalidade puder resolver tamanha crise institucional, não é o

caso também do mandado de injunção, remédio constitucional de controle difuso existente mais para corrigir a falta de norma regulamentadora que prejudique o exercício de direitos e prerrogativas (artigo 5.º, inciso LXXI, CRFB/1988) .

Azevedo Campos (2016, p. 161) acrescenta que não se trata de simples questão textual, de preciosismos de linguagem – como se o objetivo fosse selecionar a melhor palavra ou o melhor conteúdo semântico –, mas sim de concreta falta de efetividade de direitos e da distância entre as promessas constitucionais e o que se encontra na realidade.

No que se refere à crise de efetividade de direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet (2004) ressalta a falta de capacidade do Estado em atender demandas de direitos, o que contribui para a proliferação da crise de outras necessidades institucionais e pessoais dos cidadãos, levando aos crescentes índices de violência e de ofensa a bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade sexual e o patrimônio.

Por certo, mencionada ineficiência do poder público em concretizar direitos fundamentais de caráter individual e social não se resume à crise do sistema penitenciário brasileiro. Simboliza exemplo clássico da discrepância entre o que consta das previsões normativas – inclusive de índole constitucional – e a realidade tão distante do que se vê na prática.

Azevedo Campos (2016, p. 18-20) ensina que as omissões estatais não são apenas violações ao texto constitucional, mas também empecilhos à completa produção de efeitos dos direitos fundamentais. Logo, justifica-se a atuação judicial diante da inércia estatal, que implica a criação de um ambiente “real, atual e objetivo” de deficiências na tutela de direitos fundamentais e sociais num “quadro permanente de falhas estruturais”.

O ECI está associado não a simples violações ao texto constitucional, mas a um estágio complexo de seguidas omissões, a pon-

to de se constatar um quadro permanente de ofensas a direitos e a garantias fundamentais já arraigado na estrutura sistêmica, de difícil solução por envolver atores de diversos órgãos públicos.

A doutrina do ECI tem origem em 1997 na Corte Constitucional da Colômbia, quando o tribunal julgou diversas ações de importância nacional e classificou os incidentes como “estados de coisas inconstitucionais” em questões previdenciárias de professores, petição dos aposentados, ineficiência administrativa, falta de convocação de concurso público para notários, deslocamento forçado de pessoas, mora no pagamento de aposentadorias.

O caso mais emblemático, contudo, é o da *Setencia T-153/1998*, em que a Corte Constitucional colombiana identifica nas penitenciárias do país a ocorrência de uma violação a direitos fundamentais (dignidade humana, vida, integridade física e saúde), motivada pela superlotação dos presídios nacionais. A decisão torna-se tão famosa que passa a influenciar outros tribunais constitucionais pelo mundo, como o peruano e o brasileiro.

Esclareça-se que, por se tratar de uma teoria constitucional recente, há ainda melhorias a serem empreendidas. A experiência colombiana mostra que o instituto não deve ser banalizado, pois o tribunal do país acabou considerando meras inconstitucionalidades por omissão como “estado de coisas inconstitucional”. Ademais, as soluções para os casos de ECI, como destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 244-245), devem ser obtidas por meio de “diálogos institucionais”, evitando-se imposições judiciais que tendam a atrapalhar os processos de resolução de graves inconstitucionalidades.

Durante os anos, então, a Corte Constitucional colombiana identificou erros, amadureceu conceitos e evoluiu em relação ao modo de tratar o ECI em sua jurisprudência. Em 2004, no caso do deslocamento forçado de pessoas no território colombiano, *Sentencia T-025*, o tribunal chegou a estabelecer seis “fatores va-



lorados” que funcionam como requisitos para a constatação de um “estado de coisas inconstitucional”:

*(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

Azevedo Campos (2016, p. 179-185) prefere falar em apenas quatro requisitos para a configuração de um ECI: (I) a constatação de violação massiva e contínua de direitos fundamentais afetando grande número de pessoas, e não somente um caso de proteção deficiente do Estado; (II) omissão constante e persistente das autoridades públicas em realizar suas missões institucionais de defesa e promoção de direitos fundamentais; (III) soluções dependentes de medidas e determinações a um conjunto de órgãos, com a responsabilidade sendo atribuída a uma pluralidade de agentes públicos; e (IV) o risco potencial de um número elevado de ações judiciais sendo ajuizadas, o que levaria à sobrecarga do Poder Judiciário e ao acúmulo de processos.

Garcia Jaramilo, citada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 186), diz que a doutrina jurídica do estado de coisas inconstitucional surgiu como uma resposta judicial que tem como objetivo reduzir a distância entre as variadas consagrações normativas e a realidade social de um país desigual.

Gianfranco Faggin Mastro Andréa (2018, p. 66) define o ECI como técnica decisória judicial destinada a superar um estado de “violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de ações e/ou omissões em função de bloqueios políticos e/ou institucionais de diferentes autoridades/órgãos/poderes públicos” capazes de prejudicar um grupo de pessoas em condição de vulnerabilidade.

Também conceituando o instituto, o jurista Azevedo Campos (2016, p. 187) aduz:

Defino o ECI como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

O estado de coisas inconstitucional, portanto, nada mais é do que um instrumento judicial utilizado em decisões no âmbito do direito constitucional para fins de resolução de uma conjuntura crítica e socialmente relevante, que produz reflexos sobre a vida de diversas pessoas em situação de constante violação de direitos fundamentais. Por um lado, cabe ao Poder Judiciário coordenar, por meio de diálogos institucionais, medidas de atuação solidária dos órgãos responsáveis.

Por outro lado, há aqueles que não consideram positiva a ideia de importação da técnica decisória do ECI para o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Para o jurista Lenio Luiz Streck (2018), o ECI significa uma forma de ativismo judicial de aplicação por demais abrangente (pode abarcar uma série de problemas estatais, desde aqueles sérios e graves até questões banais do coti-

diano) e desnecessária diante da suficiência dos instrumentos processuais já contidos na CRFB/1988. O autor reputa a teoria como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes. Ele entende que a questão do ECI colombiano não se aplica ao Brasil e, tendo em vista que o controle de constitucionalidade tem normas como objeto, não seria juridicamente possível declarar-se a inconstitucionalidade de “coisas” ou mesmo de “estado de coisas”.

Com a devida vênia, as críticas supracitadas não devem prosperar. Antes de tudo, é preciso conhecer o histórico e a evolução teórica do ECI, pois só então será possível compreender a base filosófica, a juridicidade e as causas sociais que legitimam a existência do instrumento. Não se trata de ativismo judicial desarrazoado, e prova isso a proposta de resolução dos conflitos por meio de diálogos institucionais, sem imposições de um Poder sobre outro, o que desmistifica, ao mesmo tempo, a ideia de violação ao princípio da separação dos poderes.

Quanto ao uso indiscriminado da técnica do ECI, é verdade que durante a história do Tribunal Constitucional colombiano a medida foi usada muitas vezes indevidamente, o que acabou enfraquecendo e esvaziando o núcleo de validade da teoria. Contudo, utilização equivocada não é sinônimo de vício da teoria. Isso porque, com aplicação limitada a casos de extrema gravidade, quando estiverem reunidos os pressupostos de fundamentação, o instrumento pode produzir resultados importantes, notadamente em estados de marcante desigualdade social e violação de direitos fundamentais.

A despeito da alegada desnecessidade, o Estado brasileiro conviveu com a crise no sistema penitenciário durante anos sem nenhuma perspectiva de mudança. E mesmo com todos os alegados “instrumentos processuais”, com todas as ações já existentes, nada foi feito para a solução deste estado de inconstitucionalidades.

Apesar desse imbróglio, resta salientar que o que mais tem valor não é a discussão jurídica acerca da aplicação do ECI no orde-

---

namento jurídico brasileiro. Ficou evidenciado, até pelo STF, a condição deplorável dos presídios nacionais, há anos repletos de desumanidades e diversas violações a direitos e garantias que deveriam ser fundamentais. Não faz tanto sentido saber por onde veio a constatação, porque o que verdadeiramente incomoda é verificar as condições em que as penas privativas de liberdade são cumpridas na República Federativa do Brasil.

### **3.2. A ineficiência das penas privativas de liberdade no Brasil: como criticar o que nunca existiu?**

A situação em que se encontram as penitenciárias brasileiras deve ser digna de atenção das autoridades do país. É evidente o paradoxo entre o que está previsto no ordenamento jurídico pátrio e o estado lastimoso das prisões, marcadas pela violação de direitos fundamentais que deveriam ser assegurados a qualquer pessoa, tanto pelo respeito à humanidade quanto pelo dever de proteção à dignidade de cada cidadão.

Já se passaram mais de 20 anos desde a promulgação da CRFB/1988 e até hoje não se conseguiu colocar em prática direitos mínimos assegurados às pessoas que cumprem penas privativas de liberdade no país. A despeito da vasta previsão de direitos e garantias aos detentos, tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional, o estado caótico das prisões brasileiras faz parecer que inexistem normas.

Na realidade, porém, as normas existem. O que se constata é um enorme desrespeito às suas disposições. O poder público quase nada se importa com a população isolada nos presídios. Como se não fossem vidas. As políticas públicas e as destinações orçamentárias olvidam a importância das penas privativas de liberdade para o Direito Penal e, via de consequência, para a sociedade e para o Estado. Chega-se ao ponto de perguntar se o que vemos no Brasil

são, de fato, penas privativas de liberdade cumpridas no seio de um Estado de Direito ou se são apenas pocilgas onde os criminosos são despejados para ficarem separados das outras pessoas.

É por isso que a situação do sistema penitenciário do Brasil deve ser vista como um estado de coisas inconstitucional. Aliás, conforme explanação de Gianfranco Faggin Mastro Andréa (2018, p. 152), a nação brasileira é marcada por numerosas e diuturnas violações a direitos fundamentais de grupos vulneráveis, o que evidencia o descompasso entre as promessas constitucionais e a realidade, legitimando-se a existência de um ECI.

Vários setores da sociedade, da mídia e até de estudiosos do Direito criticam a pena privativa de liberdade como se fosse ela a responsável pelo caos do sistema penitenciário nacional, e também do próprio sistema criminal como um todo. Entretanto, é preciso diferenciar a pena privativa de liberdade prevista no ordenamento jurídico da pena privativa de liberdade cumprida nos presídios. Afinal, como restou evidenciado, elas estão longe de ser a mesma coisa.

No viés do direito comparado, a situação brasileira é semelhante àquela encontrada nos presídios colombianos em 1998, época em que a Corte Constitucional da Colômbia, por intermédio da já mencionada *Sentencia T-153*, declarou o ECI daquele sistema penitenciário. A propósito, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 265) identifica um rol de similaridades entre o contexto colombiano de 1998 e o brasileiro atual: superlotação e insalubridade dos estabelecimentos prisionais, torturas, divisão inadequada entre os presos, violações a direitos básicos de saúde, alimentação, educação e trabalho, condições desumanas e indignas.

Diante desse cenário, o Partido Socialismo e Liberdade (Psol) ajuizou a ADPF 347/DF, com pedido liminar, justamente para buscar o reconhecimento do instituto do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, além da adoção de providências estruturais do poder público às alegadas ações

e omissões institucionais que têm produzido lesões a preceitos fundamentais das pessoas submetidas a privações de liberdade.

O STF, como guardião da Constituição (artigo 102 da CRFB/1988), reconheceu em decisão liminar do plenário do órgão, em 27 de agosto de 2015, a ocorrência de um ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro. A ementa ficou redigida da seguinte forma:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de 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, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

O ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADPF 347/DF no STF, manifesta em voto a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro. Além da violação de diversos direitos fundamentais, destacou a falta de trabalho, de educação e de outras ocupações do tempo; as barbáries que os presos promovem entre si, os constantes massacres, homicídios, violências sexuais, decapitações, estripações, estrangulamentos e choques elétricos; o desrespeito a grupos vulneráveis no interior dos presídios; o número insuficiente de agentes penitenciários; a falta de estrutura e, acima de tudo, a generalidade dos problemas, pois não são exclusivos de um ou de outro estabelecimento penitenciário, mas estão presentes em todas as unidades prisionais do país. Mello diz ser necessário reconhecer “a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro”. Destaque-se o seguinte trecho do voto:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fun-

damentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

A ADPF 347/DF ratifica, pela primeira vez no Brasil, o grave estado de crise relativo ao sistema penitenciário nacional. O próprio STF admite que violação grave e sistemática de direitos fundamentais se trata de um problema de difícil solução. Além do relator ministro Marco Aurélio, outros sete ministros reconheceram em seus votos a vigência de um ECI no sistema penitenciário brasileiro: Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A mais alta corte brasileira confirmou a existência de um estado de coisas inconstitucional nas penitenciárias brasileiras. Isso representa um marco na história do sistema de penas privativas de liberdade no país, uma vez que a situação crítica das prisões foi reconhecida e abriu caminho para implantar medidas resolutivas aos problemas constatados.

Além do Poder Judiciário, urge salientar a posição especializada do jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 271) sobre o panorama fático das penitenciárias brasileiras:

Postas as coisas assim, verifica-se, de forma inequívoca, o preenchimento dos pressupostos de configuração do ECI. Primeiramente, o sistema prisional brasileiro revela violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos quanto à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do

que inobservância da ordem jurídica correspondente pelo Estado, configuram tratamento desumano, degradante, cruel, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em cruéis e desumanas; os presos tornam-se "lixo digno" do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

Feitas essas considerações, e comprovada a caracterização do sistema penitenciário brasileiro como um ECI, chega-se à pergunta do título deste artigo: como criticar o que nunca existiu?

Ora, não faltam críticas à existência de um modelo sancionador de Direito Penal que ainda utiliza as penas privativas de liberdade como principal punição. Os críticos partem deste estado de falência das prisões para argumentar que o cerceamento de liberdade em presídios é sanção completamente ultrapassada e ineficiente, ainda mais no contexto de um Estado de Direito.

O movimento abolicionista, principal modelo de oposição à aplicação de penas privativas de liberdade no contexto hodierno de Direito Penal, tem como maiores expoentes os pensadores Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Sebastian Scheerer. Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 401) resume os ideais do movimento abolicionista em *(I)* descriminalização – deixando de considerar certas condutas como infrações penais – e *(II)* despenalização, eliminando penas para a prática de algumas condutas, mesmo que continuem a ser consideradas criminosas, sendo estas medidas vistas como soluções para a crise do sistema penitenciário.

Claus Roxin (2001, p. 2) destaca que o abolicionismo, cujos maiores adeptos são criminólogos europeus, vê no direito penal estatal mais prejuízos do que benefícios. O aparelho repressor do Estado como estratégia não possui a mesma eficiência de modelos alternativos, como medidas conciliatórias, indenizações.



Acontece que essa visão está direcionada a um sistema penal em crise, caracterizado pela existência de penas privativas de liberdade ineficientes, que não respeitam as previsões normativas que lhes dão suporte. Diante das circunstâncias do Direito Penal brasileiro, é até fácil criticar o modelo de penas privativas de liberdade, porquanto suas deficiências expressam claramente a falência de tais sanções.

Não há notícias, no Brasil, da existência de um modelo ideal de execução da pena privativa de liberdade. E quando se diz ideal não se está buscando um sistema perfeito, mas algo que, pelo menos, seja capaz de respeitar as disposições mínimas de dignidade dos detentos, até porque o que se restringe na aplicação de tais sanções é a liberdade, e não aspectos de humanidade.

A conclusão óbvia é que não se pode criticar o que nunca existiu. Em outras palavras, não se pode dizer que a culpa da crise vivida pelo Direito Penal brasileiro é das penas privativas de liberdade em si mesmas. Afinal, em que pese o estágio deplorável das penitenciárias do país, o Estado e a sociedade reconhecem que há uma parcela de infrações penais que só será adequadamente reprimida com punições do tipo.

O principal ponto, contudo, é que só se poderia afirmar cabalmente que as penas privativas de liberdade não são úteis ao Direito Penal, e que constituem modelo anacrônico de sanção, se o Estado tivesse sido capaz de criar e manter penitenciárias com uma estrutura geral condizente com as disposições normativas e, a partir de então, ficasse comprovado o fracasso do sistema.

Se os direitos e as garantias previstos na CRFB/1988, no CP e na LEP não são regularmente assegurados aos detentos, o estado é de notória inconstitucionalidade. Isto a que se tem costumado chamar de prisão, como se fosse o local exato em que o ordenamento jurídico determinou o cumprimento de penas privativas de liberdade, é na verdade uma deturpação estatal do sentido da pró-

pria lei. Neste *locus horrendus* não pode haver pena ideal, pois faltarão condições mínimas para que o infrator tenha pelo menos oportunidade de ser reeducado. E mais, ainda que se pensasse no absurdo de ser o presídio um lugar onde os condenados apenas pagam por seus delitos (aspecto retributivo) e se evita a ocorrência de novos crimes (aspecto preventivo), estariam os estabelecimentos prisionais brasileiros em falha constante, pelas reiteradas e grotescas violações a direitos fundamentais.

Cumprir lembrar as lições de Michel Foucault (1997, p. 110) ao dizer que a ordem nas cadeias “pode contribuir fortemente para regenerar os condenados”, ao passo que problemas na educação dos detentos, maus exemplos disseminados e ociosidade contribuem para o surgimento de crimes.

O que esperar de um sistema penitenciário caracterizado pela desordem? Evidentemente, a resposta é a proliferação dos maus exemplos, das condutas nefastas, dos atos deletérios praticados do lado de fora das penitenciárias, que, neste contexto, continuarão sendo executados no interior dos presídios e, se houver oportunidade, também fora deles.

A crise do sistema penitenciário não está na existência e na aplicação de penas privativas de liberdade, já que elas são necessárias e adequadas a determinadas espécies de delito. A verdadeira raiz do problema é o tratamento dado pelo Estado às penitenciárias brasileiras, pois o poder público, numa postura incoerente de completo descaso, vem há muitos anos ignorando este “estado de coisas inconstitucional”.

Viram-se as costas ao cerne do problema. Presos cumprem suas penas em locais absolutamente inapropriados, onde sofrem todo tipo de violação a direitos humanos fundamentais, enquanto a sociedade, sem compreender integralmente o problema, sofre as consequências de um Direito Penal cada dia menos legítimo e convive com as mazelas de um país violento, corrupto, desigual e desumano, que parece não conseguir identificar e nem resolver crises.

---

### 3.3. Alternativas à crise do sistema penitenciário brasileiro

É neste cenário de completo caos que se torna possível identificar novas ideias para solução – ou pelo menos de redução – da crise existente na infraestrutura das prisões brasileiras. O ponto inquestionável é o fato de as penas privativas de liberdade estarem sendo totalmente desvirtuadas pelo poder público, pois o que se vê na realidade dos estabelecimentos prisionais está extremamente distante dos parâmetros legais e constitucionais, ficando constatado um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. As divergências surgem quanto ao modelo ideal para solução do problema.

Há de se ressaltar, antes de mais nada, apesar de todas as críticas recebidas, que as penas privativas de liberdade ainda possuem inegável importância para o Direito Penal. Certos tipos de delito e certos perfis de criminosos só podem ser adequadamente respondidos por meio de sanções rígidas, capazes de retribuir o mal causado e prevenir novas infrações penais.

Não se duvida de que o Direito Penal possui, na maior parte dos casos, função repressiva. E quando assume papel preventivo de desencorajar as pessoas a praticarem delitos com base na aplicação de uma pena em abstrato, seus efeitos são pequenos diante de outras estratégias mais eficazes que podem ser adotadas pelo poder público, principalmente investimentos a longo prazo. Por isso é sempre lembrada a frase de Cesare Beccaria (2001, p. 199) segundo a qual “o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação”.

Claro que investimentos sociais em educação, trabalho, saneamento básico e redução das desigualdades sociais trazem frutos mais sólidos para o Estado (mesmo que demorem certo tempo). Todavia, não se pode negar papel considerável do Direito Penal nas atividades estatais de segurança pública, difusão de va-

lores e manutenção dos padrões morais cultivados pela maioria da sociedade. Aqui, cabe uma frase muito lembrada de Cesare Beccaria (2001, p. 117): “o melhor meio de impedir o crime é a perspectiva de um castigo certo e inevitável”.

Grande parte dos recursos orçamentários do Estado deveria em médio e longo prazo mudar a realidade de muitas pessoas e trazer verdadeiro desenvolvimento nos aspectos social, econômico e cultural, além de ter consciência de que investimentos consideráveis em boas estratégias de política criminal são necessários.

Por muito tempo o poder público ignorou os presídios brasileiros e as pessoas que os ocupam. A despeito do caos existente, o Brasil chegou ao absurdo de permitir o contingenciamento de bilhões de reais do FUNPEN, entre 2006 e 2015. O Estado desistiu de fazer algo para resolver ou amenizar o problema da infraestrutura prisional, enquanto a situação se agravava cada vez mais.

O sistema prisional nunca foi prioridade. Sem a devida atenção das autoridades, superlotação carcerária e violação a direitos fundamentais, formou-se uma bola de neve, de solução complexa, chamada de estado de coisas inconstitucional das prisões. O poder público jamais pensou que investir no sistema penitenciário e adequar o cumprimento das penas privativas de liberdade pudesse trazer benefícios consideráveis à sociedade, como redução da violência e melhoria da qualidade de vida das pessoas. Ledo engano.

Se o país tivesse um sistema prisional mais bem estruturado, em conformidade com as normas de execução penal, o número de gente que teria a oportunidade de passar por uma ressocialização eficaz seria muito maior, assim como a finalidade para a qual foi criada a pena privativa de liberdade corrigiria os apenados, previniria novos delitos e os reeducaria. Provavelmente nem todos os criminosos seriam transformados, mas é evidente que as condições propícias de um ambiente salubre e humano contribuiriam sobremaneira para permitir a mudança de um número considerável de pessoas.

O jurista Edilson Mougenot Bonfim (2018) no artigo *Prisão, universidade do crime?* defende que, apesar das lastimáveis condições do cárcere brasileiro, no qual é indubitável a necessidade de melhorias para fins de garantia de direitos fundamentais, ele ainda pode funcionar para algumas pessoas como local de mudança e de transformação. Afinal, o “mesmo fogo que endurece o ovo derrete a manteiga”. Logo, advertidos e redimidos pelo castigo da prisão, alguns detentos podem utilizar a oportunidade para deixar de lado as práticas criminosas e adotar uma vida diferente.

Nem mesmo alguns defensores do abolicionismo descartam a pena de prisão, apesar de manterem-na destinada a um plexo reduzido de comportamentos desviantes. Claus Roxin (2001, p. 2), no artigo em que indaga se tem futuro o direito penal, afirma – partindo do pressuposto de que a criminalidade vai sempre existir – que ainda no futuro haverá espaço para a existência e para a aplicação de um direito sancionador.

O Direito Penal não pode deixar de utilizar penas privativas de liberdade em seu papel regulamentar e punitivo. Ainda que se permaneça discutindo em quais infrações o Estado deva impor ao condenado tamanha restrição à sua liberdade, sempre haverá crimes para os quais não parecerá razoável aplicar medidas alternativas como forma de reprimir e prevenir o delito, assim como reeducar o delinquente.

Em crimes violentos como homicídios (artigo 121 do CP), latrocínios (artigo 157, § 3.º, II, CP), extorsões mediante sequestro com resultado morte (artigo 159, § 3.º, CP) e infrações penais demasiadamente prejudiciais à sociedade, como os delitos de corrupção, a espécie de pena que melhor reúne os requisitos de necessidade e adequação é aquela cumprida em estabelecimentos prisionais, justamente por ser ela a mais necessária e a mais adequada à retribuição do mal causado pelo crime, à prevenção de novas infrações penais e à possível reeducação do infrator.

Cesare Beccaria (2001, p. 89) diz que o rigor das penas deve ser correspondente ao estado em que se encontra a nação, devendo o Estado aplicar penas mais rigorosas para conter o povo que esteja em “estado selvagem”. Esta ideia significa que não adianta tratar uma sociedade voltada para o crime de maneira branda, com penas que produzam pouco efeito negativo sobre o criminoso, sem compatibilidade com o nível de dano gerado pelo delito ou com o grau de insatisfação do Estado e dos demais integrantes da comunidade ante a ocorrência de uma infração penal.

Como ensina Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 39-40), o ato punitivo estatal, em sentido amplo, só é justificável quando for capaz de promover um benefício maior do que o dano causado pela restrição a um direito fundamental. O constitucionalista, ao examinar o princípio da proporcionalidade, ressalta que o ato estatal somente será necessário se a realização do objetivo pretendido não se puder alcançar, de maneira diversa, com a mesma intensidade e com menor restrição ao direito fundamental atingido.

A visão moderna do princípio da proporcionalidade vem confirmar este raciocínio, porquanto a correta leitura da norma indica que ser proporcional não é apenas evitar excessos, mas também coibir deficiências. Silva (2002, p. 27) salienta que no passado se utilizava apenas o termo alemão *Übermaßverbot*, que significa proibição de excesso, enquanto há algum tempo se adota também o vocábulo *Untermaßverbot*, que pode ser traduzido como proibição de insuficiência. Tomando por base tal raciocínio, verifica-se que o Estado, ao agir para combater crimes e punir delinquentes, não poderá ser excessivo assim como não poderá atuar de modo deficiente.

Quando o poder público deixa de responder adequadamente à ocorrência de crimes, os valores sociais sofrem desgastes e a convivência harmônica entre as pessoas fica assaz ameaçada. Não por acaso, o Estado assume a proteção a seus cidadãos, já que a segurança pública figura como dever dele e direito de todos (artigo

144 da CRFB/1988), assim como a segurança é tida como direito humano, fundamental e inviolável (artigo 5.º da CRFB/1988).

Nessa linha de pensamento, vários autores defendem a necessidade de penas privativas de liberdade nos agrupamentos humanos, mormente em sociedades nas quais os crimes ainda são tão numerosos, violentos e deletérios ao desenvolvimento nacional. Conforme a Transparência Internacional, o Brasil ocupou, em 2017, a 96.<sup>a</sup> posição entre os países corruptos no setor público, embora tenha caído 17 posições em relação a 2016 e sustentado pior posição desde 2014. Ademais, o Brasil registra aproximadamente 62 mil homicídios por ano (marca cerca de 30 vezes superior à da Europa), conforme dados divulgados pelo Ministério da Saúde no Atlas da Violência 2018.

Michel Foucault (1997, p. 110), apesar de reconhecer que as penas privativas de liberdade por vezes podem ser perigosas e até inúteis, trata a prisão como “detestável solução de que não se pode abrir mão”. Por sua vez, Edilson Mougenot Bonfim (2018) aduz que “sociedade alguma, em tempo algum, pode abrir mão desta ‘detestável solução’ que para muitos casos a prisão representa”. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 238) esclarecem que, a despeito dos inconvenientes nos aspectos educativos e reeducadores, a prisão ainda é o “único recurso aplicável para os delinquentes de alta periculosidade”.

Até mesmo a Exposição de Motivos n.º 211, que tratou das alterações empreendidas na parte geral do Código Penal, ratificou a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito em todo o mundo, inclusive no Brasil. O que se debate é tão somente a limitação dos casos em que deve ser reconhecida a sua necessidade.

Jesús-María Silva Sánchez (2004, p. 6-7), ao tratar da eficiência em Direito Penal, obtempera que este ramo não deve perseguir, necessariamente, condutas que tragam vantagens para todos e não prejudiquem ninguém. O ideal é que a imposição de penas tra-

duza a reunião de vantagens sociais que superem seus custos, até porque o fato de o delinquente suportar aspectos negativos como consequência da sua conduta infracional é medida de justiça.

Apesar da superlotação dos presídios, são frequentes as acusações de que o Poder Judiciário brasileiro utiliza por demais a prisão tanto como pena quanto por medida processual, em prisões provisórias e preventivas. As 702.988 pessoas presas<sup>6</sup> (excluídos os presos em regime aberto e em regime domiciliar, e incluídos os presos provisórios) é fruto de uma política criminal que aplica a prisão em casos desnecessários e/ou inadequados, ou esse número é elevado porque a quantidade de crimes que merecem a aplicação de prisão é realmente elevada no Brasil (o que parece mais racional, diante da realidade vista nas ruas e nos noticiários da mídia)?

Ora, num país com tanta desordem e violência, marcado pela alta ocorrência de crimes brutais, como homicídios e latrocínios, e ainda a vexaminosa frequência de casos de corrupção tanto no setor público quanto no setor privado, bem como as consequências deletérias de tal prática para a sociedade, estranho seria se o Brasil prendesse pouco.

A alta quantidade de pessoas submetidas a penas restritivas de liberdade – por condenação criminal ou por força de prisões processuais – é justificada exatamente por conta do ainda maior número de crimes que vêm acontecendo no país (isso porque muitos deles acabam impunes, alguns sequer chegam a ser investigados, outros geram absolvições por falta de provas, outros prescrevem, outros recebem penas substitutivas, e no final sobra um percentual para aplicação de penas privativas de liberdade muito menor do que o montante de delitos praticados).

O Brasil não prende de mais; ao contrário, prende de menos. Alexandre Abrahão e Marcelo Rocha Monteiro (2018) afirmam

---

<sup>6</sup> Dados do Projeto Geopresídios, do Conselho Nacional de Justiça.



que há muitos sofismas a respeito dos termos “encarceramento excessivo”, “prisões preventivas desnecessárias” e “não aplicação de penas alternativas”. Melhor seria a expressão “impunidade em excesso”. Isso porque a questão precisa ser analisada com um olhar mais crítico, que considere, por exemplo, que o Brasil é um dos países que mais matam (e do total de homicídios e de latrocínios ocorridos anualmente, apenas 8% são apurados, o que redundaria em mais de 55 mil autores de crimes que sequer são identificados). Além disso, há de ser levado em conta o alto número de benefícios penais e processuais aplicados a pessoas condenadas, como é o caso de substituições de penas, progressão de regime, saídas temporárias, entre outros. Portanto, a superlotação carcerária não é fruto do “excesso” de pessoas presas, mas sim da falta de vagas e de investimentos no sistema penitenciário nacional. O grande problema não é a existência das prisões, mas sim o tratamento conferido a elas pelo Estado.

A sociedade brasileira anseia por um Estado capaz de oferecer segurança pública, e isso passa, necessariamente, por aumento de investimentos na infraestrutura das prisões. Não é preciso penalizar por meio de prisões desumanas, que não contam com ambientes salubres e dignos. Como dizia Michel Foucault (1997, p. 6), a certeza da punição gera nas pessoas um sentimento de observância da lei muito maior do que aquele gerado por castigos abomináveis e teatrais.

Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 189-190) compreende que a vontade popular não está voltada nem para um “Direito Penal mínimo” (tolerante, brando e demasiadamente garantista) nem para um “Direito Penal máximo” (cruel, opressor, vingativo e demasiadamente rígido), visto que o ideal é um direito sancionador que seja ao mesmo tempo funcional e suficientemente garantista.

O filósofo grego Aristóteles (1991, p. 38) ensina que a virtude “é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por fal-

ta; pois, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo”. Essa lógica faz acreditar que a virtude para o sistema penitenciário brasileiro está no meio-termo entre o Direito Penal mínimo e o Direito Penal máximo, porque não há espaços para radicalismos sancionadores. Não cabe ao Estado atuar como vilão, que persegue sem escrúpulos e pune sem humanidade, assim como não lhe cabe agir como um tipo de “mãe”, que “passa a mão”, acoberta, ignora e pune de modo deficiente certas condutas delituosas.

Da mesma maneira, Ingo Wolfgang Sarlet (2004), ao tratar de constituição e proporcionalidade, afirma:

Salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que lembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais, dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de todos os integrantes da comunidade.

Preocupar-se com a dignidade humana é olhar tanto para o direito fundamental à segurança pública, que deve ser garantido à sociedade, quanto para os direitos humanos fundamentais, que devem ser garantidos aos detentos. O que se tem observado, todavia, é um Estado que ignora ambos e, por isso, mostra-se completamente ineficiente no exercício do seu papel de titular do direito de punir.

Conforme Edilson Mougnot Bonfim (1997, p. 182), é preciso defender o encarceramento em condições adequadas ao cumprimento da pena com dignidade e humanidade, por intermédio de

prisões compatíveis com a Lei de Execução Penal, ao contrário dos abusos a direitos observados nos estabelecimentos prisionais. O autor ratifica a importância da pena privativa de liberdade cumprida segundo as políticas humanitárias, sem misturar detentos primários e reincidentes, praticantes de crimes diversos, e, da mesma maneira, insiste na manutenção da pena restritiva de liberdade como instrumento de punição e prevenção segura e consistente.

Indubitável a necessidade de investimentos no sistema penitenciário brasileiro. Não haverá resolução da crise sem que o Estado atente para a importância das penas privativas de liberdade, destinando recursos orçamentários para esta causa e passando a tratar as disposições normativas como comando impositivos, e não como simples folha de papel.

Quanto mais de perto a infraestrutura das prisões brasileiras refletir as disposições do ordenamento jurídico, maior será a eficiência das penas privativas de liberdade. Tal espécie de pena foi pensada, estudada, planejada para produzir efeitos positivos para a sociedade e para o Estado. É ilógico esperar que os estabelecimentos prisionais brasileiros, com as condições deploráveis citadas ao longo do trabalho, alcancem os resultados teóricos para os quais foram idealizados.

#### **4. Conclusão**

As leis existem para regular o funcionamento da sociedade e para proteger bens jurídicos. Com o passar dos anos, os sistemas normativos foram evoluindo e o Direito alcançou padrão científico. A partir de então, o Estado assumiu a exclusividade da função jurisdicional e passou a adotar um complexo de normas para manter sua soberania e a ordem social.

No caso da lei penal, o objetivo é proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade e ter a seu dispor modelos sancionados-

res que causem severas consequências a quem descumpre o padrão imposto pelo Estado. Evidentemente, trata-se de uma regra de justiça, pois o mal do crime gera prejuízos às vítimas e, por via de consequência, o delinquente deve receber o mal da pena.

A evolução histórica e cultural da humanidade evidencia que o Estado não precisa utilizar penas cruéis e indignas para impor a força das suas normas. Melhor do que punir com força desproporcional, por meio de sanções desumanas e atrozes, é punir com certeza, sem permitir que a impunidade seja constante no corpo social e gere a ideia de que as infrações não são punidas como deveriam.

O poder público deve ser capaz de impor penas que sejam ao mesmo tempo humanas e eficientes, preocupando-se com a dignidade das pessoas e também com a segurança da sociedade, pois não se pode permitir que os indivíduos dispostos a delinquir entendam que o crime compensa. Ao realizar cálculos de eficiência, espera-se que o criminoso chegue sempre à conclusão de que o crime não vale a pena.

As penas privativas de liberdade assumem grande relevância na evolução histórica das sanções, porquanto simbolizam a transição das penas de castigos corporais e capitais para a razoabilidade de uma repressão que penaliza o infrator com a restrição da sua liberdade pelo tempo que se entende necessário para retribuir o mal do crime, prevenir novos delitos e ressocializar o infrator.

Há espécies de crime e tipos de criminosos que só podem ser repreendidos de maneira adequada pela aplicação de uma pena que restrinja a liberdade. É o caso de delinquentes com alta periculosidade e de praticantes de infrações penais violentas ou demasiadamente prejudiciais ao desenvolvimento social, como os crimes de corrupção.

Acontece que uma pena privativa de liberdade, para produzir os efeitos que dela são esperados, precisa existir e funcionar em con-

formidade com as disposições contidas no ordenamento jurídico. Muito se evoluiu para chegar ao modelo de prisões hodierno, e por isso sua concepção não pode ser desprezada pelo Estado. A imposição de sanções em estabelecimentos prisionais depende da garantia de proteção dos direitos fundamentais do condenado, e o atingimento das funções da pena depende também da razoabilidade e da humanidade da prisão. Não se pode esperar ressocialização (reeducação) e prevenção (notadamente a especial) daqueles que são tratados como animais em presídios insalubres e desumanos.

O Estado, na condição de “deitado eternamente em berço esplêndido”, afundou-se em reiteradas omissões no que se refere à infraestrutura do sistema prisional, cuja política de leniência e procrastinação resultou em uma crise vexatória, produtora de diuturnas humilhações aos detentos, bem como de crassa ineficiência das funções sociais da pena privativa de liberdade.

Diante de tudo isso, o STF reconhece o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ratificando que o problema é muito mais grave do que pensava a Administração Pública. Não se trata de mera proteção deficiente, mas de um quadro de violações massivas e frequentes a direitos fundamentais, cuja solução passa a ser dependente de diversos órgãos e instituições.

Cabe às penas privativas de liberdade e ao próprio Direito Penal mostrar que o Estado está em pleno funcionamento, com soberania e com ordem, punindo adequadamente os delinquentes que desafiam a segurança pública. Do contrário, estará implantado no país um ambiente mais do que propício à proliferação de crimes, partindo-se de um pressuposto segundo o qual o poder público adota a impunidade e não zela pelo cumprimento das funções justificadoras da pena.

Todavia, as penas privativas de liberdade só serão idôneas aos efeitos que delas se esperam quando as prisões estiverem dotadas da infraestrutura sobre a qual foram planejadas. Para produzir os fins é preciso fornecer os meios.

Uma das maiores injustiças do Direito Penal contemporâneo é teóricos e críticos brasileiros afirmarem que a pena de prisão está ultrapassada, sem atentarem para pelo menos duas impropriedades incontestáveis. A primeira é que o modelo que se tem chamado de prisão está demasiadamente distante do que foi previsto no ordenamento jurídico. A segunda é a de não fornecer uma medida alternativa que solucione o problema. Apontam-se numerosos inconvenientes da prisão, mas ninguém consegue dizer o que o Estado deveria utilizar em seu lugar.

A crise do sistema penitenciário brasileiro, e até mesmo a constatação da existência de um estado de coisas inconstitucional nos presídios do país, permite a pergunta: como criticar o que nunca existiu?

Espera-se que o Estado brasileiro, principalmente depois da constatação de que seu sistema penitenciário se encontra em estado de coisas inconstitucional, altere drasticamente o modo de tratar a política criminal relativa às penas privativas de liberdade. Quando o poder público for capaz de fornecer à sociedade prisões compatíveis com as normas constitucionais e legais, então será possível constatar, de fato, como funcionam e quais são os efeitos das penas privativas de liberdade.

## 5. Referências

**ABRAHÃO, Alexandre; MONTEIRO, Marcelo Rocha. *Verdades e Mentiras: O Brasil não prende de mais; ao contrário, prende de menos*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/verdades-mentiras-21270779>. Acesso em: 20 maio 2018.**

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2001.

---

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Traução de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu; e organização de Thomaz Tadeu). 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Prisão, universidade do crime*. Disponível em: <https://www.facebook.com/emo ugenot>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/b dcamara/2701>. Acesso em: 3 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal, Plenário do STF, em 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 nov. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARPES, Bruno. *O mito do encarceramento em massa*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blog s/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-m assa/>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CNJ (2019). *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. Disponível em: [http:// www.cnj.jus.br/inspe cao\\_penal/mapa.php](http:// www.cnj.jus.br/inspe cao_penal/mapa.php). Acesso em: 15 jul. 2019.

CNMP (2018). *Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra relatório dinâmico "Sistema prisional em números"*. Disponível em: <http:// www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidiosbrasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 2 dez. 2018.

---

COLOMBIA. Corte Constitucional República de Colombia. *Sentencia T-153/98, aprobada por la Sala Tercera de Revisión, 28 de abril de 1998*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional República de Colombia. *Sentencia T-025/04, 17 de junho de 2004*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

EBC. *Brasil ultrapassa a marca de 62 mil homicídios por ano*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/brasil-ultrapassa-marca-de-62-mil-homicidios-por-ano>. Acesso em: 5 dez. 2018.

ESTADÃO. *Presídios do país são masmorras medievais, diz ministro da Justiça*. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>. Acesso em: 3 dez. 2018.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

G1. *Detentos com dinheiro têm regalias em duas penitenciárias brasileiras*. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/06/detentos-com-dinheiro-tem-regalias-em-duas-penitenciarias-brasileiras.html>. Acesso em: 3 dez. 2018.

G1. *Apenas 5% dos recursos do fundo penitenciário para criação de vagas foram executados em 12 estados, aponta auditoria do TCU*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/08/apenas-5percent-dos-recursos-de-fundo-penitenciario-para-criacao-de-vagas-foram-executados-em-12-estados-a-ponta-auditoria-do-tcu.ghtml>. Acesso em: 8 jun. 2019.

---



G1 GO. *Presos saíam para festas, traficavam drogas e até mantinham motel em presídio de Anápolis, diz MP-GO*. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/presos-mantinha-motel-traficavam-drogas-e-ate-saiam-para-festas-do-presidio-de-anapolis-diz-mp.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

G1 RJ. *Monitor da Violência: Raio X do Sistema Prisional em 2018*. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/raio-x-do-sistema-prisional/>. Acesso em: 20 jun. 2018.

G1 RJ. *Regalias de Sérgio Cabral em Benfica incluem farmácia de luxo, diz MP*. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/regalias-de-sergio-cabral-em-benfica-incluem-farmacia-de-luxo-diz-mp.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

G1 RN. *Maior presídio do RN tem práticas de tortura, diz relatório*. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/11/28/presidio-potiguartem-serissimas-semelhanças-com-práticas-de-tortura-realizadas-em-abu-ghraib-diz-relatório.ghtml>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

G1 SP. *Brasil fica em 96.º lugar em ranking de 2017 dos países menos corruptos*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-fica-em-96-lugar-entre-180-paises-no-ranking-da-corrupcao-de-2017.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGALHAS. *Regime semiaberto praticamente não existe no Brasil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194415,101048-Regime+semiaberto+praticamente+nao+existe+no+Brasil>. Acesso em: 2 dez. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

R7. *Carta denuncia regalias de presos da Lava Jato no Paraná*. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/carta-denuncia-regalias-de-presos-da-lava-jato-no-parana-2406> 2018. Acesso em: 3 dez. 2018.

ROXIN, Claus. *Tem futuro o direito penal?* Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 90, v. 790, p. 459-474, ago. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*. São Paulo: Editora Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. *A expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr./2002.

R7. *Carta denuncia regalias de presos da Lava Jato no Paraná*. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/carta-denuncia-regalias-de-presos-da-lava-jato-no-parana-2406> 2018. Acesso em: 3 dez. 2018.

---

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 5 dez. 2018.

UOL. *Presidente do STF compara prisões a masmorras medievais*. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/03/894132-presidente-do-stf-compara-prisoas-a-masmorras-medievais.shtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

Artigo recebido em 19/6/2019

Artigo aprovado em 18/7/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200002

**139 - 170**  
Artigo

**A INICIATIVA GLOBAL  
ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL**

VICENTE CARDOSO DE FIGUEIREDO

# A INICIATIVA GLOBAL ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

THE GLOBAL ANTI-CORRUPTION INITIATIVE IN BRAZIL

VICENTE CARDOSO DE FIGUEIREDO

Advogado

Associação Brasileira de Auditoria, Gestão de Riscos e Compliance, brasil  
vfigueiredo.adv@gmail.com

**RESUMO:** *O presente artigo aborda reflexos da iniciativa internacional anticorrupção no Brasil e aspectos gerais da corrupção na sociedade contemporânea por meio da análise de documentos de organizações internacionais acerca do tema.*

**PALAVRAS-CHAVE:** corrupção; anticorrupção; tratados internacionais; relações internacionais; organizações internacionais; Lei Anticorrupção.

**ABSTRACT:** This paper aims to deal with the repercussions of the international anticorruption initiative in Brazil, identifying general aspects of corruption in contemporary society, by analyzing the leading role of international organizations and identifying the main international documents on the subject.

**KEYWORDS:** corruption; anti-corruption; international treaties; international relations; international organizations.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Corrupção na sociedade contemporânea 3. O protagonismo das organizações internacionais 3.1 Classificação das organizações internacionais 3.1.1. OCDE 3.1.2 OEA 3.1.3 ONU 4. Principais documentos internacionais anticorrupção 4.1. A Convenção da OCDE sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais 4.2. Convenção Interamericana contra a corrupção 4.3 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção 5. A lei anticorrupção brasileira. 6. Conclusão 7. Referências

## 1. Introdução

A intensificação das relações entre os sujeitos na sociedade contemporânea, decorrente de fatores como o alto grau de desenvolvimento da tecnologia da informação e seus dispositivos de conectividade que permitem a comunicação instantânea entre indivíduos transpondo as fronteiras políticas e geográficas, traz consigo os sintomas críticos que corroboram a ideia de ruptura paradigmática inerente à alternância de períodos históricos. Conceitos referenciais como “Estado”, “Soberania”, “real” e “vir-

tual” passam a ser questionados em sua essência, contribuindo para a sensação de incerteza do mundo atual.

Nesse sentido, a compreensão das interações entre estes atores no cenário da sociedade globalizada exige que se transcenda à tradicional linearidade cartesiana, buscar a adoção do paradigma da complexidade sem, no entanto, afastar-se do rigor metodológico que deve pautar a pesquisa que se pretenda apresentar como científica.

Nos últimos anos, as nações se conscientizaram da necessidade de atuar conjuntamente para o enfrentamento de problemas comuns, como o meio ambiente, o terrorismo (e o seu financiamento) e a corrupção. Especificamente quanto à última, tornou-se impossível ignorar a constatação de que as práticas corruptivas no âmbito de um país poderiam ter repercussões em outros, o que demandou uma atitude proativa em face da corrupção praticada no exterior e seu impacto no território nacional<sup>1</sup>.

Pretende-se identificar neste artigo os elementos conformadores da iniciativa global anticorrupção, conceituando-a e buscando antecedentes históricos de organizações internacionais no alinhamento de estratégias para o enfrentamento da problemática anticorrupção. Analisam-se igualmente tratados internacionais, especialmente aqueles dos quais o Brasil participa, e a mais recente medida adotada pelo Brasil, a promulgação da Lei Anticorrupção.

## **2. Corrupção na sociedade contemporânea**

Onipresente no mundo contemporâneo globalizado, variando em grau de frequência ou reconhecimento na grande maioria dos países, não representa, no entanto, um fenômeno próprio

---

1 PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In DEL DEBIO, Alessandra et al. (Coord.) Temas de anticorrupção e compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 22.

do capitalismo ou de seu grau de desenvolvimento, pois é percebido tanto em nações socialistas como em sociedades capitalistas avançadas do ocidente e do oriente<sup>2</sup>.

Tais constatações levaram a comunidade internacional a enviar esforços para solucionar o problema, com a celebração de tratados que contêm dispositivos jurídicos específicos para o enfrentamento da corrupção<sup>3</sup>.

Conforme Yuri Fedotov:

[...] As práticas corruptivas se dão em detrimento de todo tipo de negócio, seja pequeno ou grande, local ou multinacional. Os escândalos corporativos derrubaram mercados financeiros, minando a confiança do investidor. Vários incidentes foram noticiados pela imprensa, chegando ao conhecimento da opinião pública, atingindo mais do que apenas a reputação das entidades ou pessoas envolvidas (tradução livre).<sup>4</sup>

Por esse viés, os atos corruptivos passaram a ser encarados como nocivos ao desenvolvimento econômico, aos sistemas democrático e social, ao estado do bem-estar e da livre-concorrência, gerando inclusive violação aos direitos humanos<sup>5</sup>. A corrupção ocupa assim

---

2 PINTO, Céli Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 9.

3 FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. **Controle Penal da corrupção**: limites e possibilidades do Direito Penal como forma de proteção da ordem econômica. 2014. 158f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 55.

4 [...] Corrupt practices are detrimental to all businesses—large and small, multinational and local. Corporate scandals have rocked financial markets and undermined investor confidence. Such incidents also receive enormous attention from the public and the media and hit the reputations of more than just the particular entity or persons involved [...]. ONU. **An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business**: A practical guide. New York: United Nations, 2013. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2016.

5 PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In DEL DEBIO, Alessandra et al. (Coord.) **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 30.

considerável espaço nas reflexões, preocupações e debates internacionais. Entes estatais e privados não poderiam enfrentar a corrupção isoladamente sem um esforço sinérgico para tal finalidade.

Desta conjugação de forças, a Iniciativa Anticorrupção pode ser compreendida como um conjunto de ações desenvolvidas multilateralmente por Estados e organismos internacionais com a finalidade de municiar as nações de mecanismos legais para o enfrentamento e a punição de empresas, organizações e indivíduos responsáveis por práticas de corrupção. Utilizou-se para tanto o modelo preconizado na FCPA (Foreign Corrupt Practice Act), lei norte-americana anticorrupção cujo escopo é a repressão e a punição de corruptivas de agentes públicos estrangeiros por pessoas jurídicas submetidas à jurisdição dos EUA.<sup>6</sup>

A FCPA busca reprimir e punir as práticas de corrupção perpetradas por empresas estadunidenses e aquelas que emitam ações nos EUA perante funcionários públicos estrangeiros para aferir benefícios indevidos em transações comerciais internacionais, conformando-se como o primeiro exemplo de um esforço nacional para regular a corrupção estrangeira ou transnacional.

### 3. O protagonismo das organizações internacionais

Conforme Vaïsse<sup>7</sup>, o mundo que nasce da Segunda Guerra Mundial é profundamente diferente daquele de antes da guerra. No plano das relações internacionais, em particular, assinala uma cesura capital na história da humanidade. É o fim da preponderância europeia. Inicia-se a era das superpotências.

---

6 FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. **Controle Penal da corrupção**: limites e possibilidades do Direito Penal como forma de proteção da ordem econômica. 2014. 158f. Dissertação de mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 9.

7 VAÏSSE, Maurice. **As relações internacionais depois de 1945**. Tradução de Everson Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2013. p. 11.



O incremento das relações em âmbito internacional no período posterior ao embate bélico, fruto da intensificação do processo de globalização e da interdependência econômica, forçou os diferentes Estados a observarem os problemas de seus pares tanto quanto seus próprios, deixando transparecer que as decisões políticas adotadas por um Estado poderiam impactar diretamente nas de outro<sup>8</sup>.

Nesse cenário de aprofundamento das relações entre sujeitos emergentes no plano mundial, eclode uma “rede de interação caracterizada pelo transpasse estatal (transnacional) e não mais pela relação ponto a ponto entre (inter) os estados (inter-nacional)”<sup>9</sup>. O Estado, envolvido em um processo complexo e multidimensional de interações, não dispõe mais de um poderio supremo, de uma autoridade sem compartilhamento que reputava ser de sua titularidade<sup>10</sup>.

Da fragilização estatal e do reforço de outros centros de poder emerge a transnacionalização, que se evidencia pela flexibilização das fronteiras no que tange aos relacionamentos político-sociais, fomentada por sistema econômico capitalista ultravalorizado e que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados<sup>11</sup>.

Em sua conformação moderna, o Estado perde o viço, trágado pela força incoercível do processo de globalização econômica. Robustecem-se as instâncias supranacionais de poder<sup>12</sup>.

---

8 PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 22.

9 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio. (Org.) **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15.

10 CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 38.

11 STELZER, op. cit. p. 16.

12 SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do Direito Constitucional. In: **Direito e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 – Anual. v. 1, p. 59.

Para Sabino Casesse<sup>13</sup>, a crise no Estado passa por um processo de incremento nas relações internacionais que acaba por redundar em perda de unidade do maior poder público no contexto interno e perda da soberania em relação ao exterior. Num primeiro momento, a discussão acerca da soberania interna surge de organismos como sindicatos e grandes conglomerados industriais. A posteriori, da criação de poderes públicos internacionais. A mais recente, da inadequação dos serviços estatais em relação às expectativas dos cidadãos e da sociedade em geral, em uma crise funcional exposta pela fragilização do Estado em suas diversas expressões, perde concorrencialmente, diante de outros setores, a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, da execução e da resolução de conflitos.<sup>14</sup>

Verifica-se a relativização de determinadas dimensões legais do Estado. Não se reconhece o ente político-jurídico em suas características clássicas<sup>15</sup>. Em sua configuração moderna, o Estado detém como elemento essencial a soberania, que, para Norberto Bobbio, em sentido amplo, pode ser conceituada como o poder de mando de última instância numa sociedade política<sup>16</sup>.

Jorge Miranda refere-se à soberania em sentido relacional, ao pressupor uma ordem interna e uma ordem externa ou internacional na qual o Estado se encontra inserido em sua capacidade ativa e passiva diante de outros poderes<sup>17</sup>.

---

13 CASESSE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira; Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010. p. 13 e 14.

14 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 160.

15 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio. (Org.) **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p.15.

16 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2002, v. 2. p. 1179.

17 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 219.

Ao tratar do processo de globalização, Friedrich Müller afirma que o Estado-Nação teria perdido sua base porque a sociedade individualisticamente diferenciada estaria em vias de se tornar uma única sociedade mundial, descentralizada, sem controle por qualquer via de soberania nacional<sup>18</sup>. No entanto, o Estado não pode ser considerado organização política ultrapassada, visto que, confrontado com novos elementos que modificam o contexto de sua ação e com a pressão intermitente exercida pela globalização, persiste na integração das sociedades e na formação das identidades coletivas como elemento em torno do qual se organiza a vida internacional.

Como modelo exclusivo de organização das sociedades humanas, do século 17 até o século 19, a organização social em formato estatal adquiriu densidade no século 20, multiplicando e espartilhando a totalidade na face da Terra<sup>19</sup>.

Desta forma, o conjunto de processos ocorridos na sociedade no período posterior a 1945 atingiu igualmente o Estado em seus elementos constitutivos, redundando em uma reconfiguração dos aparelhos estatais, com transformações de ordem estrutural que contribuíram para redesenhar a figura estatal. Trata-se de um modelo pósmoderno de Estado, em que tudo passa como se ocorresse a eliminação dos atributos clássicos do Estado, mas sem que fosse possível, no entanto, traçar de mão firme os contornos de um novo modelo social. Assim, o Estado pósmoderno é aquele que detém como elementos estruturais constitutivos traços precisamente marcados pela incerteza, pela complexidade, pela indeterminação.

Jacques Chevalier analisa que o efeito dissolutivo da globalização sobre a soberania estatal reduz a margem de liberdade dos

---

18 MÜLLER, Friedrich. O futuro do Estado-Nação e a nossa luta contra a turboglobalização. In: PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga. (Org.). **Globalização e justiça**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 28.

19 SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

Estados, levando-os a se curvar às exigências de uma ordem transnacional que os ultrapassa; favorece incrementar o poderio de novos atores, o que põe fim ao monopólio tradicional detido pelos Estados nas relações internacionais e com os quais são obrigados a se compor; impõe a constituição de entidades mais amplas, fazendo romper o quadro exíguo do Estado-Nação<sup>20</sup>.

### 3.1 Classificação das organizações internacionais

No ambiente internacional identificam-se duas modalidades de atores, os estados soberanos e as organizações internacionais (em sentido estrito)<sup>21</sup>, cujas ações e interações definirão o perfil e as transformações que afetam os atores estatais, que são os Estados, e os não estatais, que se dividem em organizações internacionais governamentais ou intergovernamentais e forças transnacionais<sup>22</sup>.

A essa classificação Ricardo Seitenfuss adiciona as organizações não governamentais de alcance transnacional (ONGAT)<sup>23</sup>.

Como o Estado já fora objeto de análise, tratar-se-á de refinar a classificação dos atores públicos no ambiente internacional segundo determinados princípios básicos: pela natureza de seus propósitos, atividades e resultados; pelo tipo de funções a que se atribuem; pela forma de composição.

Pelo delineamento da natureza dos propósitos da organização, vislumbram-se aquelas que perseguem objetivos políticos (en-

---

20 CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23.

21 REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 187.

22 Ibidem, p. 41.

23 SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 345.

frentando questões essencialmente conflituosas) e as que objetivam cooperação técnica (tratando de assuntos vinculados à cooperação funcional). A Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) são exemplos de organização internacional de natureza política cujo traço fundamental é o caráter político-diplomático de suas atividades<sup>24</sup>.

As organizações de cooperação técnica descartam *a priori* a interferência em assuntos de natureza política, restringindo-se a aproximar posições e a tomar iniciativas conjuntas em áreas específicas. Como exemplo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) delimitam-se partindo da premissa de enfrentamento da natureza do problema por meio da ação coletiva internacional.

No inventário classificatório de funções das organizações internacionais não há a delegação de competência ou de poderes dos estados-membros. Há aquelas que buscam a aproximação dos países-membros por via diplomáticoparlamentar mediante negociações abertas, procurando ajustar posições e decisões que congreguem os interesses de todos os Estados, como a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Conselho da Europa.

Órgãos como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) também podem conjugar esforços por adotar normas comuns de comportamento para os países-membros, via de regra, na área de direitos humanos, questões trabalhistas ou de saúde pública internacional.

Verificam-se, ainda, as organizações internacionais de gestão que prestam serviços aos estados-membros, via de regra, no campo da cooperação financeira e do desenvolvimento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) ou o Fundo Monetário Internacional (FMI).

---

<sup>24</sup> Ibidem p. 45 a 52

Na classificação segundo a estrutura do poder, o agrupamento das organizações internacionais se dá na forma de repartição do poder decisório entre os membros, que pode ser por unanimidade da Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan), da Organização das Nações Unidas (ONU); pelo critério da maioria quantitativa, qualitativa ou mista dos votos; ou ainda segundo os procedimentos de discussão, votação e execução das decisões.

Já em uma classificação segundo sua composição, há organizações que lançam mão de critérios para poder discriminar tanto países que a integram quanto os temas de preocupação comum. Uma das formas de seleção pode ser em razão da contiguidade ou da proximidade geográfica — organizações regionais como a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização do Tratado do Atlântico-Norte (Otan) e a Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean).

As organizações não governamentais de alcance internacional (ONGAT) tornaram-se, a partir da década de 1990, atores influentes na cena internacional em razão da sua capacidade de agir concretamente e de maneira imediata.<sup>25</sup> Integradas por particulares e por associações (não por Estados), são organizações privadas ou associações movidas por um vínculo de solidariedade transnacional, sem fins lucrativos. Como não detêm personalidade jurídica internacional, não podem ser consideradas sujeitos de direito internacional. São exemplos de ONGAT a Federação Internacional de Futebol (Fifa) e a Transparência Internacional (TI).

Ao analisar os objetivos comuns das ONGAT, verifica-se uma preocupação material específica no caso da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (Opep). Já as organizações de caráter universal, que não se propõem a qualquer forma de discriminação para o ingresso de Estados, podem contemplar objetivos amplos como a manutenção da paz e da segurança internacional,

---

25 Ibidem. p. 345.

cujo melhor exemplo é o da ONU, ou fins específicos, como o da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO).

Quanto ao enfrentamento à corrupção, a ONU, a OEA e a OCDE editam os mais relevantes acordos internacionais, monitorando sua efetividade e aplicação pelos países signatários, o que inclui o Brasil.

### 3.1.1. OCDE

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),<sup>26</sup> criada em dezembro de 1960, veio a substituir a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), instalada em 1948 com o objetivo de coordenar o Plano Marshall, esforço empenhado pelos EUA de reconstrução da Europa Ocidental no período pós-guerra<sup>27</sup>.

Sediada em Paris, abriu-se ao ingresso de países-membros sem considerar sua localização geográfica. Por exigir um grau elevado de desenvolvimento econômico, economias de mercado e democracias liberais consolidadas, adquiriu um caráter mundial.

Responsável pela consolidação de uma estrutura legal de prevenção à corrupção em negócios internacionais, a OCDE fornece diretrizes gerais para a implementação de programas de *compliance* anticorrupção a empresas que fazem negócios com países estrangeiros.

---

26 OECD, Organization for Economic Cooperation and Development. **Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>>. Acesso em: 7 abr.2018.

27 SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.323.

A OCDE monitora continuamente os acontecimentos relevantes de ordem social, política e econômica nos países (membros ou não), inclui projeções regulares de desenvolvimento econômico de curto e médio prazo, discute os temas nos comitês da organização, expedite as recomendações para que os governos as implementem<sup>28</sup>.

O atingimento de maior potencial de expansão da economia, do emprego, da progressão do nível de vida e estabilidade financeira nos países-membros são metas que contribuem para o desenvolvimento da economia e do comércio internacional de forma multilateral e não discriminatória<sup>29</sup>.

Apesar de signatário do Tratado Anticorrupção, o Brasil não é membro da OCDE. Entre os países latino-americanos, apenas México e Chile fazem parte da associação. Desde 1995, o Brasil acompanha o trabalho dos comitês de estudo da organização. O processo de adesão está em curso, e foi noticiado o envio de seis diplomatas para representá-lo na preparação de sua candidatura<sup>30</sup>.

### 3.1.2. OEA

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma organização internacional de alcance regional pioneira na elaboração de um acordo internacional sobre corrupção.<sup>31</sup> Segundo Ricardo Seitenfuss, do

---

28 OECD, Organization for Economic Cooperation and Development. **Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development**. Disponível em: <http://www.oecd.org/about/whatwedoandhow/>, acesso em: 8.4.2018.

29 SEITENFUSS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 323-324.

30 **Brasil envia a Paris embaixador na OCDE anos antes de adesão**. Folha de São Paulo. disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/03/brasil-envia-a-paris-embaixador-na-ocde-anos-antes-de-adesao.shtml>, acesso em 7.4.2018.

31 FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?** 2015. 253 f. Tese doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 90.



ponto de vista da teoria das organizações internacionais, marca um sensível avanço em termos de democratização, na medida em que “todos os estados-membros estão em perfeita igualdade jurídica”<sup>32</sup>.

São propósitos essenciais da OEA garantir a paz e a segurança continentais; promover e consolidar a democracia representativa, respeitando o princípio da não intervenção; prevenir potenciais causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros; organizar a ação solidária destes em caso de agressão; procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os estados-membros; promover, por meio da ação cooperativa, o desenvolvimento econômico, social e cultural; erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério e alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos estados-membros<sup>33</sup>.

### 3.1.3. ONU

A Organização das Nações Unidas (ONU) é a organização internacional mais relevante na atualidade. Formada por países que firmaram compromissos na Carta das Nações Unidas, documento inaugural que visa à pacificação e ao desenvolvimento, foi fundada em 1945, depois do término da Segunda Guerra Mundial. Regida por uma série de propósitos e princípios básicos - como a manutenção da paz e da segurança internacional, relações amistosas entre as nações, cooperação internacional para resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social, cultural e humanitário - promove o respeito aos direitos humanos e às

---

32 SEITENFUS, op. cit. p. 271.

33 OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: [http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estado\\_s\\_Americanos.htm#ch1](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estado_s_Americanos.htm#ch1)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

liberdades fundamentais e harmoniza a ação dos povos para a consecução desses objetivos comuns.

A atuação da ONU se baseia precipuamente no princípio da igualdade soberana. Todos os membros se obrigam a cumprir de boa-fé os compromissos; a resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, sem que sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais; abster-se em suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao emprego da força contra outros Estados; dar assistência às Nações Unidas em qualquer medida que a Organização tomar em conformidade com os preceitos da Carta, abstendo-se de prestar auxílio a qualquer Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo; fazer com que os Estados que não sejam membros da Organização ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais, já que nenhum preceito da Carta autoriza as Nações Unidas a intervir em assuntos essencialmente da alçada nacional de cada país<sup>34</sup>.

Os organismos internacionais têm mostrado protagonismo. Juntamente com os países-membros, elaboram tratados e documentos que fornecem substrato jurídico para os enfrentamentos no âmbito inter e transnacional.

#### **4. Principais documentos internacionais anticorrupção**

Como o debate acerca da corrupção desperta considerável interesse na comunidade internacional, tendo por essa razão gerado diversos documentos internacionais e regionais, convém elucidar.

A Convenção de Viena, firmada em 1969, define como Tratado um acordo regido pelo Direito Internacional, qualquer que seja sua

---

34 ONU. Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <[https://http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](https://http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

denominação específica. Assim, é expressão genérica que varia as denominações conforme a forma, o conteúdo, o objeto ou o fim. Destarte, cobre quaisquer formas de acordos escritos concluídos entre Estados ou organizações internacionais e regidos pelo Direito Internacional. Por meio de Tratados<sup>35</sup>, as nações envidam esforços para a prevenção, repressão e punição da corrupção, tanto no seu território como fora dele.

O Brasil, desde a década de 1990, buscou posicionamento de protagonismo para se adaptar às regras do capitalismo global quando assumiu os principais compromissos jurídicos anticorrupção perante a ONU, a OEA e a OCDE, obrigando-se a criar mecanismos legais internos de repressão à corrupção e a cooperar com outros países<sup>36</sup>.

Nesta linha de tratados internacionais anticorrupção, segundo a relevância dos mecanismos e abrangência do acordo, o Brasil é signatário da convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE; da Convenção interamericana contra a corrupção (OEA) e, no âmbito da ONU, da Convenção contra o crime organizado transnacional e contra a corrupção<sup>37</sup>, ambas promulgadas e integradas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de decreto presidencial.

Como esclarece Francisco Rezek,

[...] publicam-se apenas, no Diário Oficial da União, os que tenham prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de

---

35 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 53-55.

36 FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. **Controle Penal da corrupção**: limites e possibilidades do Direito Penal como forma de proteção da ordem econômica. 2014. 158f. Dissertação de mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 9.

37 Ibidem. p. 43.

promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale aquele como ato de publicidade da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-o, pois, o órgão oficial, para que o tratado – cujo texto completo vai em anexo – se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio. A simples publicação no *Diário Oficial*, autorizada pelo ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, garante a introdução no ordenamento jurídico nacional dos acordos celebrados no molde “executivo” – sem manifestação tópica do Congresso ou intervenção formal, a qualquer título, do presidente da República.

#### **4.1. A convenção da OCDE sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais**

Essa convenção, que passou a vigorar em 1999, é o mais representativo dos acordos internacionais anticorrupção firmados pela OCDE<sup>38</sup>. Luciano Vaz Ferreira identifica duas iniciativas anticorrupção paralelas no âmbito da OCDE: uma realizada nas diretrizes para empresas multinacionais e outra vinculada à convenção da OCDE contra o suborno.

[...] a lista de signatários é composta por países desenvolvidos ou em desenvolvimento de várias partes do mundo que respondem por 90% dos investimentos transnacionais, 2/3 do comércio internacional e 75% das empresas transnacionais.<sup>39</sup>

---

38 FERREIRA, op. cit. p. 95)

39 FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil**: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais? 2015. 253 f. Tese de doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais. Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 97.

Nesses termos, a convenção anticorrupção da OCDE fora bastante específica. Estabeleceu diretrizes jurídicas à criminalização do “suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, prevendo uma série de medidas complementares para dar eficácia ao Acordo”<sup>40</sup>.

Por meio dessa convenção, os países se comprometem a criminalizar as condutas de oferta, promessa ou dação de qualquer vantagem pecuniária ou de natureza diversa, indevida, a funcionário público estrangeiro ou a terceiros, diretamente ou por intermediário, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas atividades oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações, ou ainda obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

Entender-se-á funcionário público estrangeiro, segundo a convenção, como a pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de país estrangeiro, nomeada ou eleita; ou qualquer pessoa que exerça função pública para país estrangeiro, inclusive de empresa pública ou de representação; e funcionário ou representante de organização pública internacional (artigo 4.º.a).

Como “país estrangeiro” englobam-se todos os níveis e subdivisões de governo, federal a municipal (artigo 4.º.b). O Tratado ainda determina a responsabilização da pessoa jurídica, consoante o artigo 3.º. Entretanto, cumpre esclarecer que o texto legal não se refere necessariamente à responsabilidade criminal, constando expressamente que os princípios jurídicos de cada país-membro devem ser respeitados.

Um importante instrumento de verificação do Tratado, previsto no artigo 12, obriga países signatários a cooperar para o acompanhamento

---

40 FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. **Controle Penal da corrupção**: limites e possibilidades do Direito Penal como forma de proteção da ordem econômica. 2014. 158f. Dissertação de mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 38.

sistemático da implementação integral das medidas previstas<sup>41</sup> de um grupo de trabalho específico formado pela OCDE<sup>42</sup>. Para compreender melhor, na terceira rodada de verificação do processo de implementação da convenção anticorrupção, os dados coletados indicam que no Brasil se processou um único caso de suborno internacional desde a entrada em vigor da Convenção da OCDE, 14 anos antes. Desde a promulgação do Decreto 3.678/2000, quatorze denúncias de corrupção de agentes estrangeiros vieram à tona, número considerado baixo pelos avaliadores em razão da dimensão da economia do Brasil e do mercado de alto-risco em que as empresas com filiais no Brasil comumente operam, já que destas só três foram submetidas a investigação formal, e apenas uma denúncia criminal fora oferecida.

## 4.2. Convenção Interamericana contra a corrupção

Firmada em 1996 pelos países-membros da OEA, tem como propósito promover mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, além de facilitar e regular a cooperação entre os estados-partes para assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas no exercício da função pública.

Pioneira em acordo internacional a tratar tanto de medidas coercitivas como de medidas preventivas contra a corrupção, conforme artigo 3º,<sup>43</sup> incumbe às nações signatárias aplicar essas medidas com o intuito de criar, manter e fortalecer normas de conduta para o desempenho correito, honrado e adequado das funções públicas. A finalidade é prevenir conflito de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados, estabelecer medidas e sistemas que exijam dos funcionários públicos informar às autoridades competentes atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento.

---

41 OCDE. **Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention In Brazil**. 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016

42 FERREIRA, op. cit., p. 96-97.

43 OAS. **Convenção interamericana contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

Tais medidas devem contribuir para a preservação da confiança na integridade dos funcionários públicos e da administração pública, criar mecanismos para tornar efetivo o cumprimento das normas de conduta e do adequado entendimento de suas responsabilidades.

Incumbe ainda aos países signatários legislar internamente a fim de vedar tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas que violem os dispositivos legais dos estados-partes contra a corrupção; criar órgãos de controle superior que desenvolvam mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas; adotar medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações, com razoável nível de detalhamento, registrem com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem atos de corrupção.

Nesta linha, os objetivos propostos devem garantir a existência de mecanismos de estímulo à participação da sociedade civil e de organizações não governamentais nos esforços para prevenir a corrupção.

### **4.3. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**

Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2003 como o primeiro instrumento jurídico anticorrupção a estabelecer regras vinculantes aos países signatários no combate à corrupção de funcionários estrangeiros, sugeriu criminalização, cooperação internacional e medidas preventivas como caminho a uma resposta global do problema<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In DEL DEBIO, Alessandra et al. (Coord.) **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 37.

Luciano Vaz Ferreira pontua que o Tratado Anticorrupção da OCDE é complementado por instrumentos de *soft law*. Os ‘Comentários ao Tratado’ servem como guia interpretativo oficial, a ‘recomendação do conselho para o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais’, em que constam obrigações não inseridas no tratado internacional; a ‘recomendação do conselho sobre medidas fiscais para combater o suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais’ e a ‘recomendação do conselho sobre suborno e créditos de exportação oficiais’”.

Dispositivos regulam a recuperação de ativos, tida como um dos seus princípios fundamentais. Pouco adianta a dissuasão efetiva imposta pelo FCPA se os recursos desviados permanecem no exterior ou acabam nos cofres de outros governos<sup>45</sup>.

Como percebe Luciano Vaz Ferreira<sup>46</sup>, o acordo com pretensões globais representa-se como a norma internacional definitiva sobre o assunto, uma vez que concentra em um único texto diversos mecanismos anticorrupção, e, nessa medida, a Convenção Anticorrupção da ONU tem previsões mais detalhadas acerca da incriminação das práticas corruptivas; um conceito ampliado de funcionário público; a proibição de promessa de oferecimento de vantagem indevida em transação comercial internacional. Cabe aos países signatários adotar as medidas em conformidade com seus princípios jurídicos.

Outra característica do Tratado é o espaço reservado à cooperação jurídica internacional de controle da corrupção. São previstos mecanismos administrativos e policiais para o intercâmbio de

---

45 PAGOTTO, loc. cit.

46 FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?** 2015. 253 f. Tese de doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais, Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p.103-104.



informações, e auxílio jurídico mútuo para obtenção de prova no exterior por meio de interação entre autoridades centrais, incluindo o bloqueio e a recuperação de ativos.

As convenções anticorrupção da OCDE, OEA e ONU demonstram compromisso e respeito dos estados-parte à iniciativa anticorrupção, reforçam o arsenal de instrumentos jurídicos no embate contra a corrupção, contendo preceitos que determinam a incriminação de condutas do legislador interno<sup>47</sup>.

## 5. A lei anticorrupção brasileira

A Lei 12.846/2013 apresenta-se como o mais recente instrumento incorporado ao sistema brasileiro de prevenção às práticas corruptas. Conhecida como Lei Anticorrupção, é dotada de mecanismos administrativo-sancionadores que podem aplicar sanções de natureza civil-administrativa a pessoas físicas e jurídicas envolvidas em corrupção.

Originada do Projeto de Lei (PL) 6.826/2010 proposto pelo Poder Executivo, autoria conjunta da Controladoria Geral da União (CGU), Ministério da Justiça e Casa Civil, a Lei Anticorrupção mostra-se relacionada a compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil, entre eles a Convenção da ONU contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, constituindo-se um marco no combate à corrupção no Brasil.

A necessidade de proteção da administração pública diante da intensificação da corrupção tanto internamente como no cenário in-

---

47 FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. **Controle penal da corrupção: limites e possibilidades do Direito Penal como forma de proteção da ordem econômica**. 2014. 158f. Dissertação de mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 42.

ternacional, bem como o apelo da sociedade civil, justificam a promulgação da referida lei, que inova ao enquadrar a pessoa jurídica, independentemente da responsabilização dos dirigentes da empresa e demais pessoas físicas envolvidas no ilícito. Assim, a promulgação da Lei Anticorrupção não é resultado isolado da preocupação do legislador brasileiro com a corrupção, mas sim o cumprimento do compromisso firmado pelo Estado brasileiro no âmbito da OCDE<sup>48</sup>.

Dessa forma, os atos lesivos tipificados no artigo 5.º da Lei 12.846/2013 podem ser praticados por pessoa física ou jurídica contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ao prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a pessoa a ele relacionada; financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na respectiva Lei Anticorrupção; utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

No tocante a licitações e a contratos, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou manipular ou

---

48 SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; e CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. 1.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; ou ainda dificultar ou intervir na investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A opção do legislador pelo recurso ao Direito Administrativo Sancionador no lugar do Direito Penal bem como do Direito Civil para o enfrentamento de condutas socialmente indesejadas no âmbito empresarial, em prejuízo da administração pública, respeita o princípio da *ultima ratio*, rechaçando o movimento de expansionismo penal das últimas décadas<sup>49</sup>.

Notável a previsão de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública de seus funcionários ou representantes, fazendo com que uma corporação que tenha obtido vantagem com ato ilícito de corrupção sofra as sanções legais mesmo que o não tenha determinado. Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>50</sup> ressalva que a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas por atos praticados por seus prepostos não representa novidade, pois já encontrava previsão no art. 932, III, e 933 do Código Civil. Também se deve ressaltar o caráter extraterritorial da lei prevista no artigo 28, aplicável a atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Segundo Pedro Conde Elias Vicentini<sup>51</sup>, o instituto do Acordo de Leniência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro

---

49 DESOUSA, Luciano Anderson. **Lei Anticorrupção: avanços e desafios**. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5064-Lei-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-avan%C3%A7os-e-desafios](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5064-Lei-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-avan%C3%A7os-e-desafios)>. Acesso em: 1.º set. 2019.

50 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 280-282.

51 VICENTINI, Pedro Conde Elias. A confissão de culpa nos acordos de cessação de prática celebrados com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em investigações de cartel. In: FEFERBAUM, Marina; ZANETTI, Andrea. (Coord.). **Direito dos negócios em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

---

com a promulgação da Lei 10.149/2000, que, entre outras medidas, incluiu o artigo 35-B na Lei 8.884/1994. Com esse dispositivo, a União, por meio da SDE, passou a celebrar acordo com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica visando à extinção da ação punitiva da administração pública ou à redução de um a dois terços da penalidade aplicável. Em troca, a lei exige dos signatários do Acordo de Leniência a colaboração efetiva nas investigações e no processo administrativo de forma que resulte na identificação dos coautores e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração investigada.

São esses, de fato, os objetivos: identificar os infratores e reunir provas da conduta ilegal entre o ente administrativo e a pessoa jurídica responsável pela prática do ato lesivo, desde que configurada a efetiva colaboração da parte nas investigações e nos processos administrativos, resultando na identificação dos demais envolvidos na infração, conforme o artigo 16 da lei.

As sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa (artigo 19, § 3.º), compreendem a perda dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtidos, direta ou indiretamente, da infração; a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; a dissolução compulsória da pessoa jurídica; a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de um a cinco anos<sup>52</sup>.

Art. 19 [...] § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

---

52 BRASIL. Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 1.º set. 2019.).

Ademais, a Lei Anticorrupção determina que as empresas privadas adotem sistemas de *compliance* - do verbo da língua inglesa “to comply”, que traduzido pode ser “cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe é imposto”. Compliance consiste, pois, no dever de cumprir e fazer cumprir leis, de estar em conformidade com diretrizes, regulamentos internos e externos, mitigar o risco atrelado à reputação e ao risco legal/regulatório. No âmbito empresarial, deve ser independente e responsável por mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, para eliminar riscos de causalidade às infrações previstas tanto na Lei 8.429/1992 (Probidade Administrativa) como na própria Lei 12.846/2013 (Anticorrupção)<sup>53</sup>.

Um programa de compliance tem o intuito de assegurar que o conjunto sistemático de esforços despendidos pelos integrantes da empresa não viole a lei. Sob a óptica da administração empresarial, seria um exemplo sistemas que operam aspectos relacionados à estrutura organizacional, distribuição de responsabilidades, procedimentos e recursos que assegurem a qualidade da gestão<sup>54</sup>.

Nessa perspectiva, os modelos de *compliance* exigidos na Lei Anticorrupção passam pela necessária regulamentação federal para impactar na redução das penalidades. No âmbito empresarial, a aplicação de programas efetivos de *compliance* se percebe a partir dos benefícios *que pode proporcionar*, reconhecendo valioso fator de mitigação ou redução de riscos e de responsabilização, além de significar maior segurança jurídica nos processos decisórios e de gestão<sup>55</sup>.

---

53 OSÓRIO, Fábio Medina. **Lei Anticorrupção abre espaço para autorregulação**. Conjur. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-20/fabio-medina-lei-anticorruptcao-abre-espaco-autorregulacao>>. Acesso em: 1.º.set.2019.

54 VARELA, Osvaldo Artaza. Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-pena. In: IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVANEZ, Vicente Valiente. (Coord.). **Responsabilidade de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Buenos Aires: B de F, 2014, p. 237.

55 MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. (Coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.176-177.

No entanto, para cortar o campo da tipicidade, há de se levar em conta que as empresas privadas dispõem de um papel potencial de autorregulação nesse novo contexto. Resulta avaliar em que medida as entidades coletivas podem assumir esse protagonismo<sup>56</sup>.

Regulamentada por meio do Decreto 8.420 de 2015, já se verificam acordos fechados no âmbito da União em razão de atos corruptivos praticados por empresas<sup>57</sup>.

Segundo a Controladoria-Geral da União, até julho de 2019 foram assinados **nove acordos de leniência** com empresas investigadas por prática dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção (12.846/2013) e dos ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações (8.666/1993), sendo os valores a serem ressarcidos resultantes de multa, dano e enriquecimento ilícito. O retorno de recursos aos cofres públicos atingiu a marca de R\$ 11,15 bilhões, e outros 22 acordos de leniência estão em andamento.

No meio empresarial, já se verificam como efeitos práticos considerados saudáveis a criação de códigos de ética, programas de treinamento de funcionários, políticas de integridade, cláusulas anticorrupção que passaram a ser adicionadas aos contratos, e investigações internas para identificar a prática de condutas ilícitas<sup>58</sup>.

## 6. Conclusão

As nações com maior nível de desenvolvimento social, político e econômico da ordem global contemporânea se deram conta da

---

56 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

57 Disponível em <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em 1º set. 2019.

58 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASASKAS, Igor. **Punições previstas na Lei Anticorrupção criam nova cultura empresarial**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-07/punicoes-previstas-lei-anticorrupcao-criam-cultura-empresarial>>. Acesso em: 1.º set. 2019.

complexidade inerente à corrupção e de que apenas com a conjugação de esforços será possível enfrentar o problema.

Tal constatação, baseada em dados e informações coletadas a longo prazo em diversos países, por meio de organismos internacionais multilaterais, permitiu criar e aprimorar mecanismos jurídicos capazes de prevenir, reprimir, investigar e punir as práticas corruptas que tantos males acarretam à população.

A existência de uma iniciativa global anticorrupção, certificando-se de sua efetividade e difusão, vem recebendo a atenção dos representantes políticos da sociedade contemporânea .

No caso brasileiro, contudo, o sucesso da Lei Anticorrupção depende da efetiva disposição dos agentes empresariais e estatais de implementar medidas preventivas e de ajustamento de conduta, sob pena de o foco recair no aspecto punitivo, o que poderá redundar em recurso ao Direito Penal e ao questionável recurso da responsabilidade penal da pessoa jurídica como meio de buscar o atingimento da finalidade pretendida.

## 7. Referências

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2002, v. 2.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. **Punições previstas na Lei Anticorrupção criam cultura empresarial**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-07/punicoes-previstas-lei-anticorruptao-criam-cultura-empresarial>>. Acesso em: 1.º set. 2019.

BRASIL. **Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 1.º set. 2019.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas – Lei 12.846/2013**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

CASESSE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira; Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. (Org.). **Manual de compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

**Controladoria Geral da União**. <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia> Acesso em: 1.º set. 2019.

CRUZ, Paulo Márcio. (Org.) **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

DEL DEBBIO, Alessandra et al. (Coord.) **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DE SOUZA, Luciano Anderson. **Lei Anticorrupção: avanços e desafios**. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5064-Lei-Anticorrup%C3%A7%C3%A3o:-avan%C3%A7os-e-desafios](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5064-Lei-Anticorrup%C3%A7%C3%A3o:-avan%C3%A7os-e-desafios)>. Acesso em: 1.º set. 2019.

FEFERBAUM, Marina; ZANETTI, Andrea. (Coord.). **Direito dos negócios em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. **Controle Penal da corrupção: limites e possibilidades do Direito Penal como forma de proteção da ordem econômica**. 2014. 158f. Dissertação de mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.



Folha de São Paulo. **Brasil envia a Paris embaixador na OCDE anos antes de adesão.** Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/03/brasil-envia-a-paris-embaixador-na-ocde-anos-antes-de-adesao.shtml>. Acesso em: 7 abr. 2018.

IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVANEZ, Vicente Valiente. (Coord.). **Responsabilidade de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal.** Buenos Aires: B de F, 2014.

JAPIASSÙ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos tratados.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÜLLER, Friedrich. O futuro do Estado-Nação e a nossa luta contra a turboglobalização. In: PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga. (Org.). **Globalização e justiça.** Porto Alegre: EDIPU-CRS, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa.** 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

Organização dos Estados Americanos. **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em: [http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm#ch1](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch1)>. Acesso em: 1.º set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Convenção interamericana contra a corrupção.** Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

---

Organization for Economic Cooperation and Development. **Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>>. Acesso em: 1.º set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention In Brazil**. 2014, Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>>. Acesso em: 1.º set. 2019

\_\_\_\_\_. **Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development**. Disponível em: <http://www.oecd.org/about/whatwedoandhow/>. Acesso em: 8 abr. 2018.

Organização das Nações Unidas. **An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide**. New York: United Nations, 2013. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf)>. Acesso em: 1.º set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <[https://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](https://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 1.º set. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Lei Anticorrupção abre espaço para autorregulação**. Conjur. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-20/fabio-medina-lei-anticorruptao-abre-espaco-autorregulacao>>. Acesso em: 1.º set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Teoria da improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais: temas, atores e visões**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

PINTO, Céli Regina Jardim. **A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; e CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. 1. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do Direito Constitucional. *In: Direito e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 – Anual. v. 1.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

VAÏSSE, Maurice. **As relações internacionais depois de 1945**. Tradução de Everson Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

Artigo recebido em 2/6/2019

Artigo aprovado em 28/6/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200003

**171 - 203**

Artigo

**A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS  
E O FENÔMENO DO CONSEQUENCIALISMO  
UMA ANÁLISE RACIONAL DOS  
CONTORNOS HERMENÊUTICOS  
DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB**

CARLOS EDUARDO FERNANDES NEVES RIBEIRO

# A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O FENÔMENO DO CONSEQUENCIALISMO UMA ANÁLISE RACIONAL DOS CONTORNOS HERMENÊUTICOS DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB

THE MOTIVATION OF JUDICIAL DECISIONS  
AND THE PHENOMENON OF CONSEQUENCIALISM  
A RATIONAL ANALYSIS OF THE HERMENEUTIC CONTOURS  
OF ARTICLES 20 AND 21 OF LINDB

CARLOS EDUARDO FERNANDES NEVES RIBEIRO

Promotor de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
eduardoneves@mpmg.mp.br

**RESUMO:** A Lei 13.655/2018 incluiu os artigos 20 e 21 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incorporando o fenômeno do consequencialismo no âmbito do controle de atos de gestão pública. Sob a perspectiva alexyana consubstanciada na dupla natureza do Direito e a argumentação jurídica daí decorrente, buscar-se-á traçar os contornos hermenêuticos adequados para os preceitos legais supramencionados e fixar diretrizes para a motivação apropriada das decisões judiciais que envolvem essa temática. Neste contexto, pretende-se outorgar feições eminentemente jurídicas ao consequencialismo, vinculando-o às máximas da proporcionalidade e da universalização.

**PALAVRAS-CHAVE:** consequencialismo; motivação; proporcionalidade; universalização

**ABSTRACT:** The 13.655/2018 law included articles 20 and 21 in the law of introduction to the norms of Brazilian law, incorporating the phenomenon of the consequencialism in the context of the control of acts of public management. Under the Alexyana perspective embodied in the dual nature of the law and the legal argument arising from this, it is necessary to draw up the appropriate interpretative contours for the abovementioned legal precepts and to establish guidelines for appropriate motivation for judicial decisions involving this issue. In this context, it is intended to give eminently legal features to the consequencialism, linking it to the maxims of proportionality and universalization.

**KEYWORDS:** consequencialism; motivation; proportionality; universalization

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo traçar os contornos hermenêuticos adequados dos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao examinar o papel desempenhado pelo consequencialismo na esfera da motivação das decisões judiciais que envolvem o controle da gestão pública.

Trata-se de matéria fecunda, envolta por controvérsias e marcada por polêmicas, cuja análise implica repercussões tanto teóricas,

por servir de contributo à estipulação de balizas para a delimitação do alcance e sentido dos argumentos consequencialistas, quanto práticas, na medida em que, de acordo com a posição adotada, emergirão nuances absolutamente distintas em torno do controle jurisdicional dos atos da administração pública.

O método de abordagem da temática será o dedutivo, com feições nitidamente propositivas, inserindo-se na esfera da pesquisa qualitativa.

A produção alexyana, em especial a natureza dúplice do Direito, servirá de referencial teórico para dimensionar os contornos apropriados do fenômeno da argumentação jurídica. Sob o paradigma dual do Direito e da argumentação daí decorrente, a pretensão é denotar o papel desempenhado pelo consequencialismo no controle jurisdicional dos atos administrativos.

Para a consecução desse objetivo, no primeiro tópico demonstrar-se-á que o paradigma jusfilosófico vigente, isto é, o pós-positivismo fomenta a estruturação do Direito sob uma perspectiva dupla, mediante a conjugação dos valores da segurança jurídica e da justiça. A abordagem exporá que a articulação equilibrada e racional dos valores outorga redobrada importância ao fenômeno da justificabilidade. Na sequência, buscar-se-á exprimir que, seja sob a óptica do direito positivo vigente, seja sob o prisma da noção de justiça, recai sobre a fundamentação o papel de controle da racionalidade das decisões judiciais.

No tópico subsequente, o ensaio denotará os impactos advindos do caráter dual do Direito no processo argumentativo e, sob tal perspectiva, enumerará as principais categorias de argumentos concebidas na produção alexyana, enfatizando a absoluta complementaridade entre elas.

No tópico final, volver-se-á ao exame do consequencialismo na órbita da argumentação jurídica, almejará parametrizar o sentido dos artigos 20 e 21 da LINDB, por meio de critérios estritamente

jurídicos, no propósito de salvaguardar a objetividade e a correção no processo interpretativo desenvolvido.

O consequencialismo incorporado pelo sistema normativo brasileiro por meio dos artigos 20 e 21 da LINDB, incluídos pela Lei 13.655/2018, ostenta natureza estritamente jurídica e não traduz novidade substancial. Serve apenas para realçar valores já incrustados na ordem jurídica pátria, a exemplo das máximas da proporcionalidade e da universalização.

### **1.1. Pós-positivismo, dupla dimensão do direito, o fenômeno da justificabilidade**

A superação natural do jusnaturalismo no final do século passado e o fracasso do positivismo ante as atrocidades levadas a efeito pelo nazifascismo constituíram anteparo fático robusto para a eclosão do paradigma jusfilosófico pós-positivismo.

Parafraseando Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno<sup>1</sup>, a partir da Revolução Francesa o direito natural começou a perder força, porquanto a defesa de um fundamento material para o Direito revelou-se arbitrária, na medida em que representava a sobreposição da visão de mundo de uns em detrimento de outros.

No início do século XX, o positivismo filosófico, plasmado na valorização incondicional da ciência neutra e invariável, foi incorporado pelo Direito e motivou a dissociação entre elementos normativos e valores transcendentais.

Diante da demonstração de que a busca por um fundamento material do Direito poderia solapar a harmonia entre visões antagônicas de mundo, a alternativa concebida pelo positivismo se

---

1 TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy*. In COELHO, Nuno Manoel Morgadinho Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Org.). *O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 295

voltou para a suplantação da base moral ínsita ao direito natural por um sustentáculo estritamente formal.

Destarte, ao mesmo tempo que o formalismo foi o instrumento pelo qual se blindou o Direito contra o risco de absolutização de uma única visão de mundo, ele também foi a válvula por meio da qual tornou o Direito refém de qualquer conteúdo.

Nas palavras de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, “morto o direito natural, não há mais um critério, interno à Ciência do Direito, que torne possível julgar a legitimidade do conteúdo (matéria) do direito positivo”<sup>2</sup>.

Em consequência, o positivismo jurídico serviu de plataforma apta à legitimação de autoritarismos de matizes variados, em nome de uma falsa neutralidade e indiferente objetividade.

O problema que se apresenta, então, no final do século XX, é como superar a antinomia Jusnaturalismo-Juspositivismo, ou seja, como apresentar um conceito de validade que, por um lado, (i) com o Jusnaturalismo e contra o Positivismo, mostre qual deve ser o conteúdo legítimo de uma ordem jurídica, e, por outro lado, (ii) com o Positivismo e contra o Jusnaturalismo, não seja material, isto é, não signifique a absolutização de visões de mundo que, no período contemporâneo, são subjetivas<sup>3</sup>.

Com efeito, o Direito foi objeto de esterilização moral e restringido ao conteúdo das normas emanadas do ente estatal, sem qualquer perquirição acerca da justeza delas.

Conforme Luís Roberto Barroso, as principais marcas do pós-positivismo são “a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”<sup>4</sup>.

---

2 Ibid., p. 296.

3 Ibid., p.297.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

---



Sob essa óptica, o Direito se reaproxima da moral, enseja novos rumos hermenêuticos, redimensiona o papel do Estado no processo de concretização dos direitos fundamentais, assume natureza dupla ao consubstanciar uma dimensão real ou empírica que comporta os elementos da emissão autoritativa, a produção legislativa pela autoridade competente, a eficácia social, o respeito do Direito pela coletividade sobre a qual ele se impõe ao consubstanciar uma dimensão ideal ou crítica que envolve a pretensão de correção do Direito<sup>5</sup>.

As dimensões estão interligadas e revelam que a legitimidade do Direito está subordinada à conjugação dos princípios da segurança jurídica e da justiça de modo que assegure não só a confiabilidade do direito positivo como também a satisfação da justiça, materializada por meio dos direitos fundamentais<sup>6</sup>.

Nesse processo, em vez de contraditórios, os valores assumem feição complementar, contribuindo, em igual medida, para a edificação de um sistema normativo baseado na racionalidade.

O alcance de um resultado equilibrado e racional constitui uma tarefa em construção permanente e se desenvolve por meio de um procedimento argumentativo fundado na justificação.

Afinal, o caráter plural da sociedade hodierna impôs ao sistema jurídico uma abertura valorativa, cujo dimensionamento racional está umbilicalmente atrelado à ideia de justificação.

Destarte, o fenômeno da justificatibilidade assume papel de redobrada relevância, uma vez que avaliza o suporte do direito positivo, faculta sua alimentação com espeque na Justiça e baliza

---

5 ALEXY, Robert. *Principais elementos da dupla natureza do Direito*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan./abr. 2010, p. 9.

6 TOLEDO, Cláudia. *O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito*, p. 41. In TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

a relação entre o plano normativo e o anteparo moral e ético subjacente a ele.

## 1.2. A dimensão real do direito e o dever de motivação do Poder Judiciário

O ordenamento jurídico pátrio, por imposição constitucional peremptória, estatuiu a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* da CRFB/1988<sup>7</sup>).

Logo, o sistema normativo vigente pressupõe o enaltecimento da razão, repudia a arbitrariedade e o subjetivismo, alinhando-se, pois, à perspectiva alexyana de análise do Direito.

Em linhas gerais, segundo Robert Alexy, a legitimidade dos discursos jurídicos não admite alusões a referências metafísicas, tampouco comporta uma subordinação irrefletida a mandamentos legais, independentemente do seu conteúdo. Por tais razões, Alexy propõe uma teoria procedimental da argumentação jurídica, plasmada no conceito de razão prática, e formula um conjunto de regras para disciplinar o procedimento decisório<sup>8</sup>.

Nesse contexto, a legitimidade da jurisdição, expressão de uma das facetas do Estado, está umbilicalmente atrelada à submissão do Poder Judiciário ao devido processo legal e, em especial, ao dever de motivação de toda e qualquer decisão prolatada.

---

7 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

8 ALEXY, Robert. *A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*. In *Ratio Iuris*. Volume 5. n. 3. December, 1992, p. 235.

No caso brasileiro, a clareza dessa evidência está literalmente plasmada no inciso IX do art. 93 da CRFB/1988, *in verbis*:

Art. 93.

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

Trata-se de verdadeira exigência do Estado Democrático de Direito, inteligentemente concebido como um Estado que se justifica<sup>9</sup>, cuja essência, pois, é absolutamente avessa a decisões judiciais imotivadas.

Indubitavelmente, a motivação não pode ostentar feições meramente estéticas, ou seja, destituídas de conteúdo<sup>10</sup>, pois tal estratégia fulminaria os anseios constitucionais traçados e a busca por justiça efetiva. Em outras palavras, carecem de legitimidade subterfúgios argumentativos cujo emprego encobre veladamente convicções pessoais ou preferências políticas, sem qualquer elo com preceitos jurídicos válidos.

Sensível a esta perspectiva, a Lei 13.105/2015, do Código de Processo Civil, estabelece a nulidade da sentença mal fundamentada. Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

---

9 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Revista brasileira de Direito Processual. V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.117.

10 SCHMITZ, Leonard Zieseimer. *Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15*. In DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais* (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodvim, 2016, p. 415.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - 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.

Em suma, somente a fundamentação idônea faculta o controle de fidelidade do julgador à concretude dos fatos e às normas jurídicas vigentes.

### **1.3. A dimensão crítica do direito, a justiça e a fundamentação**

A pretensão de correção ínsita ao sistema normativo se perfaz em prol da realização da justiça, cujo sentido está umbilicalmente atrelado à ideia de fundamentação. Em outras palavras, a correção ou não de uma medida está subordinada às razões subjacentes a ela. Nesse azimuth, Robert Alexy apregoa:

La circunstancia de que la justicia sea un particular tipo de corrección tiene profundas implicaciones para la teoría de la justicia. Quien afirma que algo es justo afirma siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto. Y quien afirma que algo es correcto

sobreentende que es susceptible de ser fundamentado, justificado, mediante razones. Las tesis según la cual la justicia és corrección, por tanto, conduce diretamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones<sup>11</sup>.

A pretensão de correção não constitui garantia suficiente para que ordenamentos jurídicos imorais se instituem por meio do uso da força do Direito<sup>12</sup> (TOVAR, 2017). Todavia, isso não significa que ela comporta qualquer conteúdo.

Sob o prisma do pensamento alexyano, a legitimidade da pretensão de correção pressupõe concordância com padrões de moralidade universal, fundados nos dogmas da liberdade e igualdade, sem prejuízo da avaliação de aspectos pragmáticos e éticos derivados do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral<sup>13</sup> (TOLEDO, 2014).

As diretrizes, embora relevantes, não eliminam a amplitude do conceito, cujo dimensionamento, pois, só se concretiza por meio de um procedimento argumentativo racional.

## **2. Argumentação jurídica, caráter dual. O impacto da dupla natureza do direito no processo argumentativo**

A dupla natureza do Direito repercute diretamente na argumentação jurídica desenvolvida no processo de fundamentação das decisões. Nos dizeres de Matthias Klatt:

---

11 ALEXY, Robert. *Justicia como corrección*. Traducción del italiano *Giustizia come correttezza* por Ana Inés Haquín, revisión técnica a cargo de la traductora y de Rodolfo Luis Vigo. Título original *Gerechtigkeit als Richtigkeit*, publicado em *Ragion pratica*, 1997/9, p. 106, traducción de Bruno Celano.

12 TOVAR, Alejandro Nava. *Não positivismo e a pretensão de correção*, p. 230. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

13 TOLEDO, Cláudia. *Pretensão de correção e “razões transcendentales ao direito positivo” no pensamento de Robert Alexy*. Anais do Congresso Brasil-Alemanha de teoria do direito e direito constitucional: conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (organizadores).

---

[...] includes the principles of the democratic the rule of dual-natured law is a

rule of reason. It integrates the formal and the material dimensions of the law. The concept of the rule of dual-natured law has important consequences for the character of legal reasoning. It provides a third theory, combining descriptive, authoritative, institutional elements of legal argumentation with prescriptive, ideal elements of justice and moral correctness.

The main challenge to this account is the problem of integration. I have reconstructed this integration as an optimization problem. Legal argumentation must take account of the fact that many arguments have already been worked through in the past. The upshot of past legal reasoning appears in the set of precedents, in the various legal doctrines, in authoritative decisions, in short: in the real dimension of the law. The real dimension of legal argumentation provides us with legal certainty, stability, and predictability. The real dimension remedies the uncertainty that arises out of law's argumentative character, out of its ideal dimension, in a world of value pluralism (Waldron, 2008b, p. 54). The real dimension guarantees that public morality does not collapse into personal morality (Allan, 2001, p. 315). The real dimension secures that our democratic conception of the common good is not identified with whatever individual conceptions of the good we happen to pursue.

At the same time, however, the rule of dual-natured law reminds us that the real dimension of legal argumentation can provide a prima facie certainty only. The rule of dual-natured law reminds us that the game of giving and asking for reasons never comes to a definite stop (Cohen, 2010). The ideal dimension of law never ceases to be present in "the argumentativeness of legal practice" (Finnis, 1987, p. 358)<sup>14</sup>.

Aliás, essa conclusão nada mais é que um consectário lógico da natureza do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. Por essa tese, a argumentação jurídica deve ser reconduzida,

---

<sup>14</sup> KLATT, Matthias. *Legal Argumentation and the Rule of Law*, edited by Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug, and Carel Smith, 27–46. 2016. The Hague: Eleven International Publishing, p. 43

com primazia, ao sistema normativo vigente – aí compreendidos atos normativos, a dogmática e os precedentes –, sem descuidar razões morais, éticas e pragmáticas, notadamente nas hipóteses de insuficiência ou irracionalidade do Direito positivo<sup>15</sup>.

Parafrazeando Robert Alexy<sup>16</sup>, no âmbito da teoria do discurso há quatro categorias distintas de argumentos: linguísticos, genéticos, sistêmicos e práticos gerais.

Os argumentos linguísticos são plasmados na linguagem usual de fato existente mas, via de regra, insuficientes, por si sós, para motivar uma decisão em especial, ante a vagueza e a indefinição da norma.

Os argumentos genéticos estão em consonância com propósitos factuais perseguidos pelo legislador histórico e, muitas vezes, são insuscetíveis de emprego, seja em função da dificuldade de definição da vontade do legislador, seja em decorrência de supostas contradições experimentadas entre a suposta vontade do legislador e da lei.

Os argumentos sistêmicos se baseiam na necessidade de se resguardar a unidade e coerência do sistema jurídico e, especialmente no patamar constitucional, exprimem íntima vinculação à argumentação prática geral.

Os argumentos práticos gerais, enfim, formam a quarta categoria e se dividem em argumento teleológico – calcado na averiguação das consequências dele decorrentes – e deontológico, isto é, fundado na aferição de sua correção ou equívoco, independentemente dos efeitos daí advindos.

Nesse contexto, os argumentos linguísticos, genéticos e sistêmicos são direta ou indiretamente suportados pela autoridade do

---

15 ALEXY, Robert. Problems of Discursive Rationality in Law. In: W. MAIHOFFER and G. SPRENGER (Eds.). *Law and the States in Modern Times*. Stuttgart: Steiner, p. 175, 1990.

16 ALEXY, Robert. Legal Argumentation as Rational Discourse. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, aprile/giugno. IV serie- LXX, p.175 e 176. 1993.

direito positivo, traduzindo-se em argumentos institucionais, enquanto os argumentos práticos gerais extraem força da correção do seu conteúdo, afigurando-se como argumentos substanciais<sup>17</sup>.

É cediço que a institucionalização constitui um elemento imprescindível na formatação do discurso jurídico. Afinal, há razões de ordem filosófica, jurídica e política que justificam esse entendimento<sup>18</sup>.

O discurso prático geral é incapaz de proporcionar a obtenção de consensos e a solução de conflitos eficazmente. Isso fomenta, pois, a incorporação da teoria do discurso por um sistema normativo em prol da agilidade e da eficiência no processo de tomada de decisões. Em contrapartida, nenhum sistema de normas é completo nem toda demanda social encontra assento legal. Logo, exsurge a relevância do discurso prático como anteparo legítimo e racional para o regime institucionalizado.

Este panorama explicita a relação de complementaridade entre os argumentos institucionais e substanciais e sedimenta o impacto significativo da natureza dúplice do Direito na esfera da argumentação jurídica.

Sobre a temática, Robert Alexy apregoa:

A successful institutionalization (...) includes the principles of the democratic constitutional state, among others those of democracy, of the separation of powers and of the rule of law. The principle of the authority of the positive law supported by these principles demands a priority of the institutional over the substantial reasons. It is, however, merely a *prima facie*-priority. Substantial reasons can be of such great weight in individual cases that they win over the institutional ones (...) The fact that insti-

---

17 ALEXY, Robert. *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX. 1993, p. 176.

18 ALEXY, Robert. *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX. 1993, p. 174.

---



tucional arguments are merely of prima facie-priority means that legal argumentation remains dependent on substantial or general practical argumentation even if institucional arguments lead to a certain result. (...) All this shows that the Idea of discourse can and must remain alive in spite all institucionalization<sup>19</sup>.

### 3. A argumentação jurídica e o consequencialismo – uma leitura racional da lei 13.655/2018

Recentemente, sob o pretexto de robustecer a motivação na esfera do controle da gestão pública, foi editada a Lei 13.655/2018, que incluiu, entre outros, os artigos 20 e 21 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Este novo diploma legislativo, fruto de trabalho desenvolvido por diversos administrativistas, busca, nas palavras dos responsáveis por sua concepção, neutralizar fatores de distorção da

---

19 ALEXY, Robert, *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX., 1993, p. 177.

atividade jurídico-decisória pública, a exemplo do alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas, da relativa incerteza inerente ao Direito quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma, da tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas<sup>20</sup>.

Apesar de ser aparentemente nobre a preocupação que motivou os referidos juristas, exsurge imprescindível redobrada cautela na interpretação dos novos preceitos normativos, sob pena de preponderância inapropriada de um consequencialismo retórico em detrimento de outros valores juridicamente relevantes.

Afinal, conforme retrodenotado, a motivação encontra assento em argumentos de diversas matrizes, e somente o manejo equilibrado e eminentemente jurídico de todos eles permite o alcance da racionalidade decisória.

Logo, ao contrário do que uma leitura açodada dos novos preceitos legais transcritos poderia sugerir, o ordenamento jurídico brasileiro não incorporou um consequencialismo juridicamente estéril, tampouco estritamente econômico ou social.

Em sentido lato, consequencialismo, sob o ponto de vista jurídico, nas palavras de Luis Fernando Schuartz, pode ser “[...] qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”<sup>21</sup>.

É patente a amplitude desse conceito, mas reside justamente aí a pertinência da definição, em virtude da demonstração de que o vocábulo sob comento comporta diversas matizes.

---

20 SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

21 SHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 384.

---

Nesse cenário, o primeiro cuidado imposto ao profissional do Direito consiste em extirpar qualquer linha interpretativa que agasalhe sob o novo diploma legal todo argumento consequencialista que extrapole o universo jurídico em sentido lato. Em outras palavras, apenas um consequencialismo jurídico é dotado de legitimidade, carecendo de autoridade, pois, decisões judiciais lastreadas em argumentos estritamente econômicos.

Tal raciocínio não significa concordância absoluta com o entendimento sufragado por *Tárek Moussallen*, segundo o qual “a consequência de toda norma jurídica (e de qualquer decisão) deve ser mensurada internamente ao direito positivo e não pelo prisma econômico e social”<sup>22</sup>.

O universo jurídico não se resume ao panorama normativo em virtude da superação do positivismo. O anseio legítimo por justiça inerente a um elemento integrante do Direito também não admite qualquer conteúdo, só comportando aspectos atinentes à moralidade universal e à ética social.

Em sentido semelhante, Neil Maccormick, ao versar sobre o consequencialismo, sustenta:

[...] os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer que eles somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas do direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve ser autorizada pela lei como ela é<sup>23</sup>.

---

22 MOUSSALEN, Tárek Moysés. *Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in SOUZA, Priscila de. *Sistema tributário brasileiro e crise atual*. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009, p. 974 e 975.

23 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 136.

---

Isso não significa que aspectos econômicos ou sociais sejam indiferentes no processo de formatação das decisões judiciais. Entretanto, essa ideia sedimenta que tais circunstâncias não podem sobrepor-se a imposições normativas, só adquirindo relevância mediante sua recondução ao panorama jurídico. Não se descarta a possibilidade de o ordenamento jurídico incorporar valores econômicos e sociais vinculados à atividade jurisdicional, desde que os elementos jurídicos sejam dotados de respaldo legal.

Exegese contrária fatalmente comprometeria o postulado da segurança jurídica, atribuindo feições políticas ao exercício da jurisdição, em decorrência da imprevisibilidade das consequências econômicas ou sociais supostas pelo magistrado no momento da decisão e da multiplicidade de alternativas capazes de incerta previsão.

A própria literalidade das normas sob comento revela balizas jurídicas impostas ao hermeneuta apontando os sentidos apropriados às novidades legislativas advindas. No sistema normativo vigente, a Lei Complementar 95/1998, responsável pela regulamentação do artigo 59 do texto constitucional, estabelece regras à elaboração, redação, alteração e consolidação de leis. A alínea “c” do inciso III do artigo 11 dessa lei complementar está assim vazada:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

[...]

III - para a obtenção de ordem lógica:

[...]

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

Assim, seja pela lógica, seja por mandamento legal expresso, o enunciado normativo contido nos parágrafos únicos dos ar-

tigos 20 e 21 do Decreto-Lei 4.657/1942<sup>24</sup> e incluído pela Lei 13.655/2018 deve ser interpretado como “aspecto complementar” ou explicativo das normas materializadas no *caput* dos referidos preceitos legais.

Destarte, a referência consequencialista agasalhada pelo artigo 20 retroaludido está diretamente ligada à máxima da proporcionalidade, especialmente às submáximas dela decorrentes materializadas na adequação e na necessidade.

Humberto Bergmann Ávila, embora empregue o termo dever em vez de máxima para se referir à proporcionalidade, ensina que ela compreende três elementos distintos – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – *in verbis*:

Assim, o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos<sup>25</sup>.

Para Virgílio Afonso da Silva, a submáxima da adequação pode ser assim compreendida: “Adequado, então, não é somente o meio

---

24 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

25 ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215 – jan./mar. 1999, p. 172.

---

com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”<sup>26</sup>

Já a submáxima da necessidade é um ato estatal que limita um direito fundamental, sendo somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.<sup>27</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito, segundo ele, perfaz:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.<sup>28</sup>

Nesse contexto, a menção aos termos “adequação” e “necessidade” consubstanciada no parágrafo único do artigo 20 sob comento não constitui mera coincidência. Pelo contrário, ela explicita o papel determinante da proporcionalidade no processo de avaliação das consequências e as reveste de juridicidade.

Da mesma forma, a referência às “possíveis alternativas” contida no mesmo preceito legal traduz aspecto ínsito da máxima da proporcionalidade, na medida em que exprime a relevância do exercício de um juízo comparativo no controle das medidas administrativas.

---

26 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 35.

27 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 39 e 40.

28 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 42. .

---

---

A redação empregada pelo legislador no parágrafo único do artigo 20 da LINDB, portanto, incorpora as feições basilares da máxima da proporcionalidade e institui uma conexão entre o consequencialismo e o referido postulado.

É de se dizer, aliás, que o próprio vocábulo “práticas” contido no *caput* do artigo 20 sob análise carrega em si correspondência com o caráter factual das submáximas da adequação e da necessidade, servindo ele, pois, como mais uma evidência linguística do vínculo enunciado.

Robert Alexy acentua a importância dos aspectos fáticos no processo de formação da máxima da proporcionalidade e explicita que, independentemente da novidade legislativa sob comento, a aplicação correta do postulado em questão sempre pressupõe análises concretas, isto é, juízos que extrapolaram a abstração das normas.

Nesse propósito, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas<sup>29</sup>.

O mesmo raciocínio retrodesenvolvido se aplica ao artigo 21 do diploma legal sob apreço. O parágrafo único deste preceito normativo emprega, inclusive, o termo “proporcional”. A singularidade aqui notada reside apenas no maior detalhamento legislativo da máxima da proporcionalidade para o campo do Direito Administrativo, com o nítido desiderato de positivação do princípio da proteção à confiança sob suas lentes.

As próprias origens do princípio da proteção à confiança encontram eco no balanceamento entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica sob o prisma da proporcionalidade.

---

29 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 118.

Esta é a lição de Hartmut Maurer ao discorrer sobre tal princípio:

A proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais.

[...]

a proteção à confiança pode entrar em conflito com outros bens jurídicos e interesses, em particular, com o princípio da legalidade e da constitucionalidade, que exige a correção de atos antijurídicos, e com os interesses legítimos do Estado de adaptar o direito às circunstâncias alteradas ou aos novos conhecimentos ou de introduzir, até com o auxílio do direito, novos desenvolvimentos. Em tais casos de conflito deve ser ponderado entre o interesse da confiança do particular e o interesse da modificação do Estado e, sob consideração de todos os pontos de vista relevantes, esforçar-se por uma compensação ótima<sup>30</sup>.

O mesmo posicionamento é sustentado por Rafael Maffini no direito brasileiro, *in verbis*:

A legalidade administrativa não pode ser considerada como um óbice à incidência do princípio da proteção substancial da confiança, mesmo quando se trata de preservação de condutas – ou seus efeitos – inválidas. Isso porque, as noções de Estado de Direito e de segurança jurídica não estão sob, mas sobre ou ao lado do princípio da legalidade, impondo-se a ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica para que, em alguns casos, essa ceda à proteção da confiança com a estabilidade das relações jurídicas, ainda que inválidas. Ademais, o fundamento material da legalidade consiste justamente na busca por segurança jurídica, não se apresentando, pois, num fim em si mesmo. Dessa forma, sempre que a legalidade implicar consequências que se contraponham ao seu próprio fim material, qual seja, a segurança jurídica, terá de ser ponderada com outros valores, como é o caso

---

30 MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 68 e 86



da proteção substancial da confiança, ensejando tal ponderação a possibilidade de preservação de atos ou efeitos decorrentes de comportamentos inválidos<sup>31</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Gustavo Binbenbojm, ao discorrer sobre os efeitos do princípio da segurança jurídica na esfera do controle de legalidade dos atos administrativos, enfatiza que o princípio da segurança jurídica tem assento constitucional e deve ser ponderado com a legalidade estrita, caso a caso, “segundo critérios comparativos entre a gravidade da violação à lei e o grau de lesividade, que decorreria da invalidação do ato, ao particular, cuja confiança legítima foi violada”<sup>32</sup>.

Paralelamente aos fundamentos linguísticos retroalinhavados, as bases genéticas do ato normativo sob análise corroboram as conclusões já alcançadas.

A polêmica em torno da Lei 13.655/2018 motivou os juristas responsáveis por sua concepção a publicarem artigo rebatendo as críticas endereçadas ao projeto de lei subjacente ao diploma na fase final do trâmite legislativo.

Logo, o conteúdo do referido documento constitui expressão concreta da gênese da norma sob análise e, por conseguinte, parâmetro legítimo de interpretação dela.

O comentário talhado sobre o artigo 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 pelos referidos juristas contempla expressamente o vínculo almejado entre a previsão normativa e a máxima da proporcionalidade. Vejamos:

[...] o dispositivo a ser inserido na LINDB é clara aplicação do conhecido princípio da proporcionalidade, que exige ao toma-

---

31 MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 223.

32 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 190.

---

dor de decisão a comprovação de que a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Como se sabe, sempre que o Poder Público tiver de decidir tendo por base um conflito de bens jurídicos de qualquer espécie, deve analisar a possibilidade dessa medida levar à realização pretendida (adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos e interesses envolvidos (necessidade) e de a finalidade pública buscada ser valorosa a ponto de justificar a restrição imposta (proporcionalidade em sentido estrito).

Daí o sentido de se exigir na própria LINDB, como expressão do princípio da proporcionalidade, que o julgador em processo administrativo, judicial ou de controle se valha de um juízo prévio sobre a aptidão do meio a ser utilizado e o resultado a ser alcançado, dentro de um universo de possibilidades<sup>33</sup>.

A abordagem do artigo 21 do mesmo diploma legislativo, por sua vez, apesar de não fazer alusão ao princípio da proteção à confiança, sedimenta o elo entre as bases teóricas deste postulado e a novidade legal dele advinda. Vejamos:

O dispositivo em questão apenas exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão.<sup>34</sup>

---

33 SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017*. São Paulo, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf> (p. 3 e 4).

34 SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017*. São Paulo, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf> (p. 6).

A interpretação em tela é a única que a preserva a coesão do sistema normativo vigente, impedindo a manipulação arbitrária de fundamentos consequencialistas destituídos de base jurídica. Nesse sentido, Neil Maccormick apregoa:

Por mais desejável que uma dada deliberação seja quanto a fundamentos consequencialistas, ela não pode ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório no sistema. Naturalmente, um precedente ostensivamente contraditório pode ser 'explicado' e 'discriminado' para evitar uma contradição semelhante; ou uma lei ostensivamente conflitante pode ser interpretada de uma forma que evite essa contradição. Contudo, se esses estratagemas para a conciliação falharem, a exigência da coesão demandaria a rejeição de uma deliberação que de outro modo seria interessante, rejeição essa com base em seu conflito insolúvel com (a contradição de) normas válidas e estabelecidas<sup>35</sup>.

Por derradeiro, conforme alhures aventado, o consequencialismo, independentemente do advento da Lei 13.655/2018, possui relevância no fenômeno da argumentação jurídica, em especial diante de casos lacunosos, sobrevindo a necessidade excepcional de decisões *contra legem*.

Nessas circunstâncias, o principal papel exercido pelos argumentos consequencialistas reside na universalização da decisão adotada, assim entendida como a necessidade de atribuir tratamento idêntico a casos semelhantes que porventura advenham. Este raciocínio também é desenvolvido por Neil Maccormick ao enfrentar a problemática dos argumentos consequencialistas, *in verbis*:

Considerando-se a concepção que se tem das leis é racional e deliberada, parece de fato essencial que a justificação de qualquer decisão numa área não comandada por uma norma expressa que envolva obrigação, ou quando uma norma semelhante for ambígua

---

35 MACCOMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135

ou incompleta, prossiga pela verificação das decisões propostas à luz de suas consequências. Entretanto, como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pelo qual tal decisão deveria favorecer um lado em vez do outro, as consequências pertinentes são das de deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente<sup>36</sup>.

Basile Georges Campos Christopoulos, interpretando o pensamento de Maccormick, sustenta-o com clareza ainda mais contundente:

Em termos gerais, e especialmente na vertente da necessidade de universalização, a argumentação consequentialista pode ser fundamentada juridicamente nos princípios da Justiça e da Igualdade, pela necessidade de tratamento de casos semelhantes de forma semelhante, de maneira que a justificação dada ao caso presente possa ser utilizada no futuro em casos similares<sup>37</sup>.

Nessa etapa, o consequentialismo é fatalmente reconduzido a um dos principais conjuntos de regras universais do discurso prático geral concebido por Robert Alexy no patamar da justificação, isto é, a necessidade de compartilhamento e aceitação das consequências advindas da decisão tomada. Eis a explicação de Robert Alexy sobre o assunto:

Um primeiro grupo importante de regras é formado pelas distintas variantes do princípio da generalizabilidade. Conforme as discussões precedentes, devem distinguir-se aqui três versões da exigência de generalizabilidade: a de Hare a de Habermas e a de Baier.

O princípio de universalidade de Hare já foi formulado como regra (1.3'). Desse princípio, junto com o da prescritividade, obtém Hare a seguinte exigência:

---

36 MACCOMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 192 e 193

37 CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequentialista no Direito*. In Revista Eletrônica do mestrado em Direito da UFAL. V. 6, nº 3. Constitucionalização dos direitos no Brasil. 2015, p. 20.

(5.1.1) Quem fizer uma afirmação normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

O princípio de generalizabilidade de Habermas resulta diretamente da estrutura do discurso pelas regras da razão ([2.1]-[2.3]). Se todos deliberarem sobre as questões práticas com igualdade de direitos, só podem encontrar no acordo geral aquelas proposições normativas e regras que cada um pode aceitar.

Em (5.1.1), parte-se das concepções normativas de cada falante. O princípio de generalizabilidade habermasiano se refere às opiniões comuns obtidas no discurso. Assim pode-se formular:

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos precisam ser aceitas para todos.

Brevemente: cada um deve estar de acordo com cada regra.

(5.1.2) compartilha o caráter ideal das regras de razão.

O princípio de Baier se pode fundamentar a partir das exigências de abertura e sinceridade que regem o discurso. Pode ser considerado como uma concreção de (1.2). Exclui diretamente como infundamentável uma série de regras.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

Porém (5.1.1)-(5.1.3) não oferecem ainda a garantia de um acordo racional (5.1.1) permite partir das diferentes convicções normativas fáticas dos respectivos falantes; (5.1.2) partilha do caráter ideal das regras de razão; (5.1.3) exclui apenas relativamente poucas regras morais.

Não é possível elaborar um procedimento que conduza, em cada caso, a um acordo racional. Porém, muito já se ganharia, se houvesse um procedimento que aumentasse pelo menos a possibilidade da transformação de concepções incompatíveis praticamente existentes, no sentido de um acordo racional. Tal procedimento foi proposto por Habermas, assim como também – numa forma detalhadamente desenvolvida – por Lorenzen e Schwemmer, com o programa da gênese crítica. Nesta gênese, o desenvolvimento dos sistemas de regras morais é reconstruído

pelos participantes no discurso. Nos diferentes níveis de desenvolvimento pode-se comprovar por isso até que ponto se realizaram as condições do discurso racional. Torna-se, assim, possível criticar as regras que surgem neste processo de desenvolvimento e que determinam o raciocínio prático<sup>38</sup>.

Diante dessas balizas devidamente materializadas pela motivação, a expectativa é de que os julgamentos primem por mais justiça, facultem maior controle e expressem segurança jurídica.

#### 4. Conclusão

A Lei 13.655/2018 atribuiu nova roupagem à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com o franco propósito de remodelar o controle exercido sobre os atos de gestão pública. Nesse contexto, o referido diploma normativo, sob o pretexto de incrementar o grau de responsabilidade dos órgãos de controle e fiscalização dos atos do poder público, incorporou no sistema jurídico vigente o fenômeno do consequencialismo.

A redação legislativa empregada na formatação dos artigos 20 e 21 da LINDB é marcada por conceitos jurídicos indeterminados. Logo, o papel desempenhado pela interpretação, imprescindível para a análise de qualquer norma jurídica, assume contornos ainda mais importantes para a definição do sentido do consequencialismo agasalhado pelos novos mandamentos normativos sob exame.

Sob o paradigma pós-positivista vigente, a natureza dúplice do Direito, na perspectiva alexyana, explicita a ferramenta mais apropriada para interpretar as normas jurídicas, pois salvaguarda, ao mesmo tempo, os valores da justiça e da segurança jurídica.

---

38 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação - Cláudia Toledo. Rio de Janeiro São Paulo: Forense, 2017, p. 195 e 196.

ca. Naturalmente, o processo argumentativo deflagrado encampa caráter dual e se funda na complementaridade entre argumentos institucionais e substanciais.

A institucionalização do Direito implica a primazia dos elementos argumentativos institucionais sobre os substanciais. Porém, essa precedência ostenta perfil exclusivamente *prima facie*, dado o caráter suplementar *sui generis* do discurso prático geral sobre o jurídico.

Nesse cenário, incumbe à motivação desenvolver a racionalidade do equilíbrio argumentativo e, por conseguinte, garantir controlabilidade do sentido atribuído aos enunciados legais. A legitimidade das balizas interpretativas concebidas está subordinada às diretrizes supradelineadas, ensejando a necessidade, pois, de apreender o sentido dos enunciados normativos a partir de lentes eminentemente jurídicas.

O consequentialismo agasalhado nos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro deve ostentar natureza jurídica e feições obrigatoriamente motivadas. Com efeito, por um lado, a formatação institucional dos referidos preceitos legais acarreta a vinculação do consequentialismo à máxima da proporcionalidade e, em menor escala, ao princípio da proteção à confiança; e, por outro, a materialização substancial dos mesmos comandos normativos entroniza a essência universal ínsita ao processo argumentativo.

Com tais considerações, ao contrário do que se poderia supor, os artigos 20 e 21 da LINDB, incluídos pela Lei 13.655/2018, não traduzem novidade substancial, já que retratam apenas a incorporação de valores já sedimentados no nosso ordenamento jurídico.

Contudo, o risco de distorção interpretativa em busca de uma falsa inovação é patente, seja em virtude da textura aberta com que foram editadas as sobreditas normas, seja em decorrência dos interesses metajurídicos envolvidos na aplicação de ambas.

---

Destarte, os rumos da jurisprudência estão sujeitos a um árduo trabalho de vigília em prol de uma argumentação jurídica racional e motivada.

## 5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação - Cláudia Toledo. Rio de Janeiro São Paulo: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*. In *Ratio Iuris*. Volume 5. n.º 3. December, 1992, p. 235.

\_\_\_\_\_. *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX, p.165-178. 1993.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do Direito*. Organização: Ernesto Garzo Valdés, Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Problems os Discursive Rationality in Law*. In: W. MAIHOFER and G. SPRENGER (Eds.). *Law and the States in Modern Times*. Stuttgart: Steiner, p. 174-179, 1990.

\_\_\_\_\_. *Justicia como corrección*. Traducción del italiano *Giustizia come correttezza* por Ana Inés Haquín, revisión técnica a cargo de la traductora y de Rodolfo Luis Vigo. Título original *Ge-rechtigkeitalsRichtigkeit*, publicado em *Ragion pratica*, 1997/9, p. 103-113, traducción de Bruno Celano.



\_\_\_\_\_. *Principais elementos da dupla natureza do Direito*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan./abr. 2010, p. 9-30.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215 – jan./mar. 1999, p. 151-179.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Revista brasileira de Direito Processual. V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível no sítio eletrônico <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível no sítio eletrônico <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.655 de 25 de abril de 2018* (inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de set. de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público) Disponível no sítio eletrônico <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm)>. Acesso em: 20 maio 2018.

---

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998* (dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona). Disponível no sítio eletrônico <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm)>. Acesso em: 20 maio 2018.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequencialista no Direito*. In Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, n.º 3. Constitucionalização dos Direitos no Brasil. 2015, p. 20.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodvim, 2016.

KLATT, Matthias. *Legal Argumentation and the Rule of Law*, edited by Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug, and Carel Smith, 27–46. 2016. The Hague: Eleven International Publishing.

MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Intepretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACCOMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MOUSSALEN, Tárek Moysés. *Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in SOUZA, Priscila de. *Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual*. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15*. In DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais* (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodvim, 2016, p. 411-450.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 23-50.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TOLEDO, Cláudia. *O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito*. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Pretensão de correção e “razões transcendentais ao direito positivo” no pensamento de Robert Alexy*. Anais do Congresso Brasil-Alemanha de teoria do direito e direito constitucional: conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (Organizadores).

TOVAR, Alejandro Nava. *Não positivismo e a pretensão de correção*. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

---

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy*. In COELHO, Nuno Manoel Morgadinho Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Org.). *O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

Artigo recebido em 14/9/2018

Artigo aprovado em 2/4/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200004

**204 - 248**

Artigo

**DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO:  
POSSIBILIDADE DA CELEBRAÇÃO DE TERMO  
DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA  
NAS HIPÓTESES CONFIGURADORAS  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

BARBARA STATÍLIA RODRIGUES ALVES

# DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: POSSIBILIDADE DA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NAS HIPÓTESES CONFIGURADORAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

DEFENSE OF PUBLIC PATRIMONY:  
POSSIBILITY OF CONCLUSION OF CONDUCT ADJUSTMENT TERM IN THE  
HYPOTHESES CONFIGURATING OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

BARBARA STATÍLIA RODRIGUES ALVES

Pós-graduada em Direito  
Instituto Prominas, Brasil  
barbarastatilia@hotmail.com

**RESUMO:** O presente artigo apresenta algumas reflexões acerca da atuação do Ministério Público na defesa da moralidade e do patrimônio público. Aponta que os órgãos ministeriais têm experimentado um avanço progressivo, primeiro com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a adoção de uma postura mais resolutiva por parte da instituição. A partir daí trata sobre a utilização de instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos, a saber: inquérito civil, recomendação, audiências públicas e termo de ajustamento de conduta (TAC). Destarte, aliando o conceito de resolutividade à proteção do erário e dos princípios, questiona a utilização de TAC nas hipóteses configuradoras de atos ímprobos. Para tanto, confronta recentes resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e dos Conselhos Superiores do Ministério Público do Paraná e de Minas Gerais com a aparente vedação do artigo 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

**PALAVRAS-CHAVE:** Patrimônio Público; Ministério Público resolutivo; Termo de Ajustamento de Conduta; Lei de Improbidade Administrativa.

**ABSTRACT:** The present article presents some reflections about the performance of the Public Prosecution Service in the defense of morality and public patrimony. It points out that the Ministerial Bodies have experienced a progressive advance, first with the advent of the Federal Constitution of 1988 and, later, with an adoption of a more resolute position on the part of the Institution. From there it deals with the use of instruments of extrajudicial resolution of conflicts, namely: Civil Inquiry, Recommendation, Public Hearings and Conduct Adjustment Term - TAC. Thus, combining the concept of resoluteness with the protection of public assets questions the use of TACs in hypotheses configuring impotent acts. To this end, it confronts recent resolutions of the National Council of the Public Prosecutor's Office and the Superior Councils of the Public Prosecution Service of Paraná and Minas Gerais with the apparent prohibition of article 17, § 1º, of Federal Law nº 8.429/1992 (Administrative Improbability Act – AIC).

**KEYWORDS:** Public Patrimony; Resolutive Public Ministry; Conduct Adjustment Term; Law of Administrative Improbability.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Patrimônio público. 2.1. O conceito de patrimônio público. 2.2. A proteção e a defesa do patrimônio público. 2.2.1. A atuação do Ministério Público na defesa da moralidade e do patrimônio público. 3. O Ministério Público resolutivo: atuação extrajudicial na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 3.1. Os perfis de atuação ministerial: Ministério Público demandista e Ministério Público resolutivo. 3.1.1. Ministério Público demandista. 3.1.2. Ministério Público resolutivo. 3.2. Os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público. 4. O termo de ajustamento de conduta como instrumento de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. 4.1. A aparente vedação do art. 17, § 1º, da Lei

Federal nº 8.429/1992. 4.1.1. A suposta impossibilidade de aplicação de termos de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa. 4.1.2. O cabimento de termo de ajustamento de conduta no inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa. 4.1.3. A utilização de termo de ajustamento de conduta como ferramenta de aplicação de multa no combate e repressão à improbidade administrativa. 4.2. A Medida Provisória nº 703/2015: revogação temporária do artigo 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992. 4.3. A Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. 4.4. A regulamentação dos Conselhos Superiores do Ministério Público acerca do cabimento do termo de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa. 4.4.1. A Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná. 4.4.2. A Resolução nº 03/2017 do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais. 4.5. Breves considerações acerca da aplicação de termo de ajustamento de conduta em improbidade administrativa. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

O patrimônio público, compreendido em sua acepção material e imaterial, é essencial ao bom funcionamento da máquina estatal e ao adimplemento dos direitos e garantias fundamentais, e na medida em que viabiliza a implementação das políticas públicas.

Não obstante sua importância, é cada vez mais comum a prática de atos que o deterioram, causando prejuízos incalculáveis à coletividade, em ofensa a todo o sistema jurídico.

Considerando que crescem a passos largos os índices de corrupção e atos ímprobos, os quais ferem de morte o erário e os princípios da administração pública, busca-se compreender o exato alcance do termo em apreço para, posteriormente, delimitar formas de controle e proteção.

Decorre daí a importância do Ministério Público como instituição constitucionalmente legitimada para a defesa e proteção do acervo do patrimônio público, munida de procedimentos de atuação judicial e extrajudicial de resolução de conflitos, os quais vêm sendo aprimorados na tentativa de acompanhar o requinte dos atos corruptos.

Analisa-se a atuação dos órgãos ministeriais na defesa do patrimônio do povo, sob o enfoque da atuação extrajudicial, mormente considerando a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta – TAC – nas hipóteses configuradoras

de improbidade administrativa, o que bem ilustra a atual postura resolutiva assumida pelo Ministério Público no aprimoramento de sua missão constitucional.

Contextualizando o debate acadêmico, que inegavelmente se reveste de incontáveis reflexos práticos, tecem-se alguns comentários atinentes à Medida Provisória nº 703/2015, que revogou temporariamente o artigo 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992. Também se comenta sobre a Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério do Paraná – CSMP/MPPR e Resolução nº 03/2017 do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais – CSMP/MPMG.

Com efeito, o objetivo precípua do presente trabalho é verificar a possibilidade e a legitimidade de se aplicar o termo de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa.

## 2. Patrimônio público

Hodiernamente, muito se tem falado sobre a necessidade de proteção do patrimônio público em sua acepção material e imaterial.

É clarividente que o tema vem ganhando cada vez mais destaque, em face dos alarmantes índices de corrupção que assolam não só o Brasil, mas o mundo todo. A corrupção caracteriza a face mais nefasta da improbidade administrativa, marca a gravidade da dilapidação dos recursos públicos e a premente redução da confiabilidade dos governados em seus governantes.<sup>1</sup>

---

1 Segundo pesquisa empírica realizada pela Transparência Internacional, ONG que tem como principal objetivo o combate à corrupção, o Índice de Percepção da Corrupção – IPC 2017 do Brasil caiu da 79ª para a 96ª posição no Ranking Mundial dos 180 países avaliados em 2017. Em uma escala de 0 (muito corrupto) a 100 (muito íntegro), o Brasil alcançou preocupantes 37 pontos. (Transparência Internacional, *Relatório: Índice de percepção da Corrupção 2017*. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5a86d82132601ecb510239c2/t/5a8dc5b89140b72fa5081773/1519240719239/IPC+2017+-+RELATÓRIO+GLOBAL.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018).



Diante disso, é certo que:

[...] o controle da Administração Pública e a probidade administrativa constituem-se em direitos fundamentais e, portanto, devem ser adequadamente tutelados pelo Estado. (DINIZ, 2017, p. 12).

De fato, a efetiva proteção do erário busca viabilizar o adimplemento dos direitos e garantias constitucionais por parte do Poder Público.

Dadas essas anotações iniciais e, partindo da constatação dos altos índices de corrupção em diversos países, interpenetram-se as ideias de improbidade e corrupção, as quais atingem diretamente a integridade dos recursos públicos e dos princípios correlatos. Veja-se:

A corrupção que ameaça o patrimônio público não se restringe às figuras típicas previstas no Código Penal. Ela é muito mais ampla, muito mais extensa, podendo ser considerada como toda forma de desvio, de vantagem indevida, de dilapidação da coisa pública, de parcialidade nos atos da administração, de falta de publicidade dos atos da administração, de violação do princípio da legalidade, de ineficiência administrativa, de improbidade administrativa, de afronta à moralidade administrativa e à boa-fé, de qualquer ato ilícito praticado com aparência de legalidade, de favorecimento e utilização da coisa pública para satisfação do interesse particular. (BARBABELA, 2014, p. 5).

Outrossim, almejando compreender os atos atentatórios aos haveres públicos, faz-se necessário empreender esforços conceituais, sem se olvidar das formas de controle, mormente aquela exercida pelo Ministério Público como principal órgão responsável pelo combate e repressão dos atos de malbaratamento do erário, enriquecimento ilícito e consequente dismantelamento dos princípios administrativos.

## **2.1. O conceito de patrimônio público**

Em uma primeira noção, os mais desavisados podem relacionar o conceito de patrimônio público apenas à sua concepção mate-

---

rial, identificada por bens tangíveis (prédios, ruas, praças, veículos e todo o aparato físico à disposição da administração pública), esquecendo-se dos elementos imateriais que se revelam de suma importância no estudo do tema.

O artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/1965 (Lei de Ação Popular – LAP) define patrimônio público como o conjunto de “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico da União, Estados, Distrito Federal e Territórios”.

No entanto, essa conceituação deve ser compreendida em linhas mais abrangentes, com o fim de alcançar também o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, que mantenham relação com valores, bens ou dinheiro público, que as submetam à obrigação de prestação de contas instituída pelo artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Logo, a obrigação de prestação de contas denota a natureza pública do patrimônio.

É certo que o referido conceito também foi ampliado pelo artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP), que incluiu os danos patrimoniais causados aos interesses difusos e coletivos na compreensão do que pode ser protegido pelo Ministério Público, como instituição responsável pela proteção e defesa desses bens (DURÃES, 2009, p. 63).

Com relação à definição aqui proposta:

De considerar, ainda, que o patrimônio público não pode ser compreendido apenas do ponto de vista material, econômico ou palpável. O patrimônio público espelha todo tipo de situação em que a Administração estiver envolvida, desde a mais módica prestação de serviço típica até os bens que fazem parte de seu acervo dominial. Com efeito, a própria moral da Administração Pública constitui objeto a ser resguardado por todos os membros da sociedade, sob pena da completa submissão dos valores rígidos da honestidade e probidade às práticas vezeiras de corrupção [...]. (MARTINS, 2013, p. 49).

Uma vez delimitado o alcance do termo, torna-se possível demarcar as principais frentes de atuação das Promotorias Especializadas em sua defesa, quais sejam:

[...] a moralidade, a ética e a probidade administrativa, a impessoalidade em concursos públicos e licitações, a responsabilidade na gestão de recursos públicos, o zelo dos bens materiais do Estado e a luta contra o nepotismo. (DURÃES, 2009, p. 63).

E, nesse caminho, a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) emerge como principal instrumento destinado à proteção da administração pública contra toda a sorte de atos de corrupção, má-gestão, malversações e favoritismos (FIGUEIREDO, 1994, p. 25), consagrando-se, pois, como um dos maiores balizadores da proteção desses pertences em sentido *lato sensu*.

Sintetizando a conceituação aqui proposta, o Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (2010, p. 1256) aponta que:

[...] a acepção de patrimônio público utilizada neste manual se relaciona ao patrimônio econômico e moral das pessoas jurídicas de direito público, incluindo-se, ainda, em seu patrimônio extra material, a observância aos princípios constitucionais.

## **2.2. A proteção e a defesa do patrimônio público**

Passadas essas breves considerações, impõe-se a verificação das formas de proteção e defesa, aqui identificadas com o próprio controle da administração pública.

Assim, considerando a imprescindibilidade desse acervo para o funcionamento da máquina estatal, nasce a necessidade de sua fiscalização por parte da administração pública, dos órgãos de

controle, da sociedade, bem como do Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o controle exercido pelo Ministério Público e pela administração pública coexistem e servem a um ideal comum, personificado na defesa do erário:

A Constituição Federal, visando principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. (MORAES, 2012, p. 425).

Saliente-se que o controle pode ocorrer sob diversas vertentes, dentre as quais se destaca a classificação quanto ao tipo de controle, os órgãos que podem exercê-lo, a oportunidade de exercício e a forma de atuação (MARTINS, 2013, p. 298-327).

Ademais, ao lado dessas espécies de controle, também é de singular importância o controle por parte dos cidadãos, que poderão exercê-lo “monitorando e fiscalizando as ações da administração pública, no acompanhamento das políticas formuladas, pelo exercício da cidadania” (SIMIONI, 2014, p. 24).

### **2.2.1. A atuação do Ministério Público na defesa da moralidade e do patrimônio público**

Dentre os legitimados para a defesa do patrimônio público e da probidade administrativa – legitimação ordinária (ente público lesado) e legitimação extraordinária (cidadão, por meio da ação popular), ressalta-se a competência do Ministério Público, erigida a partir do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, sobrepuja-se a atuação das curadorias especializadas. Em Minas Gerais, por exemplo, a Lei Complementar nº 34/1994, que dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado, estabeleceu, em seu artigo 61, que as Promotorias de Justiça Especializadas, também denominadas Promotorias de Justiça do Cidadão, subdividem-se em treze Promotorias, dentre as quais se encontram as Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (inciso XIII, artigo 61, da LC 34/1994). Previsão semelhante também se encontra no artigo 295 da Lei Complementar nº 734/1993, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo.

Dessa forma, visando a cumprir com sua missão constitucional de defesa do patrimônio público, o Ministério Público pode fazer uso de métodos judiciais e extrajudiciais de atuação. Em relação à via judicial, o Parquet pode valer-se do ajuizamento de ações por improbidade administrativa ou ações civis públicas para a defesa desse patrimônio. Por outro lado, extrajudicialmente, pode fazer uso de instrumentos como inquérito civil, recomendações, audiências públicas e termos de ajustamento de conduta.

Assim, indiscutível a legitimidade, constitucional e infraconstitucional, do Ministério Público na tutela desses haveres, em benefício de toda sociedade. A esse respeito, sobressaem-se as disposições da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA); dos artigos 5º, III, b, e 6º, VII, b, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU); do art. 25, IV, b, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LOMP), bem como do art. 1º, VI, Lei nº 7.347/1985 (da Lei da Ação Civil Pública – LACP) (MAZZILLI, p. 15).

Também se destacam a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Recurso Extraordinário RE nº 225.777-MG, que reconheceram capacidade aos órgãos ministeriais para pedirem a restituição do dinheiro público desviado por administradores. Similarmente, ressalta-se o RE nº 208.790-4, que conferiu legitimidade extraordinária ao *Parquet* na defesa do patrimônio público.

Assim, verifica-se o seguinte:

O Ministério Público, como instituição garantidora do princípio constitucional da moralidade administrativa, deve combater a improbidade, investigando os corruptos e os corruptores, buscando a sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como corolário do regime republicano. (CAMBI, 2014, p. 15-16).

Sublinhe-se ainda que a atuação do órgão ministerial na defesa da moralidade administrativa é lastreada por diversos diplomas normativos: Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos – parte penal), Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), Código Penal (artigos 312 e seguintes – Dos crimes contra a Administração Pública), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), os quais devem conviver harmonicamente. Atente-se:

Nesse ínterim, perfilhado à Teoria do Diálogo das Fontes, visualiza-se claramente que o cenário atual é de aplicação coordenada e sistematizada de todas as leis que compõem o microsistema de tutela à probidade administrativa. O emprego de um dos diplomas não afastaria, por si só, a incidência do outro, a fim de garantir justiça e proteção efetiva à lealdade e honestidade na ambiência pública. (MPMG, 2017, p. 17).

De acordo com o Manual de Atuação Funcional do Ministério Público (2010, p. 1072), é certo que a defesa do patrimônio público pelos representantes ministeriais compreende a atuação no campo extrajudicial e judicial, cível ou criminal, no intuito de preservar o erário e buscar a responsabilização dos agentes que, ao praticarem atos ímprobos, ferem princípios do direito público e a ordem jurídica como um todo.

Para isso, o Ministério Público dispõe de vasto aparato normativo, dentre o qual se sobressai a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), elaborada em atenção à determinação do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, com o fim precípuo de coibir umas das maiores mazelas que afligem o país, caracterizada pela “prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos”.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece quatro modalidades específicas de atos ímprobos, quais sejam:

I) artigo 9º: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito; II) artigo 10: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário; III) artigo 10-A: Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário e IV) artigo 11: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública. (BRASIL, 1992).

Sobreleva-se ainda a Lei nº 12.846/2013, comumente conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei de Improbidade Empresarial, editada no intuito de proteger a sociedade dos atos corruptos.

Com a clara intenção de reforçar o chamado microsistema de tutela à probidade administrativa, atinente à proteção e defesa do patrimônio público, a norma em comento foi editada para facilitar a responsabilização das pessoas jurídicas.

Não obstante, conclui-se pela necessidade da aplicação eficiente e efetiva da legislação relativa à defesa da probidade. Nesse sentido, ganha força a atuação do órgão ministerial como importante defensor do patrimônio do povo, protagonizando, porque não assim dizer, o combate à corrupção (COSTA, 2017, p. 161-209).

### **3. O Ministério Público resolutivo: atuação extrajudicial na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis**

A partir da eclosão dos movimentos pós-positivistas, no final do século XX, as Cartas Constitucionais passaram a ocupar um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos pátrios. No Brasil, o cenário não foi diferente.

Com a ascensão dos ideais pós-positivistas, a Constituição Federal de 1988 tem galgado cada vez mais importância dentro do sistema de validade das normas jurídicas, servindo, pois, como pano de fundo para a interpretação dos demais ramos do direito (BARROSO, 2012, p. 43).

Na ótica constitucional moderna, o Ministério Público foi erigido a um novo patamar de atuação, experimentando atribuições, jurisdicionais e extrajurisdicionais mais amplas no exercício da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>2</sup>.

Trata-se, portanto, de uma crescente solidificação do *Parquet* como uma “das grandes instituições constitucionais de promoção social, de forma que a sua atuação funcional está atrelada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” (ALMEIDA, 2008, p. 18), expressamente definidos pelo artigo 3º do texto constitucional. Daí surge a importância de se conhecer esse novo perfil ministerial, mais voltado à utilização de formas extrajurisdicionais de atuação no exercício de suas funções constitucionais.

Nesse sentido, tem-se como uma das incumbências do *Parquet* auxiliar na construção da sociedade democrática prevista pela Constituição. E, para tanto, Promotores e Procuradores podem contar com o auxílio dos novos mecanismos de atuação à sua disposição

---

2 Segundo afirma Mazzili, “o Ministério Público moderno deixou de ser um órgão do governo para ser uma instituição de defesa do interesse primário da sociedade, o que nem sempre coincide com o interesse dos governantes”. (MAZZILI, 2008, p. 41).



(GUIMARÃES, 2017), uma vez que o Ministério Público carece que suas atribuições sejam exercidas com efetividade, a fim de que a instituição alcance maior legitimidade social, o que é tão caro “nesta etapa de maturação e de construção do Ministério Público como instituição constitucional” (ALMEIDA, 2008, p. 22).

Ademais, a fim de ganhar maior efetividade no exercício de suas missões constitucionais, mormente aquelas ligadas à proteção e à defesa do patrimônio público no combate e repressão à improbidade administrativa, parece que se impõe a adoção de uma postura mais resolutiva por parte dos órgãos ministeriais.

Dentre os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos, destacam-se o inquérito civil, no bojo do qual podem surgir uma recomendação administrativa – quando há determinada prática que precisa ser ajustada aos termos da lei –, uma audiência pública – nas hipóteses em que o inquérito civil tocar em questões complexas que envolvam a discussão de interesses antagônicos – ou mesmo um termo de ajustamento de conduta (TAC) – empregado em situações que podem ser resolvidas sem a propositura de uma ação judicial (PEREIRA, 2017).

Outrossim, observa-se uma mudança de paradigma na atuação ministerial. Se antes o Ministério Público atuava primordialmente ligado ao processo, civil ou criminal, hoje é possível observar um crescente avanço na atuação extrajurisdicional do órgão, o qual se torna protagonista de inúmeras questões que vão ao encontro dos anseios sociais.

### **3.1. Os perfis de atuação ministerial: Ministério Público demandista e Ministério Público resolutivo**

Quanto aos modelos de atuação ministerial, não há como dissociar-se completamente o Ministério Público demandista do re-

solutivo<sup>3</sup> (RODRIGUES, 2017, p. 65). A insuficiência dos meios extrajudiciais chama para o jogo a atuação judicial do órgão, por meio da propositura de ações penais e civis públicas. Por outro lado, as dificuldades enfrentadas na via judicial fazem entrar em cena mecanismos de atuação extrajudicial. Assim, o que se busca, seja por uma via ou por outra, é a máxima proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

### 3.1.1. Ministério Público demandista

No perfil demandista, a atuação ministerial caracteriza-se por uma reação aos fatos sociais. Nesse aspecto, os membros do *Parquet* aguardam que os conflitos cheguem ao seu conhecimento para, só então, tomarem as medidas judiciais cabíveis. Assim, nessa postura, o Ministério Público torna-se mais dependente do Poder Judiciário, atrelando-se, por conseguinte, às suas mazelas e dificuldades na concessão de respostas satisfatórias às demandas sociais (ALMEIDA; PARISE, 2005, p. 609-617).

Aqui, o que se vê é um Ministério Público mais voltado à propositura de ações, penal e civil pública. Naquela, o órgão ministerial detém o monopólio de atuação, por intermédio da ação penal pública incondicionada. Nesta, embora não seja o único legitimado, nos termos do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP), tem sido seu principal ator (SADEK, 2009, p. 133).

Ao se amarrar à atuação meramente demandista, o Ministério Público vê seu poder de inovação ser consideravelmente prejudicado. Limitado ao acompanhamento de processos, o Promotor “acaba desenvolvendo um trabalho rotineiro, mecânico e burocrático”

---

3 A respeito desse panorama binário de atuação ministerial, o autor assim esclarece: “Na verdade, o perfil do MP pode ser, mais precisamente, dividido em três: demandista (propositor ou promotor de medidas judiciais), parecerista (atuação como *custos legis* em ações não promovidas pela instituição) e resolutivo (atuação extrajudicial). O perfil parecerista, focado na intervenção opinativa em alguns feitos cíveis, sofreu duro golpe com a Recomendação n. 16, de 28/4/2010, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”.

(RODRIGUES, 2017, p. 77), podendo tornar-se, em certa medida, indiferente à obtenção de resultados fora dos autos do processo.

A esse respeito:

O perfil puramente demandista da instituição tinha uma razão (e ainda tem), e essa razão tem que ser dada *per saecula saeculorum*. Mas não tinha toda a razão, e essa que não tinha é preciso que lhe seja tirada. É por essa brecha que se insinua o atual elemento resolutivo: é o novo surgindo sobre os traços do antigo. (RODRIGUES, 2017, p. 61).

### 3.1.2. Ministério Público resolutivo

Em seu modelo resolutivo de atuação, a postura do Ministério Público ganha maior identidade com os instrumentos extrajudiciais de resolução dos conflitos, os quais se tornam o primeiro caminho a ser percorrido para a proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Aqui, a ação do órgão ministerial nasce antes de os conflitos aparecerem, de forma preventiva e proativa.

Por consequência, a via judicial desponta como a última cartada, tendo-se em conta a morosidade e a ineficiência de algumas decisões, em virtude do longo decurso de tempo gasto em obter um pronunciamento judicial definitivo.

Assim, incentivando uma atitude mais resolutiveira por parte dos órgãos ministeriais, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) expediu a Recomendação nº 54/2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Assinada pelo ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, a resolução ministerial enaltece a adoção de estímulos para a atuação resolutiveira do órgão.

Dessa maneira, considerando o novo e moderno ambiente social, faz-se necessário um perfil diferenciado de atuação por parte do Ministério Público, não somente demandista ou parecerista, mas “dotado da capacidade de buscar resultados (estando aberto a ino-

vações e a aperfeiçoamentos) e de enfrentar, se necessário, o caudal dos interesses econômicos e políticos” (RODRIGUES, 2017, p. 77). E, para cumprir esse objetivo, é certo que um dos caminhos é a utilização de instrumentos aptos a propiciar uma atuação ministerial fora dos autos dos processos, como será melhor abordado a seguir.

### **3.2. Os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público**

Como já delineado anteriormente, o texto constitucional de 1988 trouxe novos contornos ao Ministério Público brasileiro, munindo-o de uma vasta gama de atribuições. Aliados à clássica postura de atuação judicial, surgem novos instrumentos que viabilizam a defesa extrajudicial da cidadania, do patrimônio público e da probidade administrativa.

Assim, os instrumentos de atuação extraprocessuais ocupam posição de destaque nesse novo desenho institucional. O Ministério Público deixa de ser um órgão puramente reativo e assume um posicionamento ativo na tentativa de solucionar os conflitos fora da órbita de atuação do Poder Judiciário.

Por exemplo, é nítida a utilidade do TAC como instrumento extrajudicial de atuação ministerial cujos frutos podem ser a prevenção, a cessação ou a reparação de um dano decorrente de eventual ato ilícito, ocupando, portanto, papel de destaque no modelo de Ministério Público resolutivo.

### **4. O termo de ajustamento de conduta como instrumento de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa**

Dada a importância da defesa do patrimônio público, surgem no ordenamento jurídico métodos que objetivam sua máxima e eficaz proteção. E não poderia ser diferente, haja vista sua con-

sagração como ferramenta material que viabiliza o cumprimento das funções estatais em benefício da coletividade, ao possibilitar a concretização das políticas públicas (MPMG, 2015, p. 4-5).

No Estado Democrático de Direito, a defesa e a proteção do erário e dos princípios ganham um papel de destaque, por isso incumbem a vários órgãos (MARTINS, 2013, p. 299-315)<sup>4</sup>.

Dessa forma, a Lei de Improbidade Administrativa desponta como importante mecanismo de auxílio à atividade ministerial de proteção e defesa do patrimônio público, ali representado no erário e nos princípios que regem a atividade administrativa. Nessa vertente, destacam-se os instrumentos que foram colocados à disposição dos órgãos ministeriais, a fim de que esses exerçam seu múnus constitucional.

Nessa oportunidade, dentre todos esses aportes, maior destaque será dado aos ajustamentos de conduta, inseridos no âmbito do Ministério Público pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o § 6º ao artigo 5º da Lei Federal nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP). Pela novel redação dada ao artigo:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 1985).

Sob a égide de aplicação pacífica na área consumerista e ambiental, por exemplo, é muito comum que os Promotores responsáveis por essas curadorias especializadas façam uso do TAC, a fim

---

<sup>4</sup> A respeito das espécies de controle da administração pública, diretamente relacionada à gestão do patrimônio público, ensina o autor que o controle pode ser interno ou externo. O primeiro é identificado com o próprio controle administrativo, sendo exercido pela administração direta e indireta. O segundo poderá ser exercido pelo Poder Legislativo em duas categorias, o controle político e o controle financeiro. Também destaca o controle jurisdicional exercido por intermédio da ação popular e da ação civil pública.

de adequar a postura do infrator às disposições legais regulamentares (VIEGAS, 2018).

Todavia, seu cabimento não é uníssono no tocante à área de combate à improbidade administrativa. À luz do artigo 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992, muitos autores entendem que não é possível o ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade, como será visto adiante.

#### **4.1. A aparente vedação do art. 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992**

A Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) foi criada com o intuito de regulamentar o disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 37 da Constituição Federal de 1998, que tratam das sanções aplicadas aos atos ímprobos. Um de seus principais objetivos é o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico pátrio no combate à malversação do erário e ao desrespeito aos princípios administrativos.

Não obstante, mesmo após 26 anos de sua edição, a Lei de Improbidade tem ganhado cada vez mais espaço nas discussões cotidianas de leigos e juristas, sobretudo a partir da deflagração da Operação Lava Jato, em março de 2014.

Demais disso, o referido diploma normativo é de singular importância, mormente deduzindo-se que:

[...] seu campo de atuação é preponderante na preservação do patrimônio público e na persecução judicial daqueles que agem contra seu acervo (material ou moral). (MARTINS, 2013, p. 195).

Dentre as previsões da Lei de Improbidade Administrativa, ressalta-se, a partir deste momento, a disposição constante em seu artigo 17, § 1º, que regulamentou a resolução extrajudicial de conflitos envolvendo atos ímprobos.

#### 4.1.1. A suposta impossibilidade da aplicação de termos de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa

Na exegese do artigo 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/1992, muitos autores posicionam-se contrários à aplicabilidade de termos de ajustamento de conduta nos casos que configuram atos de improbidade administrativa. O referido dispositivo preceitua que “é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Assim, em uma primeira interpretação, pode-se entender pela vedação legal no que concerne à aplicabilidade de transação, acordos ou conciliação nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa.

Ao fazer uma interpretação extensiva da aparente proibição do artigo 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/1992, a doutrina tradicional entende ser proibido qualquer tipo de negociação envolvendo os interesses que estão em jogo no campo da improbidade, de tal forma que o Ministério Público ou a entidade lesada, igualmente autorizada a propor a ação, devem fazê-lo, a fim de obter uma solução judicial a contento (BERTONCINI, 2017).

Aqueles que defendem a inaplicabilidade de ajustamento de conduta, até mesmo na fase do inquérito civil, o fazem conforme interpretação literal do questionado dispositivo legal. Elucida-se:

O ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei Federal 7.347/1985 é inaplicável nos casos de inquérito civil público que apura atos de improbidade administrativa, até porque o § 1º do art. 17 da Lei Federal 8.429/1992 estabelece a impossibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações ajuizadas. Em evidência o interesse público relevante que norteia tais hipóteses, e, de outro lado, haja vista o plexo de sanções dispostas nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei comentada, não seria razoável que o órgão de execução promovesse tal ajustamento. Se admitida essa circunstância, no entanto, poderá ela cingir-se apenas a reparação do dano. (MARTINS, 2013, p. 334).

Observa-se que, tradicionalmente, há uma inclinação para que não se permitam ajustamentos de conduta nas ilegalidades configuradoras de improbidade, seja na fase do inquérito civil, seja na da ação de improbidade administrativa. No entanto, como se verá a seguir, esse posicionamento vem sendo questionado por aqueles que defendem a utilização de termos de ajustamento de conduta nos casos de atos ímprobos.

#### **4.1.2. O cabimento de termo de ajustamento de conduta no inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa**

De acordo com o ensinamento de alguns autores, é possível a celebração de ajustamento de conduta em inquéritos civis preparatórios à ação civil pública por ato de improbidade administrativa (BRAGA; LOPES; RODRIGUES, 2015, p. 410).

Nesse sentido, argumenta-se que não há proibição legal expressa a esse respeito, visto que, ao tratar do assunto, o questionado dispositivo legal se referiu às “ações de que trata o *caput*”, excluindo de sua incidência, por conseguinte, a fase preparatória à propositura da ação, permitindo, outrossim, a celebração de TAC na fase do inquérito civil<sup>5</sup> (SHUTT, 2018).

Assim, é preciso superar aspectos formais, a fim de viabilizar a aplicação de TAC em casos de improbidade administrativa, já que o dispositivo da lei em comento não veda o ajustamento de conduta, sendo esse diverso da transação, acordo ou conciliação. O TAC é um negócio jurídico no qual o Ministério Público não abre mão do direito substantivo em jogo, apenas estabelece mecanismos procedimentais que facilitam sua execução (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2018).

---

5 Ao tratar do assunto, afirma a autora que “algumas já foram as vozes que trouxeram fundamentos para afastar a vedação – e das mais variadas formas. Há quem sustente, exemplificativamente, que a proibição de celebração de ajuste quanto às sanções estipuladas no Código Geral de Conduta estaria restrita às ações em andamento e que seriam aplicáveis, pela via de ajuste, exclusivamente as sanções de multa e de proibição de contratar com o Poder Público” (SHUTT, 2018).



Nesse viés, quanto ao cabimento desse instrumento, ganham força argumentos no sentido de que o “Termo de Ajustamento de Conduta – TAC – permite maior sancionamento das condutas ímprobas, com maior efetividade, celeridade e menor custo operacional” (BRAGA; LOPES; RODRIGUES, 2015, p. 410).

Trata-se, portanto, de uma previsão implícita, decorrente de uma interpretação por exclusão a partir da qual o questionado comando normativo, ao referir-se expressamente às ações judiciais, excluiria de seu alcance os inquéritos civis.

Ademais, para sustentar essa defesa, abre-se espaço à discussão a respeito da morosidade do Judiciário.

Segundo dados do Relatório Justiça em Números 2017, o Poder Judiciário brasileiro fechou o ano de 2016 com 79.700.000 processos em tramitação. A exorbitante quantia de demandas demonstra o assoberbamento da máquina judiciária (CNJ, 2017, p. 67).

O CNJ também informou que somente entre os anos de 2013 e 2014 haviam sido distribuídas 51.999 ações de improbidade administrativa e 79.082 ações relacionadas a crimes contra a administração pública, totalizando elevado número de demandas relacionadas à malversação do erário, confusão entre o público e o privado, entre outras práticas corruptas contrárias ao interesse público (CNJ, 2016).

Com efeito, considerando os dados estatísticos, é clarividente o excesso de demandas a cargo do Poder Judiciário, uma realidade que também atinge o Ministério Público, sobretudo como atuante numa perspectiva demandista. Diante disso, é premente a necessidade de instrumentos outros de solução de conflitos, mormente no que tange à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa (FARIAS, 2012, p. 233).

Conforme discutido no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 alçou o Ministério Público a um novo patamar, o que

lhe permitiu atuar diretamente no cumprimento de seu “objetivo estratégico de promoção da transformação social” (ALMEIDA, 2008, p. 53). Nesse prisma, uma das principais incumbências dos representantes ministeriais é o combate aos atos ímprobos. Neste contexto de repressão à improbidade, os ajustamentos de conduta se evidenciam como instrumentos de grande valia.

A contribuir para essa defesa, lança-se mão da Teoria do Diálogo das Fontes, a fim de justificar o cabimento de TAC nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa<sup>6</sup> (MARTINS, 2013, p. 268).

Assim, tendo-se em vista a existência de vários diplomas que permitem, e mais, incentivam a promoção de ajustamentos de conduta – Lei de Ação Civil Pública (artigo 5º, § 6º), Lei Anticorrupção (artigo 16), Código de Processo Civil (artigo 174, inciso III) e Lei dos Juizados Especiais (artigo 2º, 76 e 89), é plenamente defensável que promotores e procuradores, quando for o caso, pactuem, ao invés de ajuizarem ações, que podem ser caras, demoradas e muitas vezes ineficientes, não atendendo, pois, aos interesses da coletividade.

No mais, corroboram esse entendimento os princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo, previstos, respectivamente, no artigo 37, *caput*, e artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF, segundo os quais a demora dos processos não pode prejudicar sua efetividade e o conseqüente sentimento de justiça no combate à impunidade.

Em recente julgado, a eminente juíza da 5ª Vara Federal de Curitiba, Dra. Giovanna Mayer, nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 500671718.2015.4.04.7000/PR,

---

6 Ao dar azo às palavras de Cláudia Lima Marques, afirma Martins que “aduzindo sobre a necessidade de superação entre as diferenças para aceitação do pluralismo, em artigo dedicado a defesa do consumidor, Cláudia Lima Marques explicitou que a base da técnica jurídica de convivência pacífica entre normas desiguais, sem que haja exclusão ou expulsão do sistema da norma com menor grau de aplicabilidade: eis o diálogo das fontes (constitucionais, infraconstitucionais, internacionais, jurisprudenciais)” (MARTINS, 2013, p. 268).

interposta em face da Camargo Corrêa, de executivos da empreiteira e do ex-diretor da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, reconheceu a validade de acordos na referida ação. Ressalta-se que, posteriormente, a referida sentença foi confirmada em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>7</sup>. Assim decidiu a magistrada de 1º grau:

O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a ‘transação, acordo ou conciliação’ nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada. Isso porque, *se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativa, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível*. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais. Portanto, *os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa*. (grifos nossos). (ACP 500671718.2015.4.04.7000. Juíza Giovanna Mayer. 5ª Vara Federal de Curitiba. Seção Judiciária do Paraná. Data de Julgamento: 17/11/2015).

Portanto, em que pese a divergência de posicionamentos sobre o assunto em comento, observa-se que o TAC em improbidade já tem sido admitido pela jurisprudência, haja vista que alguns julgadores reconhecem a validade dos ajustamentos de conduta firmados pelo Ministério Público.

---

7 TRF 4-AG: 50532768120154040000 5053276-81.2015.404.0000, Relator: Luis Alberto d’Azevedo Aurvalle, Quarta Turma, Data de Publicação: 25/06/2016. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342428565/agravo-de-instrumento-ag-50532768120154040000-5053276-8120154040000/inteiro-teor-342428615>> Acesso em: nov. 2018.

### **4.1.3. A utilização do termo de ajustamento de conduta como ferramenta de aplicação de multa no combate e repressão à improbidade administrativa**

No que diz respeito à reparação do dano, desponta-se uma zona de convergência entre os dois posicionamentos abordados. Isso permite a aplicação de TAC pelo Ministério Público, fundamentado em seu viés resolutivo, quando, na análise dos fatos, o representante ministerial verificar que a pena a ser cominada, por meio de uma futura sentença condenatória, se restringirá a uma simples aplicação de multa.

Todavia, se pela experiência e cautela, o Promotor ou o Procurador de Justiça perceber que os atos praticados são aptos a ensejar sanções mais graves, o indicado é a propositura da correspondente ação, visando à aplicação das medidas que o magistrado entender cabíveis, as quais pela sua natureza podem importar, por exemplo, em vulneração a direitos políticos, em relação, portanto, para alguns, a direitos indisponíveis<sup>8</sup> (MPMG, 2017, p. 58).

Somando-se à discussão aqui proposta, entende-se por bem refletir sobre a Medida Provisória nº 703, de 2015, que chegou a revogar o questionado art. 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992. Todavia, lembra-se que a referida MP perdeu sua validade ao não ser aprovada pelo Congresso Nacional dentro do prazo, como se verá a seguir.

### **4.2. A Medida Provisória nº 703/2015: revogação temporária do artigo 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992**

Apoiada na prerrogativa constitucional prevista no artigo 62, § 2º, da Constituição Federal de 1988, a ex-Presidente da Repúbli-

---

<sup>8</sup> Nesse sentido se posiciona o Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público (CAOPP) perante o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), ao defender o cabimento do firmamento de TAC envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, objetivando o ressarcimento do dano material sofrido pelo erário.

ca, Dilma Rousseff, editou, em 18 de dezembro de 2015, a Medida Provisória nº 703/2015.

A MP nº 703/2015, de vigência encerrada, alterou a redação de alguns artigos da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. Também revogou o § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992 e o inciso I do § 1º do artigo 16 da Lei nº 12.846/2013.

Enquanto vigente, a referida MP permitiu a realização de ajustes de conduta na fase do inquérito civil e no trâmite da ação de improbidade.

Entretanto, essa permissão durou apenas 120 dias, uma vez que a medida provisória perdeu sua eficácia por não ter sido aprovada pelo Congresso Nacional no prazo previsto pelo art. 62, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a MP nº 703/2015 teve por finalidade adequar a Lei de Improbidade à nova realidade experimentada pelo ordenamento jurídico brasileiro com a edição de dois importantes diplomas normativos: a Lei nº 12.846/2013, que prevê o acordo de leniência, bem como a Lei nº 12.850/2014 e suas disposições acerca da colaboração premiada (MOURA, 2015).

Diante disso, o espírito da MP nº 703 foi o de permitir a celebração de acordos e transações nos processos relacionados ao cometimento de atos de enriquecimento ilícito que ofendam o erário e/ou atentem contra os princípios da administração pública, de modo que a solução dessas demandas se tornasse mais prática e efetiva.

Ressalte-se, no entanto, que o problema da corrupção não se enfrenta somente com base na Lei de Improbidade Administrativa; há outros instrumentos legislativos destinados a combatê-lo.

Aqui o que se percebe é uma evolução legislativa gradativa no assunto, despontando, inclusive na esfera criminal, especialmen-

te com o advento da Lei nº 12.846/2013, novas alternativas à repressão de atos corruptos e ímprobos, sendo estes a face mais nefasta da improbidade.

Com intenção análoga àquela abraçada pela medida provisória em referência, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.208/2016, apensado ao Projeto de Lei nº 3.636/2015. De autoria do senador Ricardo Ferraço, do PMDB/ES, o projeto, no art. 3º, pede a revogação do § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992, em conformidade com o previsto pela MP nº 703/2015.

Por todo o exposto, verifica-se que há autores que defendem a incompatibilidade do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa perante a Constituição Federal, o Código de Processo Civil e as Leis nº 12.846/2013 e nº 12.850/2014.

À luz dessas considerações, o Conselho Superior do Ministério Público do Paraná, seguido do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e, posteriormente, do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais, resolveram manifestar-se, com o fim de regular a aplicação de TACs no âmbito das hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, conforme se passa a analisar.

#### **4.3. A Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**

Em 26 de julho de 2017, o CNMP editou a Resolução nº 179, que “regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta”.

Ao editar a referida resolução, o órgão de controle e fiscalização do Ministério Público brasileiro buscou dar novos contornos à possibilidade de ajustamentos de conduta nas hipóteses que con-

figuram atos de improbidade administrativa, ante a necessidade de garantir maior efetividade aos compromissos celebrados.

Com a regulamentação, o objetivo é conferir maior segurança jurídica aos órgãos de execução ministerial, para que tenham uma nova diretriz de atuação hábil a quebrar resistências tradicionais, segundo as quais não seria possível ao Ministério Público pactuar em atos de improbidade. Leia-se o exato teor do artigo 1º, § 2º, da Resolução nº 179/2017:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§ 2º *É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado. (grifos nossos).*

Em adição, no tocante ao momento de cabimento do TAC, prossegue a resolução ministerial:

Art. 3º *O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário. (grifos nossos).*

Diante da disposição acima transcrita, é evidente que a resolução ministerial permite que os ajustamentos de conduta se deem tanto nos inquéritos civis preparatórios às ações de improbida-

de, como no curso da própria ação, contrariando, outrossim, a aparente vedação do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade, mormente ao permitir os acordos durante o trâmite judicial.

Passadas essas breves elucidações a respeito da normatização em âmbito nacional, abaxiam-se os olhos às regulamentações no âmbito dos Conselhos Superiores Estaduais, com destaque para o Conselho do Ministério Público do Paraná e de Minas Gerais.

#### **4.4. A regulamentação dos Conselhos Superiores do Ministério Público acerca do cabimento de termo de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa**

A par da regulamentação dada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, alguns conselhos estaduais buscaram disciplinar a utilização de ajustes de conduta em irregularidades que envolvam a prática de atos ímprobos, a exemplo dos conselhos do Paraná e de Minas Gerais, como exposto a seguir.

##### **4.4.1. A Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná**

Inicialmente, cumpre mencionar que o Ministério Público do Paraná, estado onde se situa a principal base de investigação da Operação Lava Jato, tem demonstrado uma postura proativa e moderna no tocante ao combate e enfrentamento dos atos de corrupção e improbidade (BERTONCINI, 2017).

Ocorre que o principal motivador dessa nova linha de atuação tem sido a demora na prestação jurisdicional, sobretudo no que concerne às ações de improbidade, segundo o Instituto Não Aceito



Corrupção, 2017<sup>9</sup>. Isso porque os requisitos de tramitação dessas ações, a exemplo do juízo de prelibação previsto pelo artigo 17, § 8º, as tornam mais complexas e, por conseguinte, mais demoradas.

Com efeito, pautando-se na ideia de resolutividade, o Ministério Público do Paraná começou a discutir novas formas de resolução de conflitos, considerando que muitas questões, antes judicializadas, poderiam ser resolvidas de forma direta pela instituição, sem a necessidade da interferência do Poder Judiciário.

Em relação à improbidade, percebeu-se que, em alguns casos, seria possível uma solução negociada dos conflitos alusivos à defesa dos bens e de todo o arcabouço principiológico, especialmente os alusivos aos atos que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, atendendo proposta do Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público (CAOPP) e do Colégio de Procuradores no Ministério Público do Paraná, o Conselho Superior do Ministério Público do Paraná editou a Resolução nº 01/2017, regulamentando o TAC e o acordo de leniência, reinterpretando, assim, a aparente vedação existente na Lei de Improbidade.

Eis o exato teor do artigo 1º da referida resolução ministerial:

Art. 1º As tratativas prévias e a *celebração de compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992*, e aos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, deverão observar os parâmetros procedimentais e materiais previstos na presente Resolução. (MINSTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2018, grifos nossos).

9 Segundo dados do INAC, “as condenações definitivas (transitadas em julgado, sobre as quais não cabem mais recursos) demoram, em média, 6 anos para acontecer”. Nesse ínterim, o Acre foi o estado com o maior tempo de condenação definitiva, com 7 anos e 5 meses, enquanto Sergipe obteve condenações em 4 anos e 2 meses.

No âmbito da resolução paranaense também é permitido que o ajustamento se dê em fase extrajudicial ou judicial, nos mesmos moldes da disciplina dada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Destaca-se a redação do art. 2º da resolução em comento:

Art. 2º O compromisso ou o acordo, regulados por esta resolução, *poderá ser celebrado, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial, com as pessoas, físicas ou jurídicas, investigadas pela prática dos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e dos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, [...]* (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2018, grifos nossos).

Verifica-se, portanto, que a regulamentação dada pelo Ministério Público do Paraná ao tema aqui discutido é de fundamental importância, principalmente pelo seu pioneirismo e felizes considerações.<sup>10</sup>

#### **4.4.2. A Resolução nº 03/2017 do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais**

Seguindo a mesma trilha do órgão ministerial paranaense, o Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais (CSMP/MPMG) editou, em 23 de novembro de 2017, a Resolução nº 03, que regulamenta o compromisso de ajustamento de conduta envolvendo hipóteses caracterizadoras de improbidade administrativa, definidas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

---

10 Antes mesmo da edição da Resolução 179/2017 pelo CNMP, o Ministério Público do Paraná editou uma resolução própria que apontou um novo caminho para a utilização dos TACs. A Resolução 01/2017, do Conselho Superior do MPPR, estimulou a utilização desses termos para casos menos graves de improbidade administrativa. A novidade trazida pela resolução do MPPR é a interpretação dada ao parágrafo 1º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que proíbe 'acordos, transações e conciliação' em casos de improbidade administrativa. Por conta dessa vedação legal, os TACs não vinham sendo empregados nessas hipóteses. Entretanto, a interpretação dada pelo Conselho Superior do MPPR é de que o TAC não tem a natureza jurídica de acordo, transação ou conciliação, já que, conforme explicado, o MP não abre mão da defesa de qualquer direito. No acordo, pressupõe-se perda, mas no ajustamento de conduta não há perda.

Ao regulamentar a matéria, o CSMP/MPMG considerou, entre outros argumentos:

[...] o acordo de ajustamento de conduta proporciona, a um só tempo, solução mais célere às lesões a direitos transindividuais e eficácia à tutela coletiva desses interesses, bem como, reflexivamente, contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário. (CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, 2017).

No mesmo sentido, o Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP), José Carlos Fernandes Júnior, afirma nestes termos:

O MP e a defesa passam a ter a oportunidade de negociarem uma composição que, se alcançada, além de uma célere e eficaz aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, vai significar desafogamento da máquina judiciária. Caso não haja possibilidade de composição, não restará alternativa que não bater às portas do Judiciário. (MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, 2017).

Conforme o art. 3º da referida resolução, constata-se a existência de requisitos balizadores que visam a nortear a aplicação dos ajustamentos de conduta no enfretamento dos atos ímprobos na atividade diuturna de combate à improbidade.

Pela redação do artigo 5º da resolução mineira, os compromissos poderão ser firmados “em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento preparatório, ou no curso da ação judicial”, devendo, neste último caso, submeter-se à homologação do respectivo juízo, consoante determina o § 3º do referido dispositivo.

O termo de ajustamento de conduta também será sujeito ao crivo do Conselho Superior, a fim de que se verifique sua regulari-

dade, legalidade e pertinência, em respeito às determinações do artigo 6º da norma em comento.

Por razões de conveniência, o Conselho de Minas Gerais, diferentemente do Conselho paranaense, entendeu por bem que a regulamentação atinente à utilização de TAC devia cingir-se apenas aos casos envolvendo improbidade administrativa, sendo certo que, em outro momento, discutir-se-á a regulamentação específica do acordo de leniência.

#### **4.5. Breves considerações acerca da aplicação do termo de ajustamento de conduta em improbidade administrativa**

Pelas considerações até aqui tecidas, vê-se que a aplicabilidade de TAC nas hipóteses configuradoras de improbidade não é pacífica. Há quem argumente no sentido de que a aparente vedação do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade implica o afastamento de acordos em esferas extrajudiciais (inquérito civil) e judiciais.

Por outro lado, há representantes que argumentam no sentido de que o TAC seria cabível na fase do inquérito civil e até mesmo em ações já em trâmite.

Trata-se, portanto, de uma questão discutida por vários autores, sobretudo entre aqueles que consideram que as sanções previstas pela Lei de Improbidade seriam inegociáveis, diante da indisponibilidade do objeto da ação.

Todavia, observa-se que, desde o início do período de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, o ordenamento jurídico pátrio experimentou diversas evoluções. Se antes não havia que se falar na ideia de consenso ou em soluções negociadas, hoje esse dogma caiu por terra (MIRANDA, 2017).

Ademais, se a Lei de Improbidade baseou-se justamente nesse re-

trógado modelo para vedar a transação, acordo ou conciliação em seu âmbito de alcance, o questionamento que se coloca é no sentido de ser ou não a vedação da Lei de Improbidade intransponível.

Assim, valendo-se das considerações sobre a atuação resolutive do Ministério Público, exalta-se o cabimento de TAC na esfera de improbidade para os atos de menor potencial ofensivo, de forma que sejam equacionados no âmbito interno da instituição ministerial, a qual vem assumindo esse encargo e responsabilidade, apesar da aparente vedação ainda presente na Lei de Improbidade Administrativa<sup>11</sup> (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2018).

À guisa de conclusão, tem-se que:

[...] em se tratando de um microsistema anticorrupção, do qual é parte integrante a Lei 8.429/92, é fundamental garantir-lhe coerência e funcionalidade, com a extensão daquelas disposições ao campo da responsabilização por improbidade administrativa.

[...]

Deve-se remover a aparente contradição com o disposto no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, por meio do emprego daquilo que BOBBIO denomina de interpretação corretiva. Sim, pois não podem conviver harmonicamente disposições que, de um lado, vão permitir o uso da colaboração premiada ou do acordo de leniência e, de outro, uma previsão legal que (aparentemente) os proíbe.

Para superar a aparente incompatibilidade, é importante repisar

---

11 A Resolução do MPPR autoriza a utilização de TAC para casos menos graves de improbidade administrativa. O critério utilizado para definição da gravidade tem sido o mesmo empregado nos juizados especiais: aqueles cujo valor não ultrapasse 40 salários mínimos. O procurador de Justiça, Cláudio Diniz, exemplifica: “Um agente público comete lesão ao patrimônio público no montante de mil reais. O MP celebra com ele um TAC, pelo qual o agente devolve esse montante e ainda paga multa de igual valor. Não se está abrindo mão de nada, mas solucionando um caso sem a necessidade de judicialização, de forma adequada e muito mais célere. Como há um grande número desses pequenos casos, sua solução demanda muito trabalho. Ajuizar uma ação para cada um deles geraria processos custosos e demorados, enquanto a celebração de um TAC pode solucionar o caso rapidamente, sem prejuízo ao patrimônio público e possibilitando que os promotores de Justiça concentrem maiores esforços nos grandes casos. Todos os TACs envolvendo improbidade administrativa devem ser homologados pelo Conselho Superior do MPPR, gerando segurança tanto para o membro do MP quanto para os demais signatários.

a *ratio* do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92. A finalidade dessa regra, como acima enfatizado, é evitar que haja livre e indevida disposição da ação, em prejuízo à tutela do dever de probidade administrativa. Ao revés, a busca da colaboração dos investigados/réus infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica em abdicar da tutela da probidade, mas sim de alcançá-la de modo mais eficiente. Confere-se, por essa via, maior efetividade ao regramento normativo e aos mecanismos de controle da improbidade, com a possibilidade de estender a atuação repressiva do Estado a escalões e estruturas de poder – político ou econômico – outrora considerados intangíveis, se não houvesse a cooperação de outros envolvidos. (DINO, 2015, p. 458-459).

De todo modo, busca-se uma breve avaliação das diversas vertentes que envolvem as controvérsias do tema em apreço. Ademais, examinam-se os desdobramentos dos argumentos que se colocam no caminho do estudioso do direito que se debruçar sobre a análise do Ministério Público, enquanto instituição constitucionalmente legitimada para proteger o patrimônio público, bem como sobre a Lei de Improbidade e suas disposições acerca dos termos de ajustamento de conduta.

## 5. Conclusão

A defesa do patrimônio público e social se consolida como importante frente de atuação do Ministério Público no desempenho de suas missões constitucionais. A partir do estudo empreendido no presente artigo, verificou-se o real alcance do termo patrimônio público, que abrange muito mais do que os bens corpóreos, sendo, pois, integrado por princípios norteadores e informadores de toda a atividade administrativa.

Constatou-se também como as diversas formas de controle atuam na proteção desses bens, com destaque para as atribuições concernentes, por exemplo, à aplicação e à efetivação das Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção por parte do Ministério Público.

No que tange à forma de atuação ministerial, observou-se que a instituição tem percorrido um caminho progressivo. Primeiro, em razão do advento da Constituição Federal de 1988, responsável por ampliar o rol de atribuições do *Parquet*. Mais tarde, em virtude da implementação gradativa de um novo perfil resolutivo de atuação ministerial, marcado pela crescente utilização dos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Em decorrência dos argumentos trazidos neste trabalho, contemplaram-se inúmeras vantagens que podem ser conquistadas por meio de uma atuação ministerial direcionada à via extrajudicial. Essa tese também surte efeitos quando aplicada à defesa e à proteção do erário, mormente em virtude da morosidade do Poder Judiciário, caracterizada pelas próprias especificidades processuais da Lei de Improbidade.

Não obstante, diante da especialidade conferida pela Lei nº 8.429/1992, intentou-se a análise da utilização do termo de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de atos ímprobos, tendo-se em vista a aparente vedação constante no artigo 17, § 1º, do referido diploma normativo.

Utilizou-se a expressão “aparente”, pois, como visto, surgem no ordenamento jurídico opiniões, expressas até por intermédio de resoluções do próprio Ministério Público, no sentido de permitir a aplicação de ajustes de conduta mesmo nos casos de improbidade.

Viu-se que alguns autores defendem a celebração de ajustamento de conduta em inquéritos civis preparatórios à ação civil pública por ato de improbidade administrativa, diante da inexistência de proibição legal expressa, já que o dispositivo questionado previu em sua redação que a limitação se estende às “ações de que trata o *caput*”, excluindo, por conseguinte, a fase preparatória à propositura da ação, isto é, o inquérito civil.

A esse respeito, argumentou-se que é preciso superar aspectos formais, a fim de viabilizar a aplicação de TAC em casos de improbidade administrativa.

Nessa defesa, exsurge, por exemplo, a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, a fim de justificar o cabimento de TAC nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, visto que em muitos outros diplomas essa possibilidade já é uma realidade.

No mais, buscou-se defender que Promotores e Procuradores, quando for o caso, podem pactuar, ao invés de ajuizarem ações, as quais muitas vezes são caras, demoradas e quicá ineficientes, em detrimento dos interesses da coletividade e dos princípios constitucionais da eficiência e de duração razoável do processo.

Abraçando as ideias aqui defendidas, apurou-se que a jurisprudência tem inovado ao reconhecer a validade de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa.

No ensejo de conferir legitimidade a esses acordos, viu-se que a Medida Provisória nº 703/2015 revogou, mesmo que temporariamente, o artigo 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992, uma vez que perdeu sua eficácia diante da falta de aprovação pelo Congresso Nacional no prazo previsto constitucionalmente. No mesmo sentido, também se mencionou que existem projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, com o fim de retirar, expressamente, a vedação constante no aludido dispositivo.

Destacaram-se ainda resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 179/2017) e dos Conselhos Superiores do Ministério Público do Paraná e de Minas Gerais (Resolução nº 01/2017 e Resolução nº 03/2017, respectivamente), que ilustram perfeitamente o viés resolutivo da instituição ministerial, ao regularem a aplicação de ajustamentos de conduta nas situações de improbidade.

De todo modo, pôde-se perceber que a aplicabilidade de acordos nos casos de atos ímprobos não é uníssona, existindo, outrossim, entendimentos contrários e favoráveis a essa possibilidade, não se pretendendo, pois, nesta oportunidade, esgotar o assunto em discussão.



Não obstante, do estudo em apreço concluiu-se que desde 1992, ano de publicação da Lei de Improbidade, o ordenamento pátrio passou por inúmeras transformações. Se antes não havia que se falar na ideia de consenso ou em soluções negociadas, atualmente esse dogma caiu por terra, tornando-se, pois, questionável a aparente vedação da Lei de Improbidade.

Volvendo-se aos ideais atinentes à atuação resolutiva do Ministério Público, buscou-se defender o cabimento de ajustamentos de conduta na esfera da improbidade para os atos de menor potencial ofensivo, os quais podem ser equacionados no âmbito interno da própria instituição.

Destarte, evidenciou-se que o TAC pode contribuir para que os órgãos ministeriais alcancem resultados mais efetivos quando imbuídos na proteção e defesa do patrimônio público.

Em derradeiro, objetivou-se avaliar as diversas vertentes que envolvem o tema aqui desenvolvido. Portanto, não se almejou a construção de respostas concretas e definitivas, até mesmo porque, por tratar-se de um tema recente, não há como obter um posicionamento doutrinário e jurisprudencial sedimentado e totalmente pacífico, o que confere validade aos argumentos abordados, incluindo aqueles que questionam se uma resolução, hierarquicamente inferior a uma lei federal (no caso, a Lei de Improbidade Administrativa), pode alterá-la, inserindo novas práticas no ordenamento jurídico.

## 6. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Temas atuais do Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Temas atuais do Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. Congresso Nacional do Ministério Público: Ministério Público e Justiça Social. 2005, p. 609-617. In: Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/935>> Acesso em: 18 maio 2018.

BARBABELA, Leonardo Duque. Apresentação. MPMG Jurídico - Revista do Ministério Público de Minas Gerais. Edição Patrimônio Público. Em defesa do Patrimônio Público. Minas Gerais, 2014, p. 4-5.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Atuação resolutiva do MP no enfrentamento dos atos de improbidade administrativa e corrupção. In: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Paraná – CEAF-MPPR. 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HmBOEi5FNkk>> Acesso em: 8 maio 2018.

BRAGA, Luciana Oliveira Bottosso; LOPES, Fernanda Almeida; RODRIGUES, Carolina Costa Val. Possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta em inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa. Direito administrativo comentário à jurisprudência. v. 14/ n. 25/ jul.-dez. 2015, p. 410. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1266>>. Acesso em: 8 maio 2018.

---

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, RJ, 02 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18429.htm)>. Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n.º 703 de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 dez. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm)> Acesso em: 2 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara n.º 3636 de 16 de novembro de 2015. Altera a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1413698&filename=PL+3636/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1413698&filename=PL+3636/2015)>. Acesso em: 03 maio 2018.

CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/13. In: Revista do CNMP, p. 15-16. Brasília, n.º 4, fls. 11-43, 2014. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista\\_CNMP\\_WEB4e.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista_CNMP_WEB4e.pdf)> Acesso em 18 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

---

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em números 2017, Ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017, p. 67. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1d-d137496c.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP. Recomendação n.º 54 de 28 de março de 2017. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro. Brasília – DF, 28 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>> Acesso em: 28 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Resolução n.º 179 de 26 de julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2018.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS – CSMP/MPMG. Resolução n.º 03 de 02 de novembro de 2017. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Compromisso de Ajustamento de Conduta envolvendo hipóteses configuradoras de improbidade administrativa (definidas na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992). Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20171129.PDF>> Acesso em: 26 abr. 2018.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ – CSMP/MPPR. Resolução n.º 01 de 15 de maio de 2017. Estabelece parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração de composição, nas modalidades compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e aos atos praticados contra

a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: <[http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Restaurativo/Resolucao\\_01\\_2017\\_CSMP\\_MPPR.pdf](http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Restaurativo/Resolucao_01_2017_CSMP_MPPR.pdf)> Acesso em: 09 maio 2018.

COSTA, Daniel Ribeiro. A Lei Anticorrupção e a atuação do Ministério Público. De Jure. v. 16. n. ° 29. jul.-dez. 2017. Fls. 161-209. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1331/A%20lei%20anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

DINIZ, Cláudio Smirne. Ministério Público e a proteção do Patrimônio Público. In: Ministério Público e o Combate à Corrupção: novas ferramentas de atuações resolutivas. Revista do CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. n° 6. 178 f. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/10607-revista-do-cnmp-ministerio-publico-e-o-combate-corrupcao>> Acesso em: 3 maio 2018.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória, p. 458-459. In: QUEIROZ, Ronald de Pinheiro; SALGADO, Daniel de Resende (Orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Juspodivm, 2015.

DURÃES, Carolina Machado. Ministério Público e administração pública: a atuação do Ministério Público em defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte e seus mecanismos de accountability. 2009. 98 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <<http://tede.fjp.mg.gov.br/bitstream/tede/186/1/Carolina%20Machado.pdf>> Acesso em: 7 jun. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves (Org.); RODRIGUES, Geisa de Assis. Temas atuais do Ministério Público. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. 3 ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. Efetividade na atuação do MP e a problematização da maneira como percebemos a corrupção. Parte 2. In: Centro de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Paraná – CEAF-MPPR. 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zz3lIXbrQWM>> Acesso em: 16 maio 2018.

INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO. Tempo de tramitação de processos. Disponível em: <<http://naoaceitocorruptao.org.br/2017/radiografia/radiografia/tempos/>> Acesso em: 15 maio 2018.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público em defesa do Patrimônio em defesa do patrimônio público. In: Revista Digital do Ministério Público de Contas. fls. 14–29. Disponível em: <[http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/patrpúb\\_MPC.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/patrpúb_MPC.pdf)> Acesso em: 18 jun. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Uma nova visão do Ministério Público brasileiro pós-1988. MP JURÍDICOCEAF. Edição Especial 20 anos da Constituição Federal. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/721>>. Acesso em: 17 maio 2018.

MINAS GERAIS. Lei Complementar n.º 34 de 12 de setembro de 1994. Dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=34&comp=&ano=1994&texto=consolidado>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC10281070112657002 MG. In: *JUS Brasil*. 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/557161473/apelacao-civel-ac-10281070112657002-mg>> Acesso em: 10 maio 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS – MPMG. Institucional. 2017. MPMG realizará Termos de Ajustamento de Conduta em casos de improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-realizara-termos-de-ajustamento-de-conduta-em-casos-de-improbidade-administrativa.htm#.WvSxBYgvzIX>> Acesso em: 10 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2 ed. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010, p. 1072. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1013>> Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. MPMG Jurídico - Revista do Ministério Público de Minas Gerais. Edição Patrimônio Público. Em defesa do Patrimônio Público. Minas Gerais, 2014.

\_\_\_\_\_. MPMG Jurídico - Revista do Ministério Público de Minas Gerais. Edição Patrimônio Público. Práticas na Defesa do Patrimônio Público. Minas Gerais, 2015.

\_\_\_\_\_. MPMG Jurídico. Revista do Ministério Público de Minas Gerais. Edição Patrimônio Público. Notas Técnicas – 2017. Vol. 3. Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoestecnicas/revista-mpmg-juridico/>> Acesso em: 26 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ – MPPR. Institucional. 2018. Defesa do interesse público pode ser feita extrajudicialmente. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/2018/01/19910,10/Defesa-do-interesse-publico-pode-ser-feita-extrajudicialmente.html>> Acesso em: 10 maio 2018.

---

MIRANDA, Gustavo Senna. Comentários sobre a Resolução CNMP 179/2017. In: CENTRO de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Paraná – CEAF- MPPR. 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AwR-ZCXs92zU>> Acesso em: 08 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Instrumentos para a atuação resolutiva do MP - Patrimônio Público. In: CENTRO de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Paraná – CEAF-MPPR. 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-ZAnKPc05zu0>> Acesso em: 16 maio 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 11.<sup>a</sup> ed., 2002.

MOURA, Cid Capobiango Soares de. A MP 703 de 2015 e a salutar alteração do artigo 17 da lei 8.429 de 1992. In: MIGALHAS. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Depeso/16,MI262667,51045A+MP+703+de+2015+e+a+salutar+alteracao+do+artigo+17+da+lei+8429+de>> Acesso em: 02 maio 2018.

PEREIRA, Arion Rolin. Os instrumentos extrajudiciais na atuação resolutiva dos membros do Ministério Público. In: CENTRO de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Paraná – CEAF-MPPR. 14 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GqXDLSrvmA>> Acesso em: 16 maio 2018.

RODRIGUES, João Gaspar. Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutiva do Ministério Público. In: Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais, p. 60-61. Junho: 2017. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1322/Lineamentos.pdf?sequence=1>> Acesso em: 16 maio 2018.

SADEK, Maria Tereza. A construção de um novo Ministério Público Resolutivo. Palestra, p. 133. In: Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/135>> Acesso em: 17 maio 2018.



SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar n.º 734, de 26 de novembro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/alteracao-lei.complementar-734-26.11.1993.html>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

SHUTT, Júlia Flores. Da impunidade como causa de proliferação de atos ímprobos e da necessidade de veículos mais rápidos para imposição de sanções. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180116-14.pdf>> Acesso em: 14 maio 2018.

SIMIONI, Christiane. A qualidade do gasto público no âmbito estadual e o papel dos órgãos de controle. In: MACHADO, Eloísa (Coord.). Controle da administração pública. São Paulo: FGV Direito SP, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13313/Controle%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20-%209%20-%20DIGITAL.pdf;sequence=5>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

VIEGAS, Eduardo Coral. TAC permite solução célere tanto para o degradador quanto para o meio ambiente. In: CONSULTOR Jurídico. 2018. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-jan-27/ambiente-juridico-tac-permite-solucao-celere-degradador-meio-ambiente#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2018-jan-27/ambiente-juridico-tac-permite-solucao-celere-degradador-meio-ambiente#_ftn2)> Acesso em: 08 maio 2018.

Artigo recebido em 18/9/2018

Artigo aprovado em 7/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20200005

249 - 271

Artigo

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E ILÍCITO  
FUNCIONAL: UM ESTUDO A PARTIR DAS  
OCUPAÇÕES URBANAS NA LUTA POR MORADIA**

MARIA DO ROSÁRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO

# FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E ILÍCITO FUNCIONAL: UM ESTUDO A PARTIR DAS OCUPAÇÕES URBANAS NA LUTA POR MORADIA

SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AND FUNCTIONAL ILLUSION: A STUDY FROM URBAN OCCUPATIONS IN THE FIGHT FOR HOUSING

MARIA DO ROSÁRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO

Advogada

Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

mrosariodeoliveira@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho versa sobre a função social da propriedade e o ilícito funcional no exercício do direito de propriedade: um estudo a partir das ocupações urbanas de luta por moradia. Busca-se responder a seguinte questão: é possível encontrar fundamento na legislação brasileira e na ciência jurídica para o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social para fins de moradia, tendo por base a premissa da função social da propriedade e a não tolerância do ilícito funcional? O objetivo é avaliar se o descumprimento da função social da propriedade pode ser considerado um ilícito funcional ou um abuso de direito que legitima o ato de ocupar propriedades que descumprem a função social, para fins de moradia. Para tanto, será necessário definir função social da propriedade e ilícito funcional, tratar da inclusão do Direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro e do ilícito funcional ou abuso de direito no exercício do direito de propriedade, concluindo, portanto, que o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social, para fins de moradia é legitimado<sup>1</sup> pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil brasileiro e pelo ordenamento jurídico como um todo, que traz a premissa da função social do direito e da não tolerância do ilícito funcional. Trata-se de pesquisa sob o método hipotético-dedutivo. Utilizaremos a Teoria dos Ilícitos Cíveis, de Felipe Peixoto Braga Neto, além de teorias críticas que tratam da função social da terra e da propriedade sob a perspectiva do marco teórico do Pluralismo Jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à moradia; função social da propriedade; ilícito funcional; ocupações urbanas.

**ABSTRACT:** This work deals with the social function of property and the functional illicit in the exercise of property rights: a study based on the urban occupations of struggle for housing. It seeks to answer the following question: is it possible to find a basis in Brazilian law and legal science for the act of occupying private properties that disregard the social function for housing purposes, based on the premise of the social function of property and non-tolerance of the functional offense? The objective is to evaluate whether the noncompliance with the social function of the property can be considered a functional misdemeanor or an abuse of law that legitimizes the act of occupying properties that disregard the social function for housing purposes. To do so, it will be necessary to describe the social function of property and functional illicit, address the inclusion of the right to housing in the Brazilian legal system, and the functional offense or abuse of law in the exercise of property rights, concluding, therefore, that the act of occupying private properties that disregard the social function for housing purposes is legitimized by the Federal Constitution of 1988, by the Brazilian Civil Code and by the legal system as a whole that brings the premise of the social function of law and non-tolerance of the functional offense. It is research under the hypothetical deductive method. We will use the Theory of Civil Illegal, by Felipe Peixoto Braga Neto, as well as critical theories that deal with the social function of land and property under the perspective of the theoretical framework of Legal Pluralism.

---

1 A expressão "legitimidade" utilizada no presente texto tem a perspectiva do Pluralismo Jurídico, que reconhece distintas formas de produção de juridicidade.

**KEYWORDS:** Right to housing; social function of property; functional illicit; occupations.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Função social da propriedade e ilícito funcional; 3. Inclusão do Direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Ocupações urbanas: o ato de ocupar para fins de moradia autorizado pela legislação brasileira, que tem como premissa a função social da propriedade e não tolera o ilícito funcional; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo avaliar se o descumprimento da função social da propriedade pode ser considerado um ilícito funcional ou um abuso de direito que legitima o ato de ocupar propriedades que descumprem a função social para fins de moradia. O estudo se dá a partir de pesquisas bibliográficas que priorizam a Teoria dos Ilícitos Civis, de Felipe Peixoto Braga Neto (2003), e teorias relacionadas à função social da terra e da propriedade sob a perspectiva do marco teórico do Pluralismo Jurídico.

Busca-se tratar dos conceitos e concepções de função social da propriedade e de ilícito funcional, tentando demonstrar que o direito de propriedade ainda é tratado como um direito absoluto, embora o limite ao seu exercício não seja algo recente na história do Direito. A função social da propriedade tem sido desconsiderada pelo Executivo e até mesmo pelo Judiciário. O abuso desse direito não tem sido combatido, embora o limite ao direito de propriedade esteja presente, de algum modo, desde o Direito Romano arcaico e, no Brasil, esteja presente na Constituição, no Código Civil e em boa parte das ciências jurídicas, que afirmam a propriedade como um “direito-meio” e não como um fim em si mesma.

Aborda-se o processo em que se deu a inclusão do direito à moradia na atual Constituição brasileira, o que só foi feito com a Emenda Constitucional 46 no ano de 2000, depois de muita pressão dos movimentos sociais de luta por moradia, mas tal direito continua não sendo efetivado. Por consequência, milhões de famílias, por não terem onde morar, não têm outra opção que não seja a ocupação de terras ou de prédios abandonados que não cumprem a função social para fins de moradia.

Por fim, buscam-se fundamentos na legislação brasileira e na ciência jurídica para saber se o ilícito funcional ou o abuso de direito no exercício do direito de propriedade (que não cumpre a função social) pode legitimar o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social para fins de moradia e se isso é legitimado pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil brasileiro e pelo ordenamento jurídico como um todo, que traz a premissa da função social do direito.

## **2. Função social da propriedade e ilícito funcional**

Para falar da função social da propriedade e de ilícito funcional, aborda-se o limite ao direito de propriedade presente no Direito romano arcaico, e a sua evolução (ou não)<sup>2</sup> até o Direito contemporâneo. O limite ao direito de propriedade existe, de alguma maneira, desde o Direito romano arcaico, a despeito da concepção de propriedade como um direito absoluto. A Lei das XII Tábuas (450 a. c.) previa que o exercício da propriedade não podia prejudicar vizinhos, terceiros ou a sociedade. Em 1949, Ripert afirmava que “qualquer direito subjetivo não é absoluto, pois ele é determinado pela lei ou o contrato desde o seu objeto e limitado desde o seu exercício” (RIPERT, 1949, p. 196). Na contemporaneidade, Fábio Konder Comparato, no mesmo sentido, em 1997, afirma que “a propriedade é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais” (COMPARATO, 1997, p. 98).

---

2 Percebe-se pouca adesão dos tribunais brasileiros ao princípio da função social da propriedade. O Brasil é detentor de inúmeros latifúndios, urbanos e rurais, que não cumprem a função social da propriedade e de grandes e históricas lutas de movimentos que reivindicam o cumprimento de tal princípio. A função social da terra no país é algo constantemente negligenciado tantos pelos poderes públicos em suas esferas executivas e legislativas que não tomam medidas para impedir o abuso do direito, quanto na esfera judicial que, diante das inúmeras ações de reintegração de posse contra possuidores que ocupam para dar função social à terra, liminares são expedidas determinando a reintegração na posse sem a mínima observância do cumprimento ou não de tal princípio por parte dos supostos proprietários.

A terra transformada em propriedade privada é uma imposição da modernidade, que se universalizou com o modelo econômico capitalista de sociedade. A cultura moderna europeia, seus valores e saberes considerados científicos, se impuseram como universais, violentando e encobrendo a pluralidade de modos de vida, de cultura, de saberes, formas de economia e de convivência com a terra, como no caso, por exemplo, dos países do sul global, com experiências indígenas e de povos tradicionais que conviviam (e convivem) com a terra sobre outra ótica, que não a mercadológica e capitalista.

Em relação à modernidade, adota-se como referência a teoria de Enrique Dussel (1994), que a define nos seguintes termos:

[...] a modernidade se originou nas cidades europeias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Porém “nasceu” quando Europa pode confrontar-se com “o Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo; quando pode definir-se como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da alteridade constitutiva da mesma modernidade. De todas maneiras, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas, sim, encoberto como “o Mesmo” que Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do “nascimento” da Modernidade como conceito, o momento concreto de “origem” de um “mito” de violência sacrificial muito particular e, ao mesmo tempo, um processo de “encobrimento” do não-europeu. (DUSSEL, 1994, p. 8, tradução nossa)<sup>3</sup>.

O desenvolvimento capitalista, segundo Carlos Frederico Marés, “transformou a terra em propriedade privada e a terra transformada em propriedade privada promoveu o desenvolvimento capitalista” (MARÉS, 2003, p. 81).

---

3 La modernidad se originó en las ciudades europeas medievales, libres, centros de enorme creatividad. Pero “nació” cuando Europa pudo confrontarse con “el Otro y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un “ego” descubridor, conquistador, colonizador de la Alteridad constitutiva de la misma modernidad. De todas maneras, ese Otro no fue “descubierto” como Otro, sino que fue “en-cubierto como “lo Mismo” que Europa ya era desde siempre. De manera que 1492 será el momento del “nacimiento” de la Modernidad como concepto, el momento concreto del “origen” de un “mito” de violencia sacrificial muy particular y, al mismo tiempo, un proceso de “en-cubrimiento” de lo no-europeo (DUSSEL, 1994, p. 8).

O destaque para o uso e a ocupação da terra é algo que passa a história da humanidade. Desde os relatos bíblicos mais remotos, antes da era cristã, até os tempos atuais, a terra sempre esteve sob a mira de lutas e conquistas e apresentou-se como elemento indispensável para todos os povos e civilizações, mas nem sempre foi concebida como bem de valor econômico e mercadológico como impôs o modelo econômico capitalista.

Diversas culturas, sobretudo as culturas indígenas e de povos tradicionais, concebem a terra como uma divindade e a chamam de mãe, pachamama<sup>4</sup>, pátria e até mesmo de pai.

A terra, para a apropriação individual, exclusiva e absoluta, é uma construção do Estado e do Direito moderno, que tem seu marco a partir do século XVI com as colonizações impostas pelo mundo europeu. A Revolução Francesa (1793) é, nesse sentido, um marco jurídico dessa construção e, a partir disso, da elaboração das Constituições nacionais que trouxeram a ideia de organização do Estado, de direito único, universal e geral, legitimado por uma organização estatal e representante dos cidadãos (MARÉS, 2003, p. 81-142).

Importa saber quem era considerado cidadão para essa organização estatal; se todas as classes, raças, gêneros, identidades e povos eram considerados detentores deste direito que se pretendia universal ou se o conceito de “universal” é uma falácia do modelo econômico capitalista que, na América Latina, foi fundado a partir do extermínio dos verdadeiros habitantes e possuidores das terras, decretadas desocupadas por meio de violência legitimada pelo poder político, econômico e religioso europeu da época em que, em nome da “civilização”, povos originários e suas culturas foram violentados e exterminados.

Não é novidade que o dito Estado moderno utilizou-se da retórica de que veio para garantir igualdade, liberdade e propriedade – o

---

<sup>4</sup> Pachamama, representada por uma mulher que leva no colo uma criança, é a forma como os povos indígenas quechuas chamam e concebem a terra.

terceiro tripé da revolução francesa - fraternidade - nem se fala -, mas, quem poderia ser proprietário? Só os detentores de liberdade (os homens livres), mas quem eram os homens livres? Os detentores de propriedade, mas não apenas detentores de propriedade. Os homens livres eram o *pater familias*, com autonomia e capacidade material e processual para todos os atos inerentes ao direito de propriedade. Detentor do poder patriarcal que acrescentou à sociedade moderna capitalista o ocultamento e a opressão às mulheres e aos considerados subalternos naquela sociedade.

Nesse sentido, a capacidade negocial dependia de personalidade jurídica e esta dependia de propriedade. Com a formação do capitalismo ocorre, em tese, a universalização dos conceitos de capacidade e de autonomia: todos passam a ser autônomos, todos são capazes, todos tem autonomia e, por fim, todos são proprietários, de bens ou de força de trabalho para negociar (com o patrão). A universalização do conceito de autonomia privada se dá como consequência da regularização da propriedade precedida da atribuição generalizada de capacidade (TORQUATO, 2014, p. 98). Diante disso, a liberdade pessoal não era um pressuposto filosófico abstrato, mas uma necessidade contratual e uma garantia do capital.

Com o avanço do capitalismo e a transformação agrária na Inglaterra, a concepção da terra como mercadoria e como direito absoluto espalhou-se pelo mundo em nome da “civilização” europeia com os “negócios” da colonização.

Contudo, no curso desses processos, sempre houve resistências de povos e culturas, muitas vezes ocultadas e violentadas, inclusive. É possível citar desde as resistências dos quilombos brasileiros contra as violências decorrentes da escravidão, as resistências das revoluções do século XX, como Canudos, na Bahia (1896-1897), Contestado, no Paraná (1912-1916) até as inúmeras lutas, nos dias atuais, pela socialização do direito à terra e do direito à moradia, como também pela própria libertação da terra, escravizada nas mãos dos latifúndios (rurais e urbanos), envenenada com os



agrotóxicos e pesticidas organoclorados utilizados pelo agronegócio, com a exploração de minérios, dentre tantas outras formas de escravidão contemporânea da terra e dos seres que nela habitam.

Tais processos de resistências são tentativas de libertar a terra e estabelecer limites ao exercício do direito de propriedade, mas também limites ao modo de utilização da terra e ao sistema econômico capitalista. Embora alguns limites estejam presentes desde o Direito Romano arcaico, como dito, a limitação nada mais era do que assegurar o pleno direito ao proprietário de não ser incomodado. A preocupação social avança com a vinculação da terra e sua produtividade à possibilidade de erradicar a fome, como no caso do Brasil, onde isso vem sendo defendido pelos movimentos de resistência e defesa da terra.

Sendo o direito de propriedade um direito presente em todas as constituições brasileiras, a Constituição de 1988 vinculou a este direito, de modo acentuado, a condição de cumprimento da função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988).

A função social, como limite ao exercício do direito de propriedade, e o reconhecimento de que seu descumprimento constitui um ilícito funcional ou um abuso de direito, nos moldes como estabelecido hoje no ordenamento jurídico brasileiro, são pautas fortes das reivindicações dos movimentos de luta pelo direito à/da terra e pelo direito à moradia. Contudo, a efetivação desses

instrumentos ainda são quase invisíveis por parte dos detentores do poder, seja no âmbito executivo, legislativo e do próprio judiciário. O direito de propriedade, sobretudo a propriedade da terra, ainda é concebido, no Brasil, na prática do dia a dia, como um direito absoluto.

No que se refere ao ilícito funcional, importante considerar que o ilícito é considerado uma categoria jurídica de importância tanto teórica quanto prática, necessária para a construção dos sistemas jurídicos, presentes em todos os ramos do Direito. Para abordar o tema dos ilícitos e seus desdobramentos, na presente pesquisa, recorreremos à obra *Teoria dos Ilícitos Cíveis*, de Felipe Peixoto Braga Neto (2003).

O conceito de ilícito funcional está vinculado à não tolerância do abuso de direito e à concepção de função social do Direito. As diretrizes constitucionais no Direito contemporâneo não admitem a utilização de um direito sem considerar o fim para o qual ele existe, ou seja, o seu fim social, como, por exemplo, no caso do Direito de propriedade, a violação à função social da propriedade pode caracterizar o cometimento de um ilícito funcional ou de um abuso de direito.

O instituto do abuso de direito, de origem europeia<sup>5</sup>, é regulamentado no artigo 186 do Código Civil brasileiro, de 2002, nos seguintes termos: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Disso decorre que, nos termos da normativa jurídica, todo direito tem um fim social a ser cumprido, embora no presente trabalho estejamos tratando do limite ao direito de propriedade, imposto pelo fim social ou pela função social da propriedade.

---

5 Introduzido no Código Civil português, em seu artigo 334, nos seguintes termos: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

## Ilícito funcional pode ser compreendido como

[...] ilícito que surge do exercício dos direitos. Não haveria, aqui, a princípio, contrariedade ao direito, porquanto, o ato não figura entre aqueles vedados pelo ordenamento. A contrariedade surge quando há uma distorção funcional, ou seja, o direito é exercido de maneira desconforme com os padrões aceitos como razoáveis para a utilização de uma faculdade jurídica (BRAGA NETTO, 2003, p. 118).

A origem do abuso de direito está vinculada à teoria dos atos emulativos, segundo a qual o abuso do direito se configura quando o exercício do direito se separa da função social para a qual o direito foi criado. Para Marco Aurélio B. de Melo, “se houver compatibilidade entre a função social do direito e o seu exercício, estamos diante do exercício regular do direito. Caso contrário, o titular cometerá o ilícito funcional do abuso do direito” (MELO, 2016, p. 3).

Em artigo com o tema “Por uma nova teoria dos Ilícitos Civis”, Cezar Fiúza afirma que ato jurídico ilícito é toda ação humana, omissiva ou comissiva, que contraria o Direito. Trata-se de conduta antijurídica e os atos ilícitos estão presentes em várias esferas do Direito Civil e do Direito em geral, o que precisa ser combatido. Dentre as diversas modalidades de atos ilícitos, está o ilícito funcional, também chamado de abuso de direito, já que, ao exercer um direito, seu titular extrapola os limites da boa-fé ou da função social (FIUZA, 2019, p.1). Exemplos disso são as cláusulas abusivas contratuais e o descumprimento da função social da propriedade.

Nesse sentido, não basta ter o direito e utilizá-lo de forma desarrazoada. Existem limites para seu exercício e a inobservância desses limites pode configurar ilícito funcional, que “é um ilícito que nasce da função dos direitos”. No caso do direito de propriedade, sua função é a função social. “Na sistemática do Direito Civil a função social atua de forma intensa. Nesse sentido, não só a propriedade imóvel, mas a propriedade de quaisquer bens,

sejam materiais ou imateriais, deve plasmar-se pelo princípio da função social” (BRAGA NETTO, 2003, p. 119).

O ilícito funcional é considerado uma cláusula geral destinada a manter o exercício do direito nos limites socialmente toleráveis.

Toda utilização de um direito, portanto, que ultrapassar os limites do razoável, orçando pelo abuso, pelo perturbador, traz em si, de forma insofismável, a pecha da oposição aos valores que permeiam o sistema do direito civil brasileiro. Será, nesse contexto, contrário ao direito o ato ou omissão que implicar um estorvo social incompatível com a dimensão do direito fruído (BRAGA NETTO, 2003, p. 120-121).

Trata-se de um ilícito objetivo, pois para sua configuração independe de comprovação de culpa.

O ilícito funcional não depende de culpa. Basta a situação, objetivamente configurada, de oposição do exercício com o ordenamento, em seus vetores axiológicos. Quer dizer, não basta, abstrata e teoricamente, ter uma proteção jurídica assegurada. É preciso que a atuação concreta do direito não redunde em desconfortos sociais consideráveis, invertendo o polo da equação, subordinando o interesse coletivo ao individual [...] O direito civil, plasmado pelos conteúdos constitucionais, não aceita posições absolutas, onde o direito individual, ainda que formalmente assegurado, prepondera, de forma incontrastável, sobre quaisquer outros bens postos em conflito. (BRAGA NETTO, 2003, p. 121).

Diante disso, no que se refere à violação da função social da propriedade, ou abuso de direito no exercício do direito de propriedade, não se faz necessário comprovar a culpa de quem comete tal violação. Trata-se de ilícito objetivo e basta a comprovação de que a propriedade descumpria sua função social para que as medidas cabíveis possam ser tomadas e, em caso de omissão de quem tem o dever legal de agir, no caso a Administração Pública, entende-se que fica legitimado o ato de ocupar para fins de mo-

radia. É nesse sentido que bem afirma Marés: “aquele que ocupa uma terra que não está cumprindo sua função social, para fazê-la cumprir, age de acordo com a lei e o interesse social, merece prêmio, não sanção” (MARÉS, 2003, p. 134).

O fato de tentar comprovar o Direito unicamente pela via da escritura, de registro em cartório ou por outro meio, pela sistemática da Constituição brasileira e pelo Código Civil, não é suficiente se não comprovar o cumprimento da função social. O direito de propriedade não é mais um direito absoluto.

No direito civil é ilícito o ato cujo resultado funcional seja distorcido. Se há desvio funcional no exercício, ainda que esse exercício seja permitido pelo sistema, o ato é ilícito, mercê da repulsa do direito moderno pela utilização abusiva e imoderada dos direitos [...] Não basta, em termos estruturais, ter direito; é fundamental que seu exercício se dê em limites socialmente adequados. (BRAGA NETTO, 2003, p. 123).

Tal perspectiva adotada pela Constituição brasileira e pelo Direito Civil constitucional, no Brasil, nota-se que ainda está muito atrasada, ou talvez não seja questão de atraso, mas a decisão pela manutenção dos grandes latifúndios improdutivos que servem para a especulação imobiliária e para a negação de uma justa distribuição de bens e redução das desigualdades sociais. Constantemente, vê-se no judiciário decisões que desconsideram totalmente a função social da propriedade e afirmam a defesa da propriedade como um direito absoluto sem levar em consideração a dignidade da pessoa humana e questões relevantes de defesa ambiental. Tais decisões só são revertidas, em alguns casos, com base em muita resistência e luta de movimentos sociais e dos coletivos envolvidos. Em 2013, Maria do Rosário Carneiro, em entrevista concedida ao Adital – Instituto Humanitas Unisinos, afirmou:

Os precedentes ainda são poucos. Neste mesmo dia em que ocorreu o julgamento no processo da Comunidade Dandara, o

TJMG também manteve suspensa a reintegração de posse em favor de várias famílias de uma ocupação na cidade de Timóteo, Vale do Aço, Minas Gerais, também fruto da luta incansável de várias famílias e dos advogados populares que acompanham o caso [...] Note que, tanto no caso de Dandara como nos outros que citei tratam-se de decisões liminares, ou seja, ainda não são decisões definitivas. Não é comum encontrarmos jurisprudências no Brasil defendendo o direito constitucional, social e fundamental à moradia (CARNEIRO, 2013, p. 1).

Por ser o ilícito funcional um ilícito objetivo que, para sua comprovação, independe de culpa, não se pode falar de direito no caso de seu cometimento com relação ao direito de propriedade. Disso decorre que se a propriedade não cumpre a função social que alega não pode ser detentor do Direito de receber a proteção do Estado. Esta proteção deve ser assegurada a quem é de fato possuidor e lhe dá função social, como, por exemplo, os ocupantes das Ocupações rurais e urbanas no caso das propriedades de terras ocupadas para fins de moradia.

Nesse sentido, a própria Constituição de 1988, com o instituto da desapropriação, apesar de pouco utilizado porque a regra costuma ser colocar as pessoas nas ruas quando ocupam áreas que não cumprem a função social, é um instituto que termina por premiar quem descumpra a lei ao violar a função social da propriedade, com a compra da área (o Estado paga pela terra). Não podemos deixar de trazer a crítica a tal instituto que, no Brasil, representa uma afirmação do conceito liberal de propriedade, pois nada mais é do que a premiação pelo descumprimento da função social, uma espécie de premiação com recurso público ou uma costura política para atender aos interesses dos latifundiários e grandes proprietários que mantinham suas propriedades com abuso de direito, quando da promulgação da Constituição de 1988.

Embora se reconheça o pouco avanço do Judiciário na defesa da função social da propriedade da terra, é preciso lembrar que na

ADI N. 2213 de 2002, o Supremo Tribunal Federal afirmou que “o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, V, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada”.

Há, portanto, o reconhecimento, pelo STF, do ilícito funcional no exercício do direito de propriedade, ao afirmar que o cumprimento da função social é requisito indispensável à titularidade e proteção do direito à propriedade da terra.

A inobservância desse preceito, tanto por quem se diz titular do direito quanto por parte do Estado que tem o dever legal de agir, legitima os coletivos de sem-terra e de sem-teto a ocuparem as propriedades para dar-lhes a função social por meio da produção de moradias, produção de alimentos, construção de comunidades, etc., efetivando, além da função social da propriedade, a própria constituição no que se refere aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja o de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, III) e aos fundamentos, também da República, de respeito à dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais.

### **3. Inclusão do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro**

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 6º, assegura o direito à moradia como um direito humano fundamental e social, mas não foi assim desde sua promulgação. Com grande insurgência dos movimentos sociais de luta pela reforma urbana, quando da promulgação, a Constituição apenas inseriu um capítulo sobre a política urbana (arts. 182 e 183), mas não trouxe o direito à moradia de forma tão explícita como deveria.

O direito à moradia foi inserido no artigo 7º, que tratava do salário mínimo, em uma lógica de mercado feita exatamente para não ser efetivada. Referido artigo, para o trabalhador, garante um salário mínimo que deve dar para comprar suas necessidades vitais básicas e as de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (BRASIL, 1988).

O artigo 7º da Constituição trouxe a lógica da financeirização da política de moradia (se quiser tem que comprar com o salário mínimo). Diante de tamanha precariedade em que viviam as famílias sem-teto por todo o Brasil, movimentos reforçaram suas organização em defesa desse direito e em 1991, os movimentos de luta por moradia, após reunirem 1,5 milhão de assinaturas de eleitores, foram em caravana para manifestação em Brasília onde apresentaram o 1º projeto de lei de iniciativa popular com o objetivo de criar um Fundo Nacional de Moradia Popular.

Decorre da luta que se instaurou no país na década de 1990, com o aumento de ocupações urbanas nas principais capitais do país, no ano de 2.000, a Emenda Constitucional nº. 46 que incluiu no artigo 6º da Constituição a moradia no rol dos direitos fundamentais sociais, o que pode ser concebido como um novo direito.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2000).



No ano seguinte, em 2001, o Estatuto da Cidade, lei nº 10.257, regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu diretrizes gerais para a política urbana. Importante lembrar que antes disso o Brasil já era signatário de diversos tratados internacionais que o obrigavam a efetivar o direito à moradia.

Sobre o processo de mobilização e organização dos Sem Teto e seus movimentos que forjaram o Estatuto da Cidade, Betânia Alfonsin escreveu: “foi desse quadro urbano de exclusão socio-territorial que se forjou o marco jurídico do Estatuto da Cidade” (ALFONSIN, 2004, p. 283).

Apesar de o Estado brasileiro já ter se comprometido com a efetivação do direito à moradia em diversos tratados internacionais dos quais é signatário, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto San José de La Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC - 1996), dentre outros, a luta dos movimentos continuam sendo o grande motor para a efetividade do direito à moradia, revelando que a grande problemática da terra no país ainda é uma forma concreta de colonização.

Com o enorme déficit habitacional, acima de 6 milhões de famílias, conforme dados da Fundação João Pinheiro (FJP) de 2014, milhões de pessoas no país vivem em situação de extrema vulnerabilidade, o que optamos chamar por injustiça social nos moldes da premissa do artigo 170 da Constituição brasileira.

O direito à propriedade é um direito fundamental assegurado no artigo 5º, XXII da Constituição brasileira de 1988. Contudo, como já foi dito, não se trata de um direito absoluto. A Constituição de 1988, também no artigo 5º, XXIII e no artigo 170, III, como requisito do alcance da justiça social, como mencionado acima, estabeleceu como condição para o exercício de tal direito, o cumprimento da função social. Na mesa linha estão os artigos

182 e 186 da referida Carta, que determinam que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, bem como o cumprimento da função social da propriedade rural.

O Estatuto da Cidade, lei 10.257 de 2001, como dito, fruto de grandes reivindicações nacionais dos movimentos de luta por moradia em toda década de 1990, visando regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição brasileira e estabelecer diretrizes gerais da política urbana, reafirmou a exigência constitucional do cumprimento da função social da cidade e da propriedade.

O Código Civil brasileiro, de 2002, no parágrafo 4º do artigo 1.228, determina a perda da propriedade quando da não destinação social. Ademais, o artigo 187 deste mesmo Código prevê o que foi consagrado pela doutrina como ilícito funcional ou abuso de direito: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Portanto, pode-se dizer que o não cumprimento da função social da propriedade configura um ilícito funcional ou abuso de direito que, além de violar a Constituição brasileira, viola também o Código Civil.

Diante das premissas constitucionais, legais e doutrinárias que asseguram a função social da propriedade e diante da total ausência de uma política que assegure o acesso ao direito fundamental e elementar à moradia, inclusive para que seja possível o respeito à dignidade humana, é que hoje, no Brasil, milhares de famílias ocupam terras abandonadas, para, de forma autogestionária, construir moradias e produzir alimentos, comunidade, “vida boa” e “bem viver”.

Com base no direito de resistência, insurgem estes coletivos, apoiadas por movimentos sociais, advogados e advogadas populares e

apoiadores(as) das mais diversas áreas dos saberes, forjando a efetivação da constituição e da justiça social. Como garantiu o artigo 35 da Declaração dos Direitos do Homem [da mulher] e do Cidadão, de 1793, “quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é, para o povo e para cada parcela do povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”. É dessa insurgência que novos direitos e novos sujeitos de direitos são construídos no curso da história, como, por exemplo, foi o direito à moradia.

#### **4. Ocupações urbanas: o ato de ocupar para fins de moradia autorizado pela legislação brasileira que tem como premissa a função social da propriedade e não tolera o ilícito funcional**

Ocupar, verbo de ação cujo conceito, quando se refere às ocupações urbanas para fins de moradia, vem se construindo a partir de uma prática que tem possibilitado significados à vida e ao Direito. Diferente de invadir, que supõe violência e expulsão de pessoa ou de grupo de pessoas, ocupar é agir com o intuito de acessar direitos, mas também com o objetivo de libertar a(s) terra(s) do abandono, da especulação imobiliária e possibilitar que ela cumpra sua finalidade ou sua função social. Ocupar, portanto, diz respeito à posse, à função social, ao exercício de um direito legítimo e fundamental que é o direito à moradia digna.

A questão da terra no Brasil, dos conflitos possessórios e desigualdade social, está vinculada aos problemas dos países latinoamericanos que sofreram violentos processos de colonização, cuja colonialidade ainda se faz presente com nomes distintos: a concentração de latifúndios, as injustiças agrárias e urbanas são alguns deles.

Ao tratar das desigualdades sociais na América Latina, destaca Letícia Marques Osório:

[...] não é possível dissociar a questão do direito à moradia – ou da falta de moradia adequada – da sistêmica e endêmica falta

de acesso à terra pelas populações pobres da América Latina, resultado da concentração e especulação imobiliária nas mãos de poucos proprietários e da ausência das reformas agrária e urbana na maioria dos países (OSÓRIO, 2004, p. 41).

As grandes cidades brasileiras foram historicamente formadas por ocupações. Com o êxodo rural, pessoas expulsas do campo pelo agronegócio, e que em geral não tinham casa própria, se instalavam em terrenos vazios nas cidades brasileiras, nas periferias das cidades e/ou nas favelas. Com a imposição do capitalismo industrial, o processo produtivo nas fábricas demandou a existência, nas cidades, de um operariado cuja maioria não tinha moradia própria e digna. Na segunda metade do século XX, o Brasil passou a ser um país predominantemente urbano e, de lá para cá, cada vez mais urbano.

Embora o direito à propriedade no país não seja um direito absoluto, muitos latifúndios urbanos e rurais não cumprem a função social. A realidade que se apresenta é a da financeirização do direito à moradia nos centros urbanos e a da propriedade a serviço da especulação imobiliária.

A falta de moradia digna levou milhões de famílias a ocupar e a construir em espaço vazios. Diante do déficit habitacional no país que, segundo dados da Fundação João Pinheiro, em 2014, já era de 6,1 milhões de famílias, da ausência ou ineficiência das políticas e dos inúmeros imóveis a serviço da especulação imobiliária, a população trabalhadora não encontrou alternativa que não fosse se organizar e ocupar para construir e morar. Disso surgiu a máxima dos movimentos de luta por moradia, que é: “tanta gente sem casa e tanta casa sem gente”. E um lema: “Enquanto morar for um privilégio, ocupar é um direito”.

No que se refere aos vazios urbanos, o que demonstra um abuso de direito, a Fundação João Pinheiro, em 2005, já apontava que, no Brasil, 5.890.139 famílias moravam em estruturas improvisadas, compartilhavam a mesma habitação ou viviam em moradias

rústicas, impróprias ao uso. Em contrapartida, 6.029.756 domicílios permaneciam vazios, apesar de apresentarem condições de ocupação. Se todos eles fossem ocupados pelas famílias que compõem o déficit habitacional quantitativo, ainda teríamos um saldo de 139.617 domicílios vagos.

Fábio Konder Comparato defende que as propriedades em descumprimento da função social não podem, inclusive, serem desapropriadas pelo estado com possível indenização. Alega o autor que nestes casos não existem direitos a serem protegidos pelo Estado.

Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia de liberdade humana, mas bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação (COMPARATO, 1997).

Ou seja, como a propriedade não é um fim em si mesma, o fim social para o qual ela existe deve ser cumprido. Caso isso não ocorra, o direito não pode receber proteção estatal. A desapropriação, nestes casos, seria uma espécie de pagamento pelo descumprimento da lei, o que é uma lógica contrária a todo ordenamento jurídico brasileiro.

## **5. Considerações finais**

As ocupações urbanas de luta por moradia demonstram a continuidade das resistências na defesa da terra, travadas no curso da história e significam, de certo modo, uma ruptura com toda forma de colonização e de escravidão<sup>6</sup>, mas também uma for-

---

6 É muito comum ouvir das pessoas que moram nas ocupações a expressão de que “se libertou da cruz do aluguel”.

ma de construção coletiva de direitos e de sujeitos de direitos, de questionamento e denúncia concreta à concepção do direito de propriedade como um direito absoluto. Estas ocupações são também uma tentativa de superação do patriarcado e da colonialidade contemporânea e uma forma concreta de insurgir na evolução do Direito para que este possa estar à serviço da justiça.

Pode-se concluir que o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social, para fins de moradia, é legitimado pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil brasileiro e pelo ordenamento jurídico como um todo, que traz a premissa da função social do direito. Estando estas propriedades abandonadas e sob a inércia do Estado, que nada faz apesar de ter o dever legal de impelir o ilícito funcional, a ocupação pela sociedade civil organizada para fins de direito fundamental à moradia, à produção de alimentos e de vida com dignidade é, claramente, o cumprimento da Constituição brasileira, de seus princípios e fundamentos e uma forma de garantia do respeito à dignidade humana, do meio ambiente protegido e da redução das desigualdades sociais, como preceitua seu artigo 3º. Como afirma Milagres, “o fundamento primeiro do direito de propriedade é o emprego da coisa na satisfação das necessidades existenciais” (MILAGRES, 2011, p. 45). O descumprimento disso, no exercício do direito de propriedade, configura o ilícito funcional ou o abuso de direito, o que não é permitido na sistemática jurídica e na jurisprudência brasileiras.

## 6. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para Além da Regularização Fundiária: Porto Alegre e o Urbanizador Social. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 2213 DE 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 23 fev. 18.

CARNEIRO, Maria do Rosário de Oliveira. Ocupação Dandara: quem está usufruindo e dando função social é o legítimo dono. Entrevista especial com Maria do Rosário de Oliveira Carneiro. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/518045-ocupacao-dandara-o-imperativo-etico-de-se-rebelar-contra-um-estado-violentador-dos-direitos-humanos-entrevista-com-maria-do-rosario-de-oliveira-carneiro>>. Acesso em: 23 fev. 18.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, v. 1, n. 3. set-dez. 1997. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>>. Acesso em: 5 fev. 17.

DRESCH, Rafael de Freitas Vale. *Fundamentos do Direito Privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana*. São Paulo: Atlas, 2013.

FIUZA, César. Por uma Nova Teoria do Ilícito Civil. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1404](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1404)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à Moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

---

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Rio Grande do Sul: Editor Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Abuso do Direito. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/19/abuso-do-direito/>>. Acesso em: 10 jul. 19.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RIPERT, Georges. *Le Declin du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

Artigo recebido em 15/5/2018

Artigo aprovado em 10/1/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200006



**272 - 308**

Artigo

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA  
TRANSEXUAIS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA  
DOMÉSTICA E FAMILIAR**

FABIANE BARBOSA MARRA

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA TRANSEXUAIS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS FOR  
TRANSEXUAL VICTIMS OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE

FABIANE BARBOSA MARRA

Mestre em Direito

Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

fabianemarra@hotmail.com

**RESUMO:** O artigo tem por objeto acolher as teses defensivas em relação a transexuais vítimas de violência doméstica e familiar. Para tanto, apresenta aspectos sobre a hermenêutica constitucional bem como a análise de excertos concretos, discorrendo-se sobre os argumentos das decisões judiciais que aplicaram a Lei 11.340/2006 a transexuais. Atualmente, o reconhecimento jurídico de sujeitos trans é especialmente materializado na inclusão de novos sujeitos e direitos, visando atribuir a todos os membros da sociedade garantias fundamentais. Adota-se o método dedutivo, levando em conta os anseios sociais, princípios, regras e interpretação conforme a Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica Constitucional; Transexuais; Violência Doméstica e Familiar; Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The article aims at the construction and contribution of a constitutional hermeneutic aimed at accepting the defensive theses regarding transsexual victims of domestic and family violence. To do so, we present aspects about constitutional hermeneutics, as well as the analysis of concrete excerpts, discussing the arguments of the judicial decisions that applied Law 11.340/2006 to transsexuals. Currently, the juridical recognition of trans subjects is specially materialized through interpretations of conformity with the constitutional proposal of inclusion of new subjects and rights, aiming to attribute to all members of society fundamental rights and guarantees. The deductive and methodical methodologies of constitutionalisation and problematization are adopted, taking into account social desires, principles and rules and interpretation according to the Constitution.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights; Constitutional Hermeneutics; Domestic and Family Violence; Transsexuals; Society.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Prefácio de uma hermenêutica constitucional. 3. Dos casos concretos às decisões judiciais: fundamentos de aplicação da Lei 11.340/2006 a transexuais. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1. Introdução

As varas especializadas de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher não dispõem de uma estrutura apropriada para atender, processar e julgar demandas que envolvam sujeitos transexuais. Existe uma insegurança difundida entre as funções

---

essenciais da Justiça, os operadores do Direito e outros estudiosos no tocante à extensão do conceito de mulher e à abrangência da Lei 11.340/2006, o que acaba, por vezes, marginalizando a população transexual. A legislação especializada possui dispositivos específicos para a preservação da mulher em suas relações íntimas e familiares, preconizando, para tanto, dispositivos sobre formas de violência típicas, possíveis medidas de prevenção, maneiras de atendimento integrado à vítima, procedimentos de atuação do poder público e, sobretudo, medidas protetivas de urgência. Partindo da premissa de que o Direito não acompanha em igual medida os influxos sociais, como torná-lo, nesses casos, eficaz e não apenas um mecanismo dotado de legitimidade?

Relativamente à violência doméstica e familiar que açoita rotineiramente a população transexual, são necessárias a superação das limitações do Legislativo brasileiro e a incisiva atuação contramajoritária do Judiciário, em busca da preservação da diversidade. A partir da consideração da diversidade como pressuposto fundamental de hermenêutica constitucional da Lei 11.340/2006, torna-se factível não apenas a interpretação normativa à luz da vulnerabilidade do sujeito *in casu*, mas especialmente a prática da igualdade cidadã perante os sujeitos transexuais acometidos por abusos físicos, sexuais, morais, patrimoniais e psicológicos no âmbito doméstico e familiar, sem qualquer omissão, subalteridade e discriminação.

A transexualidade consiste em uma das mais diversas maneiras de expressão da identidade do sujeito. Trata-se da incompatibilidade entre as características morfológicas do corpo físico e a assimilação do gênero socialmente construído. Na prática, existe um descompasso entre o que foi designado como sexo biológico e a identidade de gênero. Com efeito, a noção patológica da transexualidade, respaldada numa suposta inconstância de gênero, já foi superada, de sorte que nada tem a ver com doença mental ou mera escolha, perversão ou mesmo orientação sexual. A reali-

dade transexual, na verdade, extrapola a normatividade cultural vigente e, por isso, provoca uma condição de extrema precariedade social e de profundo sofrimento.

O processo de invisibilizar a transexualidade se estende ao campo jurídico. Prova disso é que o Brasil não positivou nenhuma legislação federal específica para proteção de sujeitos transexuais, muito embora seja signatário de tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos que não apenas se posicionam contra a discriminação dessa comunidade como também orientam os Estados-membros à criação de legislação própria a fim de combater a violência dirigida a transexuais. No âmbito interno, existe pouca esperança para a elaboração de instrumentos legislativos federais efetivos contra a violência própria perpetrada aos sujeitos transexuais. Isso porque a bancada religiosa, conservadora e fundamentalista que constitui o Legislativo brasileiro corrente engendra múltiplos obstáculos frente ao aperfeiçoamento e à produção de leis atinentes ao assunto.

Conforme os dados extraídos da organização não governamental Transgender Europe (TGEU), o Brasil é o país que mais mata sujeitos transexuais e travestis, sendo 868 mortes registradas entre 2008 e 2016. Nos anos de 2017, 2018 e até maio de 2019, foram contabilizadas, respectivamente, 387, 320, 126 mortes de sujeitos vítimas da LGBTIfobia. Observa-se, assim, que, se de um lado há um Legislativo inerte e, às vezes, operante contra o reconhecimento da comunidade transexual, por outro, esta mesma comunidade luta pela sua sobrevivência. Então, o Judiciário brasileiro passa a exercer um papel contramajoritário marcante ao proferir decisões que vislumbram o alcance e o reconhecimento, ainda que sobre questões mínimas, de sujeitos transexuais.

No que diz respeito à violência doméstica e familiar praticada contra transexuais, sob uma hermenêutica recente dos tribunais brasileiros, a incidência da Lei 11.340/2006 fica adstrita à identifi-

cação do sujeito com o gênero mulher. Nesse cenário, mulheres transexuais estão abarcadas pela legislação específica, ainda que existam dificuldades práticas. Ocorre, todavia, que a aplicação desse instrumento de proteção a transexuais perpassa difíceis e inúmeras lacunas, uma vez que nesta condição de identidade de gênero, para a incidência da lei, o homem transexual, mesmo que se encontre vitimizado no caso concreto, deixa de atender à condição de identidade com o gênero feminino e perde, em tese, os direitos previstos nessa lei.

Destaque-se que em 2006, ano de início da Lei 11.340, foi um momento de ampla discussão sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. Contudo, na contemporaneidade, a violência de gênero contra a mulher configura somente uma das diversas formas de abuso e de agressão. Em face das demandas social e jurídica de reconhecimento perante transexuais, torna-se premente uma hermenêutica constitucionalizada que compreenda efetivamente a proteção intrínseca do Estado no combate à violência doméstica e familiar praticada contra transexuais, mas que só será concreta quando essa população gozar de uma igualdade efetiva, isto é, quando for devidamente reconhecida na sua diferença.

Vale ponderar que uma hermenêutica constitucional da Lei 11.340/2006 sob nenhuma hipótese coaduna com quaisquer sentimentos de conformidade com o ordenamento jurídico positivado. A perspectiva de nova interpretação da legislação de violência doméstica e familiar, embasada em pressupostos constitucionais básicos, confirma a insuficiência da lógica binária arraigada na sociedade e no Direito, além da urgência na proteção das vítimas transexuais que são violentadas no âmbito doméstico e familiar. Assim, ao sugerir a incidência da legislação especializada, conforme a demanda da comunidade transexual, revela-se a imprescindibilidade de aperfeiçoamento das normas jurídicas frente aos influxos sociais, bem como a necessidade de reconhecimento e preservação da diferença como medida de realização da igualdade.

---

O método utilizado no artigo foi o dedutivo da problematização, considerando os anseios sociais, princípios, regras e interpretação conforme a Constituição. Isso porque o reconhecimento jurídico e a inclusão de transexuais como sujeitos de direitos na sociedade pede a compreensão desses fenômenos em um ambiente social mais amplo. Assim, a análise das relações entre Direito e sociedade precede outras possibilidades de aplicação da Lei 11.340/2006. A referida metodologia foi ancorada em dados e no estudo de decisões judiciais sobre a interpretação constitucional da legislação de violência doméstica e familiar para sujeitos transexuais.

## 2. Prefácio de uma hermenêutica constitucional

Inicialmente, é necessário que se faça a distinção entre os conceitos de hermenêutica e de interpretação. Embora no cotidiano sejam utilizados como termos equivalentes, a palavra hermenêutica tem etimologia no verbo grego *hermeneuein* e, ao mesmo tempo, no substantivo grego *hermeneia*, os quais são traduzidos como interpretação, isto é, tornar algo compreensível. Por sua vez, o termo interpretação emerge da expressão em latim *interpres*, que corresponde àquela pessoa capaz de prever ou descobrir fatos futuros pelo exame das entranhas da vítima (FERNANDES, 2016, p. 158). É possível notar que a hermenêutica se vem desenvolvendo ao longo do tempo e, como consequência, alcança uma perspectiva mais ampla e complexa do que uma simples interpretação, estando, assim, ligada a um conjunto de teorias acerca de tudo aquilo que se possa atribuir sentido.

A hermenêutica transita por várias fases, tendo como ponto originário uma disciplina instrumental que permite tanto a compreensão de desejos e objetivos escusos do criador da obra quanto a incorporação de uma prática rotineira do próprio sujeito. Neste último caso, destaca-se que a hermenêutica está relacionada à própria formação da percepção do mundo, permitindo compre-

---

ender e estabelecer acordos e consensos sobre coisas e acontecimentos. Ocorre, todavia, que as transformações históricas e sociais promoveram uma abertura a novas perspectivas acerca da linguagem e da racionalidade, criando-se um movimento denominado giro hermenêutico. É, pois, no final do século XIX que este movimento ganha nitidez, fazendo com que a linguagem avance da relação do sujeito com os objetos para uma relação entre os próprios sujeitos.

Ludwig Wittgenstein, baseado na teoria da linguagem, demonstra que o significado das coisas somente pode advir de uma compreensão prévia do seu uso em um determinado contexto. Isso porque a mesma expressão pode ser utilizada em situações distintas com definições diferentes (1980, p. 222). Em sentido complementar, Gadamer lança bases para a hermenêutica, à qual atribui, como ponto de partida, a perspectiva do diálogo. Uma troca entre os interlocutores à procura de um entendimento sobre algo no mundo promove uma fusão de horizontes em que emerge uma compreensão comum e, assim, a dissolução de uma obscuridade (2001, p. 636). A partir dos estudos desenvolvidos por Wittgenstein e Gadamer, existe um processo reconstrutivo e transformador da hermenêutica e da filosofia, implodindo, pois, a racionalidade ilimitada do pensamento iluminista.

Desse processo reconstrutivo da hermenêutica, constata-se a falibilidade do conhecimento. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes, conceber a racionalidade e a ciência como pressupostos dotados de precariedade “é saber que tudo é datado e somente pode ser reconhecido como válido em nosso contexto histórico-espacial. Não há mais qualquer esperança de se atingir um conhecimento (e mesmo uma teoria) perfeito que sobreviva ao passar de gerações!” (2016, p. 167). Nesse cenário, percebe-se, considerando esta hermenêutica filosófica, que existem vários pontos de vista sobre o objeto, de sorte que os conceitos e as compreensões advêm de preconceitos e também de pré-compreensões. Sobre o tema, verifica-se que o sujeito, ao externalizar

uma certa percepção sobre um assunto, imediatamente também projetará suas experiências, pré-noções e visões sobre as demais possibilidades de enxergar aquele mesmo assunto.

Nessa conjuntura, emerge a hermenêutica na ciência jurídica. Do século XVIII ao século XX há uma disputa nas formas de operacionalizar o Direito. Destaca-se que a separação das faces do Poder, então subdivididas entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, consagra um sistema de freios e contrapesos para a atuação estatal. No tocante ao Judiciário, especificamente, o magistrado ficou responsável por dirimir as controvérsias de direito entre os particulares e, também, entre o particular e o Estado, conforme as legislações já instituídas pelo Legislativo. Ocorre, no entanto, que leis imperfeitas e/ou dotadas de incertezas podem insurgir, com o tempo, fato que resulta na busca pelo aprimoramento da hermenêutica jurídica.

Savigny, depois de 1814, desenvolve uma fundamentação para a teoria interpretativa com base em dois pilares, a *voluntas legislatoris (mens legislatoris)* e a *voluntas legis (mens legis)*. Esta preconiza que o Direito decorre de uma convicção comum dos sujeitos e não de uma vontade dos particulares. Ao buscar uma vontade inerente à vontade da lei, a *voluntas legislatoris* defende que a interpretação tem a ver com a vontade do próprio legislador, extravasada no texto da lei. O desenvolvimento histórico do direito, sobretudo com o advento do Estado Social, prestigia o grupo da *voluntas legis*, a qual permite a construção de um sentido para a norma jurídica e, portanto, afasta a sua imediata literalidade. Para tanto, emergem os métodos de interpretação da hermenêutica jurídica clássica<sup>1</sup>, mas que foram questionados

---

1 Ao longo do tempo, foram desenvolvidos métodos de interpretação da hermenêutica jurídica clássica, entre os quais a lógico-gramatical, que pode ser restritiva, quando se limita o sentido da norma, extensiva, quando se amplia o sentido da norma ou ab-rogante, quando o sentido da norma vai de encontro a outra norma hierarquicamente superior; a histórico-evolutiva e sociológica, que leva em consideração trabalhos preparatórios; a sistemática, que enfrenta dificuldades de compatibilidade num todo estrutural; e, por fim, a teleológica e axiológica, que busca identificar os fins e os valores considerados pelo legislativo como relevantes (FERNANDES, 2016, p. 171).



---

por Konrad Hesse em razão da possibilidade de serem operacionalizados pelos juristas sem a observância da complexidade intrínseca aos direitos constitucionais.

Nesse prisma, a hermenêutica jurídica clássica não conseguiu trabalhar de maneira satisfatória a construção semântica para o texto normativo, o que fez insurgir a lógica de que as normas jurídicas devem ser lidas e compreendidas à luz da Constituição. Em outras palavras, concluiu-se não ser possível operacionalizar as normas infraconstitucionais de maneira apartada da normatividade constitucional. Assim, a hermenêutica jurídica, exatamente porque associada ao referencial de filtragem constitucional, foi e é, até hoje, tida por definição como uma hermenêutica constitucional. A concretização desta ideia de interpretação da norma sob as lentes da Constituição, segundo as pesquisas de Konrad Hesse (1991, p. 1210), apoia-se no catálogo de *topoi*<sup>2</sup>, sob os seguintes pressupostos: unidade da Constituição, concordância prática ou harmonização, exatidão funcional, efeito integrador, força normativa da Constituição, máxima efetividade e interpretação das leis conforme a Constituição.

No entanto, até este momento, ainda não houve o aprofundamento necessário acerca da aplicabilidade prática das normas jurídicas, tornando-se fundamental o desenvolvimento de métodos de interpretação constitucional. O primeiro método é o jurídico ou hermenêutico clássico, que considera a Constituição como uma lei e o intérprete como responsável por desvendar o seu teor literal (FERNANDES, 2016, p. 189). Esse procedimento deve ser calcado em regras clássicas da hermenêutica mediante aspectos lógicos, históricos, teleológicos e filosóficos. O segundo método é o tópico-problemático, cuja interpretação constitucional é marcada pelo caráter prático e, ao mesmo tempo, pelo caráter indeterminado ou aberto (FERNANDES, 2016, p. 190).

---

2 Trata-se de pressupostos comuns que os sujeitos lançam mão para desenvolverem determinada argumentação.

---

Nesse processo interpretativo, há a possibilidade de discussão e argumentação variante em cada caso concreto, apresentando-se vários pontos de vista a respeito de uma mesma questão.

Indo adiante, o terceiro método é o hermenêutico-concretizador. Este sempre parte da ideia de pré-compreensões presentes no intérprete que, ancorado no texto constitucional, procura a concretização da norma (NOVELINO, 2018, p. 174). Em outras palavras, trata-se de um método que se inicia de uma situação histórica concreta e não do problema em si, de forma que o intérprete intermedeia o texto e o cenário fático. O quarto método é o científico-espiritual, o qual considera como a base da valoração o sentido e a realidade subjacentes ao texto constitucional (FERNANDES, 2016, p. 191). Isso significa que a Constituição vai além de um ordenamento posto pelo qual o Estado se organiza e se limita, haja vista que, igualmente, também disciplina valores que regem a sociedade como um todo. O quinto método, normativo-estruturante, parte da concepção de que a norma jurídica é resultado de um processo de concretização. Pautam-se os seguintes aspectos: várias funções de realização do direito constitucional, transformação das normas, estrutura da norma e do texto normativo, compreensão hermenêutica da norma, o texto da norma como ponto inicial do programa normativo, a realidade social e, ainda, a concretização da norma. Assim, a norma aplicável ao caso concreto será aquela fruto da interpretação desses referidos elementos, mormente no que toca ao programa e ao âmbito normativo (BERNANDES, FERREIRA, 2018, p. 250).

Por fim, o sexto e último método, de suma relevância para o presente artigo, fruto dos estudos de Peter Häberle, defende que a hermenêutica constitucional está ligada a uma sociedade aberta de operadores da Constituição, o que significa um expressivo afastamento de regras específicas e estáticas ou mesmo procedimentos padronizados para a interpretação constitucional. Na verdade, prestigia-se a ampliação do contingente de sujeitos participantes

---

do processo interpretativo da Constituição de modo a alinhar a perspectiva típica do pluralismo e do Estado Democrático de Direito. Nenhum método, por mais sofisticado que seja, é completo e satisfatório, porquanto sempre existirá um sujeito histórico, temporal, inserido em um determinado contexto de pré-compreensões. Häberle impulsiona a lógica de abertura e não fechamento da sociedade e suas construções jurídicas, o que eleva, pelas multifacetadas visões e realidades inerentes, a possibilidade de abrangência de novos direitos e de novos sujeitos (1997, p. 13 e 14).

A inconstância da sociedade e os reflexos dos influxos sociais devem influenciar na maneira de se operacionalizar os direitos fundamentais de modo que, com base na teoria dos direitos fundamentais na contemporaneidade, seja adequada a aplicação da Lei 11.340/2006 para transexuais vítimas de violência doméstica e familiar.

Nesse viés, Alexandre Melo Franco Bahia (2014, p. 80), pautando-se na Constituição, apresenta uma terceira dimensão para o princípio da igualdade. Para além das faces da isonomia e equidade, o autor desenvolve a diversidade como um elemento primordial à concretização da igualdade, certo de que tal diferenciação é importante dentro da estrutura do pluralismo e do Estado Democrático de Direito, pois condiz com a inclusão efetiva de novos direitos e de novos sujeitos. Assim, aqueles que se encontram, ao menos formalmente, inseridos na sociedade e no Direito positivo, passam por menos obstáculos para usufruir de direitos fundamentais, enquanto grupos e sujeitos que não estão incluídos sofrem profundas discriminações e intolerâncias. Desse cenário emerge a necessidade de avançar em relação a uma simplória isonomia de tratamento ou, ainda, no que toca a uma oposição às diferenças. É, na verdade, necessária a concretização do reconhecimento da diversidade, desde a sua existência à própria constatação de que muito falta para uma proteção efetiva.

Em sociedades complexas e descentradas, as concepções liberais e socializadoras são insuficientes para assegurar uma igualdade

efetiva e, como corolário, são incapazes de proteger a autonomia do sujeito. No tocante à população transexual, a inexistência de uma legislação que reconheça direitos iguais, ou de um instrumento jurídico que preconize tutelas de proteção especial em função da vulnerabilidade, justifica a proposta de se operacionalizar o Direito a partir de uma nova dimensão da igualdade. Considerando que o Direito estabelece a dicotomia homem/mulher para atribuir direitos e obrigações, os sujeitos que escapam a esse binômio ficam à mercê de um Direito positivado, incapaz de lidar com as diversidades.

Ciente disso, é imprescindível se pensar em uma atuação do Judiciário baseada em uma hermenêutica constitucionalizada da legislação infraconstitucional, de forma que a questão da transexualidade poderá ser tida não mais como uma excrescência mundana a ser exterminada, mas, ao contrário, uma diversidade a ser protegida e preservada em suas particularidades e singularidades (BAHIA, 2014, p. 81-87). Realizada a revisão de literatura, em que se apresenta o prefácio da hermenêutica constitucional e sua relação com a realidade de transexuais vítimas de violência doméstica e familiar, procedeu-se à coleta de dados sobre casos concretos e, posteriormente, de decisões judiciais correlatas ao tema.

### **3. Dos casos concretos às decisões judiciais: fundamentos de aplicação da Lei 11.340/2006 a transexuais**

A violência contra a mulher foi considerada por muitos anos um assunto do âmbito privado e naturalizada em uma estrutura social marcada pela dominação masculina. Nessa conjuntura, emergiu uma profunda resistência nos conhecimentos científicos ou não e, sobretudo, nas práticas que constituem a aplicação e a efetividade das normas jurídicas atinentes ao tema. Sabe-se que a desigualdade entre os gêneros decorre, até hoje, de relações culturalmente assimétricas, em que o homem e as suas re-

apresentações são colocados e reproduzidos na sociedade acima das mulheres e de tudo aquilo que advém delas. Com o passar do tempo, todavia, a violência praticada contra as mulheres no ambiente doméstico e familiar foi ganhando cada vez mais espaço nos debates públicos, de forma que em 2006 a luta dos movimentos sociais em busca da igualdade de gênero fomentou a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Assim, as atuações do Executivo, juntamente com os movimentos sociais em tela, consolidaram a Lei 11.340/2006, cunhada Lei Maria da Penha<sup>3</sup>.

Esta legislação própria fundamenta-se em normas e diretivas da Constituição da República, da Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher e da Convenção Interamericana para punir e erradicar a violência contra a mulher (BRASIL, 2006). Em suma, o que se pretendeu, à época, foi a caracterização desse tipo de violência como evidente violação de direitos humanos e, conseqüentemente, como uma realidade que carecia de mecanismos específicos que garantissem a devida proteção e ferramentas humanizadas para o atendimento das vítimas. É necessário dizer que, antes da elaboração da Lei 11.340/2006, havia uma banalização generalizada da violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, na medida em que grande parte dos fatos eram considerados de menor potencial ofensivo e, portanto, apurados, processados e decididos nos Juizados Especiais Comuns, segundo a Lei 9.099/1995. Percebe-se, pois, que a Lei 11.340/2006 significa, sem dúvida, uma grande conquista, a qual foi e continua sendo necessária no corpo social brasileiro, dada a garantia legislativa de proteção e de defesa de mulheres que são frequentemente vítimas de vários tipos de violência cometidos no ambiente doméstico e familiar (MENEGHEL *et al.*, 2011, p. 1-10).

---

3 Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de violência praticada por seu ex-marido que, por duas vezes, tentou assassiná-la. Ocorre que, após anos de julgamento, e mesmo diante de toda a inequívoca gravidade dos fatos, o criminoso ficou preso por apenas dois anos em regime fechado. Nesse contexto de extrema omissão e negligência do ente estatal, o Brasil sofreu condenação proferida pela OEA, que recomendou a criação de uma legislação que penalizasse especificamente a violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar (PARIZZOTO, 2018).

Ocorre, contudo, que a violência praticada no âmbito doméstico e familiar não se restringe àquelas vítimas que obedecem perfeitamente aos padrões de gênero naturalizados na sociedade. Enquanto o sujeito ativo pode ser qualquer sujeito, o sujeito passivo, na atualidade, tem sido um paradoxo, em especial para os operadores do Direito, mormente às dúvidas quanto à extensão do conceito de mulher e quanto à abrangência da Lei 11.340/2006<sup>4</sup>. A vítima pode ser, e infelizmente por muitas vezes é de fato, um sujeito transexual. Os dados apresentados neste artigo, vale esclarecer, dizem respeito somente aos crimes de homicídio, uma vez que este é o recorte das informações fornecidas pelo Grupo Gay da Bahia e extraídas do sítio eletrônico *Quem a homotransfobia matou hoje?*<sup>5</sup> (MICHELS, 2019), porém suficientes para demonstrar não apenas a emergência de transexuais como vítimas da violência perpetrada por namorados, companheiros, maridos, primos, tios, irmãos e, inclusive, pelos próprios genitores. Ratificam, também, a extrema vulnerabilidade de sujeitos transexuais no Brasil.

É preciso pontuar que ainda não existem dados estatísticos governamentais sobre os crimes de ódio, o que revela a invisibilidade institucionalizada da população transexual. Os números apresentados neste trabalho, inclusive, são fruto de subnotificações enviadas ao sítio eletrônico *Quem a homotransfobia ma-*

---

4 A Lei 13.641/2018 alterou a Lei 11.340/2006 para tipificar o crime de descumprimento das medidas protetivas de urgência. Acrescentou, para tanto, o artigo 24-A da aludida legislação, que preconiza: “Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. § 1<sup>a</sup>A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. § 2<sup>a</sup>Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. § 3<sup>o</sup>O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis” (BRASIL, 2018).

5 Esse sítio eletrônico sobre Direitos Humanos faz um levantamento estatístico de vítimas fatais do terror homotransfóbico no Brasil no período de 2010 a 2019. É uma fonte mantida pelo advogado Eduardo Michels, membro honorário do Grupo Gay da Bahia (GGB), criador e administrador da Hemeroteca e Banco de Dados Digital, que hospeda relatórios anuais e vários artigos sobre o tema, com atualização diária. Segundo consta, Quem a homotransfobia matou hoje? é o único banco de dados sobre o assunto no país. O endereço eletrônico é <https://homofobiamata.wordpress.com/>.

*tou boje?*, conforme notícias e informações publicadas na mídia, internet. Logo, os dados podem ter margem de erro se se considerar que muitos crimes sequer chegam a ser divulgados e devidamente apurados. E a falta de estatísticas governamentais, diferentemente do que acontece em outros países, é um limitador não apenas a este artigo, mas também representa a grave omissão inconstitucional do Estado brasileiro perante a violência transfóbica, somada àquela perpetrada no nicho doméstico e familiar. O que não se pode é desconsiderar que tais violências perfazem uma realidade que deve ser estudada e aprofundada, embora ainda permaneça estruturalmente e sistematicamente omitida pela sociedade e pelo poder público<sup>6</sup>.

A primeira busca no sítio eletrônico em análise teve o objetivo de demonstrar os dados da violência contra transexuais e travestis<sup>7</sup> nos anos de 2016<sup>8</sup>, 2017<sup>9</sup> e 2018<sup>10</sup>, em que foram contabiliza-

---

6 Em 2019, por meio do julgado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ADO 26, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, decidiu “a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei 9.868/1999; d) dar interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional [...]” (BRASIL, 2019). Evidentemente o protagonismo judicial materializado nessa decisão reflete um significativo avanço na garantia de direitos fundamentais à população LGBT. Entretanto, a falta de implementação de políticas públicas para que haja efetividade do julgamento é o novo desafio a ser articulado, ou seja, é o próximo passo para o alcance de resultados efetivos e de uma igualdade cidadã, uma vez que as práticas criminosas não são verdadeiramente combatidas apenas com alterações legislativas e/ou interpretativas.

7 A fonte consultada apresenta os dados de homicídios de transexuais e travestis conjuntamente, razão por que assim foram reproduzidos neste ensaio.

8 Vide <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>

9 Vide <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>

10 Vide <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>

dos, respectivamente, 144, 191 e 164 assassinatos. Em 2019<sup>11</sup>, até maio, foram registradas 52 mortes de transexuais. Em 2017, foram assassinadas 178 travestis e mulheres transexuais e 13 homens transexuais. Em 2018, morreram 72 mulheres transexuais e seis homens transexuais. Os mencionados homicídios se apresentam sob a perspectiva da profissão, cor, idade, perfil regional, causa e local da morte. Entretanto, esses dados são retratados de maneira conjunta, o que não permite a investigação específica sobre sujeitos transexuais.

A coleta de dados, na segunda fase do artigo, restringiu-se a homicídios contra sujeitos transexuais praticados por namorados, ex-namorados, maridos, ex-maridos, companheiros, ex-companheiros e familiares. O objetivo do trabalho foi demonstrar a existência de transexuais como vítimas de violência fatal no âmbito doméstico e familiar e a omissão do ente estatal em casos ocorridos em 2016, 2017 e 2018. A delimitação temporal, conforme explanado, justifica-se pelo fato de que nesse período se confirmam tais situações no mundo fático e, dessa forma, se pode sustentar a discussão da necessidade de aplicação da Lei 11.340/2006 a sujeitos transexuais em busca de uma igualdade cidadã.

No sítio eletrônico *Quem a homotransfobia matou hoje?*, em 2016, foram extraídos cinco homicídios praticados contra mulheres transexuais no âmbito doméstico e familiar. Em Valinhos, São Paulo, M. Geremias foi assassinada pelo companheiro aos 37 anos de idade, por ciúmes. Patrícia Tavares recebeu várias facadas do próprio namorado com quem se relacionava havia quatro anos, em Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, dentro da residência da vítima. Outro caso é a morte de Bebel, de 45 anos de idade, na cidade de Florença, Itália. Segundo consta, o namorado da vítima foi preso depois de a esfaquear dentro de uma casa. Júlia Sofia foi morta aos 20 anos de idade dentro da re-

---

11 Vide <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/07/relatc3b3rio-ggb-parcial-2019-3.pdf>



sidência onde ela e o companheiro residiam, em Natal, Rio Grande do Norte. Conforme noticiado, a vítima era constantemente violentada e extorquida para sustentar a dependência química de seu algoz, preso em flagrante. Aola Bracho, cabeleireira, foi estrangulada aos 25 anos de idade por três rapazes com os quais residia em Manaus, Amazonas. Tais delinquentes valeram-se de um cinto para sufocá-la até a morte. Destaque-se que, pouco antes do crime, os assassinos acompanharam a vítima até a residência da mãe dela para que todos pudessem se alimentar.

Em 2017, no sítio eletrônico *Quem a homotransfobia matou boje?*, foram extraídos cinco homicídios perpetrados em contexto de violência doméstica e familiar. Camila foi encontrada morta aos 45 anos de idade, em São Paulo, por funcionário de um hotel que estranhou quando viu o acompanhante dela indo embora sozinho depois de ambos aparentemente terem buscado uma noite romântica e que, não se sabe o motivo, terminou em morte. Feitas as investigações e realizado o retrato falado, o suspeito foi preso e confessou o crime. Em outro caso, uma transexual não identificada foi alvejada por disparos de arma de fogo na cidade de Santo Antônio, zona da mata de Pernambuco. Segundo o 21.º Batalhão da Polícia Militar, um irmão da vítima prestou depoimento horas depois do assassinato. Daniele Jesus Lafon, 47 anos de idade, foi morta a tesouradas em Poços de Caldas, Minas Gerais. O principal suspeito do crime, praticado com requintes de crueldade, é o companheiro dela. Michele foi assassinada com um tiro no pescoço aos 47 anos de idade em Cuiabá, Mato Grosso, pelo próprio companheiro. Populares acionaram a polícia depois de encontrarem o corpo da vítima no chão de uma residência, já que uma equipe do Samu esteve no local e constatou a morte dela.

Em 2018, também no sítio eletrônico *Quem a homotransfobia matou boje?*, foram encontrados ao menos seis homicídios praticados contra mulheres transexuais no ambiente doméstico e familiar. O primeiro caso, no Estado do Maranhão, na cidade de

Pardo, a vítima foi praticamente degolada pelo facão do namorado dela. O segundo caso ocorreu em Barra dos Garças, no Estado do Mato Grosso, e a vítima teria sido morta pelo namorado. O terceiro caso é o de uma trans assassinada em Ibicaraí, Bahia, aos 17 anos. Os principais suspeitos desse assassinato são os próprios irmãos da vítima, que não aceitavam a transexualidade dela. O quarto caso, no Estado de Sergipe, diz respeito a uma jovem trans espancada e asfixiada dentro da própria casa. Sabe-se que essa vítima vinha de um contexto de constante violência doméstica e familiar praticada por parentes. O quinto caso, em Venâncio Aires, Rio Grande do Sul, decorrente de transfobia cultural, o corpo foi achado onde a vítima residia sozinha. O sexto caso aconteceu em São Paulo, onde uma jovem transexual foi morta a vassouradas pelo ex-marido.

Dos fatos concretos relacionados, pelo menos 16 casos são de mulheres transexuais mortas por namorados, companheiros, ex-companheiros ou parentes. Num primeiro momento, até pode parecer baixo, em virtude da extensão territorial do Brasil. Contudo, existem outros tipos de violência praticáveis no âmbito doméstico e familiar, como agressões físicas, psicológicas, patri-moniais, morais, sexuais e verbais, os quais não se encontram contabilizados na fonte de pesquisa, que se restringe a homicídios, mas que corriqueiramente estão presentes na vida das mulheres transexuais.

Pelos dados, o despontamento de sujeitos que não se enquadram nos exatos moldes hegemônicos sobre o gênero então universalizado no Estado moderno tem elevado o debate acerca deste binarismo no ordenamento jurídico positivado. O aparato normativo em vigor assenta-se no binômio homem/mulher para atribuir direitos e deveres, excluindo, assim, grupos e sujeitos que escapam aos padrões institucionalizados, como também reproduz a dicotomia consubstanciada na universalidade *versus* subalternidade (SANTOS, 2009, p. 458). Para piorar, os algozes

---

de homens e mulheres transexuais, por vezes, são parceiros amorosos e parentes, fato que comprova, na prática, que esta minoria se encontra elevadamente desamparada, na medida em que a discriminação e as mais diversas violências vão além das relações sociais no mundo, adentrando nas residências e intimidades e estão, assim, presentes nos laços familiares e afetivos, onde, ao revés, deveria haver suporte e acolhimento no processo de formação e convivência terna (MARRA, 2017, p. 97).

Nesse contexto, enquanto uma parte da população é abrangida e protegida pela legislação nacional especializada, outra parte encontra-se à margem tão somente porque não está adaptada às definições de gênero culturalmente impostas. Como as legislações, no Brasil, estabelecem comandos, vedações, direitos e deveres a homens e mulheres, é sabido que sujeitos transexuais, por não integrarem tais categorias de gênero supostamente universais, são deixados à margem do sistema jurídico positivado. A consequência disso é a falta de garantias legais, as quais, ao contrário, dever-lhes-iam ser próprias pela condição humana (MARRA, 2017, p. 101). Nessa trilha, os sujeitos transexuais, comumente vítimas de violência doméstica e familiar, seja pela intolerância de suas famílias, seja pela violência perpetrada por companheiros, namorados e maridos, são colocados à perigosa discricionariedade dos operadores do Direito e da atuação contramajoritária do Judiciário no tocante à (in)aplicação da Lei 11.340/2006. Diante de tal conjuntura, o presente artigo debruça-se, adiante, à análise das principais decisões judiciais que consideram transexuais como vítimas de violência doméstica e familiar.

Tais decisões se restringem àquelas que constam nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), do Distrito Federal (TJDF), de São Paulo (TJSP) e do Rio de Janeiro (TJRJ). No do TJMG, mesmo sem a delimitação de tempo específica, nenhum acórdão ou decisão monocrática foi encontrada. Consta apenas uma sentença acerca de transexual e violência doméstica.

No entanto, a referida decisão não serve como objeto de estudo porque o transexual supostamente seria o sujeito ativo do delito e não a vítima. Observa-se que, embora a violência doméstica e familiar ocorra constantemente contra sujeitos transexuais por todo o Brasil, inclusive tendo sido constatado ao menos um caso na cidade de Poços de Caldas, Minas Gerais, o Judiciário mineiro não atuou no julgamento dessas demandas devido a três principais fatores: à divulgação recente de situações desta natureza que antes eram completamente ocultadas, ao conservadorismo institucional que, conforme pesquisa acadêmica, verificou pouquíssimas causas relativas à transexualidade e, ainda, à própria dificuldade em se apurar e materializar os fatos desde a fase investigativa, haja vista a falta de investimentos básicos tanto na estrutura quanto na capacitação de profissionais.

Por sua vez, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), em pesquisa com os marcadores transexual e violência doméstica, verificou-se, numa decisão proferida em 5 de abril de 2018, que a Lei 11.340/2006 não discrimina a diversidade sexual e de gênero, de sorte que a proteção legal deve ser atribuída à vítima, uma transexual mulher, permanecendo o feito sob a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar. Segundo consta, o Ministério Público interpôs recurso contra juízo do Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Águas Claras, que declinou da competência em prol da Vara Criminal de mesma circunscrição. Sustentou-se que a competência para processar o feito seria da Vara Criminal Comum, porque não houve alteração do patronímico averbado no registro civil.

A decisão proferida pelo relator George Lopes, em sede de Recurso em Sentido Estrito, RSE 1089057, trouxe os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal principalmente quanto à possibilidade de alteração do prenome e do designativo do sexo sem a necessidade da cirurgia de

transgenitalização, decisões importantíssimas por reconhecerem efeitos jurídicos às opções dos sujeitos transexuais. Nesse sentido, a autodefinição do gênero de cada sujeito deve ser acompanhada e não tolhida pelos institutos jurídicos, de modo que é o Direito que acompanha a realidade, social e livremente exercida, e não o oposto. Especificamente em relação à aplicação da Lei 11.340/2006 a sujeitos transexuais, o relator afirmou

No caso deste feito, discute-se a ocorrência de violência baseada no gênero feminino da vítima, estipulada como pressuposto de aplicação da Lei Maria da Penha, conforme seu artigo 5º. A controvérsia não é simples, mas pode ser solucionada a partir dos mesmos preceitos utilizados pelos julgados expostos. O gênero feminino da vítima parte de sua liberdade de autodeterminação, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se veste e pela maneira como deseja ser tratada em suas relações. Assim, ela se identifica como Raquel, e não como Raul, modo pelo qual se reconhece e deseja ser tratada socialmente. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções postas à sua disposição para que exerça de forma plena e sem constrangimentos sua liberdade de escolha, não se tratando de condicionantes para que seja considerada mulher. Além disso, uma vez que se apresenta dessa forma, a vítima também carrega consigo todos os estereótipos de vulnerabilidade e sujeição voltados ao gênero feminino, combatidos pela Lei Maria da Penha. Admitida socialmente como Raquel, a ela se aplicam vários dos mecanismos de posse e submissão que justificam a incidência do diploma mais protetivo. Observem-se especialmente as atitudes do ex-companheiro, que sempre foi ciumento e a agredia física e moralmente; recusou-se a sair de casa após o fim do relacionamento; controlava seus hábitos e impedia que trabalhasse, em clara dinâmica de relacionamento abusivo, tão observada nos feitos dessa espécie. Há suspeitas, inclusive, de que as agressões tratadas por este inquérito ocorreram depois que a vítima chegou em casa tarde, porque havia saído para beber com as amigas sem dar satisfações ao agressor. Negar incidência da Lei Maria da Penha, nesta hipótese, é observar a dupla fragilidade da vítima - por ser mulher e por ser

transgênero - sem garantir-lhe qualquer forma especial de tutela (TJDF, 1.<sup>a</sup> Turma Criminal, RSE 1089057/DF, relator George Lopes, julgamento em 5.4.2018, publicação no DJe em 20.4.2018).

Destaque-se que a vítima do caso em julgamento possui todos os estereótipos de vulnerabilidade e sujeição voltados ao gênero feminino, assim protegidos pela legislação especializada. É nesse sentido que o relator afastou a argumentação de que a incidência da Lei Maria da Penha seria uma analogia contra o réu, pois o legislador elegeu como objeto de proteção, ao utilizar a expressão gênero, a própria noção do feminino e não somente o sexo biológico (RSE 1089057, 2018). Nesse ponto, inclusive, o relator mencionou os ensinamentos de Cláudia Tannuri e Daniel Huddler, os quais esclarecem

Por este prisma, poder-se-ia cogitar que trazer a transexual feminina como sujeito passivo equivaleria a ampliar as hipóteses de incidência da norma penal... prejudicando ainda mais a condição do sujeito ativo apenas com base em situações análogas vivenciadas pelas transexuais... Contudo, ao contrário daquele pensamento, a questão que surge e que tem maior relevância não é a analogia propriamente dita... e sim qual o sentido jurídico das palavras "mulher" e "gênero". Para sustentar aquela tese, deve-se assumir de pronto que não se permite interpretação extensiva no Direito Penal e que existem acepções contraditórias, opostas e setORIZADAS para tais termos, ou seja, uma na seara cível e outra completamente diferente na seara penal. É assumir, em última análise, que a transexual pode até ser mulher ou pertencer ao gênero feminino para o Direito Civil, mas não para o direito como um todo, pois não será para o direito penal [...] Afinal, a definição do estado da pessoa, nome, sexo, gênero, não pertencem com exclusividade a essa ou aquela matéria, mas estão intrinsecamente ligados ao que se convencionou chamar de "direito constitucionalizado"... o que permite, a nosso sentir, a atualização terminológica de dispositivos que definem o sentido e alcance das palavras "mulher" e "gênero" em consonância com a Constituição [...] (TANNURI; HUDLER, 2015, p. 105).

Portanto, com base nos argumentos acostados, o relator deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito para reformar a decisão de primeiro grau que declinou da competência para a Vara Criminal Comum, retornando-se os autos à competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar e, assim, aplicando-se as normas tutelares da Lei Maria da Penha, uma vez que é perfeitamente possível a interpretação extensiva da legislação especializada a mulheres transexuais, sem que isso resulte em qualquer analogia inconstitucional.

No sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em sede de Mandado de Segurança, MS 2097361-61.2015.8.26.0000, constatou-se, em 8 de outubro de 2015, concessão de medidas favoráveis a uma mulher transexual. Segundo a decisão, a Lei 11.340/2006 destina-se à proteção contra a violência de gênero, motivo pelo qual o sujeito, ainda que tenha nascido com as características morfológicas do sexo masculino, mas que se identifica social e psicologicamente com o gênero feminino, faz jus às medidas protetivas previstas na legislação especializada. Na oportunidade, a relatora Ely Amioka afirmou

Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais GABRIELA não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui GABRIELA pode ser considerada mulher. A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS. Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero fe-

---

minino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido [...] É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de RAFAEL, que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação. GABRIELA sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso (TJSP, 9.<sup>a</sup> Câmara Criminal, MS 2097361-61.2015.8.26.0000/SP, relatora Ely Amioka, julgamento em 8.10.2015, publicação no DJe em 16.10.2015).

Pelo exposto, a Lei 11.340/2006 deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o julgado, a legislação especializada não visa apenas à proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero. Se o gênero da vítima no presente caso é feminino, o que se revela pela forma que a vítima se apresenta social e psicologicamente, e, ainda, se há um contexto fático que preenche os requisitos legais, como no caso, a aplicação da Lei Maria da Penha é a medida mais adequada.

Ademais, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), na Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Gonçalo, processo criminal 0018790-25.2017.8.19.0004/2017, o juiz de primeiro grau decidiu pela aplicação de dispositivos da Lei 11.340/2006 a favor de uma mulher transexual. No julgamento, o magistrado concedeu medidas protetivas à vítima em face de sua mãe a ter sistematicamente violentado durante anos, e chegou ao ponto de ser impelida a uma internação compulsória articulada pela própria genitora. A clínica de reabilitação foi acionada em virtude do inconformismo com o fato de a filha ser transexual. Os principais argumentos do juiz André Luiz Nicolitt foram

Nota-se pela narrativa dos fatos que, ao menos em tese, está ilustrado um típico caso de reprodução da cultura machista e



patriarcal arraigada em nossa sociedade, de modo que deve a pessoa aceitar o sexo biológico “escolhido por Deus”. Verifica-se que a vítima, já internada na clínica, foi submetida a uma série de constrangimentos, tendo inclusive sido “raspado” seu cabelo (fl. 05), em clara violação aos direitos fundamentais, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, III, da CRFB [...] Daí se extrai uma integração dos direitos fundamentais, iniciando pela afirmação da integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua individualidade, seguindo com a garantia da identidade e integridade da pessoa através do desenvolvimento de sua personalidade e passando à chamada libertação da angústia da existência da pessoa, libertação essa através de mecanismos sociais de providências que garantam possibilidade de condições mínimas existenciais [...] No caso em tela, verifica-se que a genitora da vítima desrespeitou gravemente a identidade de gênero assumida por sua filha, internando-a em clínica de outro Estado, privando-a do convívio com sua companheira e afastando-a dos demais entes familiares e de seus amigos. Com efeito, apesar de não ter sido submetida ainda à cirurgia de transgenitalização, a vítima se considera mulher. As novas estéticas e temáticas ligadas à diversidade e à liberdade sexual não têm sido resolvidas pelo direito, até mesmo porque exigem uma análise interdisciplinar, o que é de certo modo uma novidade no mundo jurídico, que sempre ostentou uma certa pretensão de completude [...] A requerente se veste como mulher, se identifica socialmente como mulher, ingere medicamentos hormonais femininos, ou seja, se vê e se compreende como mulher, não possuindo terceira pessoa autoridade para a designar de outra forma [...] De nossa parte, a LMP cuidou da violência baseada no gênero e não vemos qualquer impossibilidade de que o sujeito ativo do crime possa ser uma mulher. Isso porque a cultura machista e patriarcal se estruturou de tal forma e com tamanho poder de dominação que suas ideias foram naturalizadas na sociedade, inclusive por mulheres [...] Diante de tais argumentos, não vislumbramos razão para excluir da requerente as medidas protetivas da Lei Maria da Penha [...] (TJRJ, Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Gonçalo, processo criminal 0018790-25.2017.8.19.0004, juiz André Luiz Nicolitt, julgamento em 26.5.2017, publicação no DJe em 29.5.2017).

Verifica-se, da decisão proferida pelo magistrado, que a cultura responsável por subjugar a mulher não se limita ao sexo biológico, mas, sim, avança por meio de uma estrutura social que faz com que todos os sujeitos que se identificam com os comportamentos atribuídos ao gênero feminino também se encontrem numa posição de vulnerabilidade. Tratando-se o caso de um contexto de violência familiar motivada pelo desrespeito à identidade de gênero do sujeito, não subsiste motivo para afastar a concessão de medidas protetivas de urgência da Lei 11.343/2006. Ao revés, como a genitora da vítima mantinha um comportamento intolerante à orientação sexual e ao gênero adotado pela filha, a ponto de interná-la compulsoriamente com o objetivo de tratar um suposto transtorno, alternativa não resta senão a aplicação das medidas protetivas cabíveis, mesmo que o sujeito ativo do crime seja uma outra mulher.

A partir das decisões extraídas do TJDF, TJSP e TJRJ, percebe-se a possibilidade de aplicação da Lei 11.340/2006 a mulheres transexuais violentadas por companheiros, ex-companheiros e parentes. Os principais fundamentos utilizados em cada situação fática perpassaram principalmente a destinação da lei a quem se identifica com o gênero feminino, ainda que não se tenha nascido no corpo de mulher e, também, sobre o ambiente doméstico e familiar em que tais violências ocorreram. Tratando-se de um contexto real que atenda aos requisitos preconizados na legislação especializada, os operadores do Direito, exercendo um papel contramajoritário por meio do Judiciário, entenderam pela incidência da Lei 11.340/2006 a sujeitos transexuais. Ademais, verifica-se que nas decisões do TJDF e TJSP as autoridades inauguraram a perspectiva interpretativa da norma ao levantarem a noção de interpretação extensiva da Lei Maria da Penha ao aplicá-la também a mulheres transexuais.

Os operadores do Direito, quando lançam mão do viés interpretativo da legislação especializada, ascendem, ainda que ligeiramente, a hipótese do presente artigo, consubstanciada na

proposta de uma hermenêutica constitucionalizada da Lei Maria da Penha. O que se pretende, adiante, é demonstrar que o reconhecimento da diversidade como pressuposto da igualdade é fundamental para a compreensão dos sujeitos transexuais como possíveis vítimas da violência doméstica e familiar e, portanto, também como destinatários da Lei 11.340/2006. Com efeito, busca-se a desocultação dos sujeitos transexuais, afastando-se, por meio da hermenêutica, qualquer omissão, subalternidade ou discriminação sustentada pelo ordenamento jurídico escrito e literal, de forma que seja fundamentadamente garantida a incidência da respectiva lei à população transexual.

#### 4. Conclusão

O ordenamento jurídico positivado baseia-se em paradigmas da modernidade que naturalizam relações e comportamentos. No tocante à diversidade de gênero no Brasil, a naturalização de relações binárias, como se existisse apenas o binômio homem/mulher, cada qual com definições estáticas, perfeitas e acabadas, impõe maneiras preestabelecidas de ser e estar no mundo em detrimento de tantas outras formas que escapam aos padrões supostamente universais. Considerando que o Direito não acompanha em igual medida os influxos sociais, o que se confirma pelas limitações do Legislativo, percebe-se que, para além das alterações das normas postas, a garantia de direitos fundamentais a sujeitos transexuais depende de teorias interpretativas do Direito. A partir de uma terceira dimensão do princípio da igualdade, calcada no reconhecimento da diversidade, é que os sujeitos transexuais serão considerados iguais quando a diferença os inferioriza, e diferentes quando a homogeneização os subverte.

Nesse sentido, a compreensão do sujeito transexual como sujeito de direitos extrapola a versão positivada do texto legal e, sob tal lógica, nos casos concretos judicializados, depende de um exercício hermenêutico constitucionalizado da Lei 11.340/2006.

Reconhecer que o sistema jurídico pátrio, quando percebido como um todo não estático e fruto de uma sociedade aberta e dinâmica, respalda a preservação das diversidades e, simultaneamente, permite aos operadores do Direito lidarem com as teorias interpretativas de modo a abarcar transexuais vítimas de violência doméstica e familiar como destinatários da legislação especializada. Logo, a ideia de transexuais como sujeitos de direitos e perfeitamente abrangidos pela lei, alinha, pela via da hermenêutica constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro à perspectiva atual de pluralismo e do Estado Democrático de Direito, afastando qualquer subalternidade, marginalidade e desarrazoada inconstância jurídica.

A atuação contramajoritária do Judiciário estada em uma hermenêutica constitucional da Lei 11.340/2006 considera as transformações sociais e a emergência de novos sujeitos e, portanto, de novos direitos. O fundamento das decisões perpassa, inicialmente, a interpretação extensiva do conceito de mulher, conferindo às mulheres transexuais as medidas de tutela preconizadas nessa lei. Isso introduz, na prática, a noção inicial de uma hermenêutica constitucionalizada para transexuais vítimas de violência doméstica e familiar, visto que se propõe a ampliar a extensão do conceito de mulher em conformidade à identificação com o gênero feminino. As decisões também aprofundam o viés de que o aparato normativo brasileiro, então formado por normas jurídicas nacionais e internacionais, ergue o reconhecimento da diversidade como um pressuposto para a realização efetiva do princípio da igualdade.

Importa frisar que a incidência da Lei 11.340/2006 fica limitada à identificação do sujeito com o gênero feminino. Por um lado, mulheres transexuais estão abrangidas pela legislação, ainda que existam dificuldades práticas. Por outro lado, o homem transexual, mesmo que se encontre vulnerável no caso concreto, por não se reconhecer como mulher, deixa de preencher a condição de identidade com o gênero feminino, perdendo, pois, os direitos

previstos nessa lei. Justificar isso exige retomar o movimento de luta empreendido ao longo de muitos anos pelas mulheres, as quais, ressalte-se, foram e são, até hoje, social e historicamente subjugadas e inferiorizadas na sociedade. Diariamente, há notícias de crimes passionais praticados contra sujeitos do gênero feminino. Logo, a aplicação indistinta para todos aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade no nicho doméstico e familiar desemboca na perda do objeto da referida lei. Outrossim, entende-se pela inaplicabilidade da Lei 11.340/2006 aos homens transexuais, visto que, em se tratando de sujeitos com identidade masculina e, conseqüentemente, diversa daquela abarcada pela legislação especializada, não há do que se sustentar a sua incidência.

Conclui-se que a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada a todos os sujeitos que se identificam com o gênero feminino, embora tenham nascido com características morfológicas do sexo masculino, ainda que não tenham realizado a cirurgia de transgenitalização. Às mulheres transexuais vítimas de violência doméstica e familiar deve ser garantido o status constitucional de sujeito de direitos. E, assim, em simetria aos argumentos utilizados pela desnecessidade de adequação do sexo para alteração dos registros civis, é que se norteia aplicá-la a transexuais. A garantia das condições existenciais mínimas para uma vida digna, a preservação da individualidade e da autonomia, a perspectiva ampla do aparato normativo, o reconhecimento de que são igualmente destinatários das normas jurídicas e, inclusive, das tutelas de proteção legislativas, asseguram a incidência dessa lei a mulheres transexuais vítimas de violência doméstica e familiar.

## 5. Referências

AGUINSKY, B. G.; FERREIRA, G. G.; RODRIGUES, M. C. Travestis e segurança pública: as performances de gênero como experiências com o sistema e a política de segurança no Rio Grande do Sul. *Textos & Contextos*. Porto Alegre: v. 12, n. 1, p. 47-54, 2013.

ÁRAN, M. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Revista Ágora*. Rio de Janeiro: v. IX, n. 1, p. 49-63, 2006.

ÁRAN, M.; MURTA, D.; Zaidhaft, S. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. *Psicologia & Sociedade*. Rio de Janeiro: p. 70-79, 2008.

ABLGT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos. Disponível em: < <https://www.abglt.org/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BAHIA, A. M. F. M. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. *Revista de informação legislativa*. Brasília: v. 47, n. 186, p. 89-106, 2010.

\_\_\_\_\_. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. (orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73-98, 2014.

\_\_\_\_\_. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: v. 18, n. 116, p. 481-506, 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018.

BRASIL. Assembleia Geral da OEA sobre a Resolução sobre os direitos das pessoas LGBT. Disponível em: <[otdchile.org/assembleia-geral-da-oea-aprova-resolucao-sobre-os-direitos-das-pessoas-lgbtis/](http://otdchile.org/assembleia-geral-da-oea-aprova-resolucao-sobre-os-direitos-das-pessoas-lgbtis/)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Código de Direito Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Carta da Diversidade - Plataforma Nacional dos Direitos Humanos e de Cidadania das Pessoas LGBTI+ na Agenda Legislativa e de Litigância estratégica. Disponível em: <[http://www.aids.gov.br/sites/default/files/noticia/2017/64955/minuta\\_da\\_carta\\_da\\_diversidade\\_plataforma\\_direitos\\_lgbti.pdf](http://www.aids.gov.br/sites/default/files/noticia/2017/64955/minuta_da_carta_da_diversidade_plataforma_direitos_lgbti.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Código de Direito Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Código de Direito Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Código de Direito Processual Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 8.272, de 28 de abril de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Decreto/D8272.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Decreto/D8272.htm)>. Acesso em: 6 jun. 2017.

BRASIL. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.faap.br/responsabilidadesocial/pdf/carta\\_onu.pdf](http://www.faap.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 6 jun. 2017.

---

BRASIL. Lei 13.641, de 3 de abril de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2019.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer n.º 116706/2015 - ASJCIV/SAJ/PGR no Recurso Extraordinário 845.779. Disponível em: <[www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-22-de-05-11-2015/docs/RE\\_845779-Versao\\_Final.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-22-de-05-11-2015/docs/RE_845779-Versao_Final.pdf)> Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 7.551 de 2014. Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DABB9303F1AD374D5AD3A8E8CD72CB0D.proposicoesWebExterno1?codteor=1252820&filename=Tramitacao-PL+7551/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DABB9303F1AD374D5AD3A8E8CD72CB0D.proposicoesWebExterno1?codteor=1252820&filename=Tramitacao-PL+7551/2014)>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. Resolução CME/BH 002/2008. Conselho Municipal de Educação de Belo Horizonte. Disponível em: <[file:///C:/Users/FABIANE/Downloads/RESOLUCAO\\_CME-\\_Belo\\_Horizonte%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/FABIANE/Downloads/RESOLUCAO_CME-_Belo_Horizonte%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Resolução SAP - 11, de 30 de janeiro de 2014. Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/CPDS/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1561933. Relator: ministro Paulo Tarso Sanseverino. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75944354&num\\_registro=201500444061&data=20180423&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75944354&num_registro=201500444061&data=20180423&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1626738/RS. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transexuais&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

---



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF. Relator: ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TRANSEXUAIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7dpqsf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.107/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+126107.NUME.%29+E+S.PRES.&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/kmde8ts>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 670.422. Relator: ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845.779. Relator: ministro Roberto Barroso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 10 mai 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 1.<sup>a</sup> Turma Recursal Recurso em Sentido Estrito. Disponível em: <[file:///C:/Users/FA-BIANE/Downloads/1089057%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/FA-BIANE/Downloads/1089057%20(2).pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1.<sup>a</sup> Vara Criminal, de atos infracionais da infância e da juventude e de cartas precatórias criminais da Comarca de Alfenas. Sentença. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/downloadArquivo.do?sistemaOrigem=1&codigoArquivo=3891091&hashArquivo=-c63af90648064eb73facf8ec1b8ff0be>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal Comarca de São Paulo - Mandado de Segurança. Disponível em: <[file:///C:/Users/FABIANE/Desktop/TJSP\\_AcordaoMS\\_0810210LMPtrans.pdf](file:///C:/Users/FABIANE/Desktop/TJSP_AcordaoMS_0810210LMPtrans.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. I Juizado Especial Criminal de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-rj-autoriza-medida-protetiva.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINAÇÃO E INTOLERÂNCIA. Disponível em: <<http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=AG/doc.&class-Num=5374&lang=p>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

FERNANDES, B. G. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod\\_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2019.

---

GGB - GRUPO GAY DA BAHIA. Disponível em < <http://www.ggb.org.br/welcome.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

GONÇALVES, C. J. M. A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão. 2012. Tese (doutorado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. Transexualidade e Direitos Humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os Direitos da Personalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

GUSTIN, M. B. S. (Re) pensando a pesquisa jurídica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MARRA, F. B. A insuficiência dos paradigmas da modernidade frente à diversidade e seus reflexos no tocante a transexuais vítimas de violência doméstica e familiar no Brasil. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XXVI, 2017, São Luís. Anais. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2017, p. 90-110.

MENEGHEL, S. N. et al. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: v. 18, n. 3, p. 1-10, 2013.

MICHELS, Eduardo. Quem a homotransfobia matou hoje?. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

MUNIZ, M. Filho de militar perde a pensão após mudança de gênero. Jota, São Paulo, 15 set. 2007. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/filho-de-militar-perde-pensao-apos-mudanca-de-genero-15092017>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

PARIZZOTO, N. R. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: a reatualização do conservadorismo. São Paulo: v. online, n. 132, p. 287-305, May/Aug 2018.

SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. Epistemologias do Sul. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2009. Disponível em: <[http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias\\_do\\_sul\\_boave%20ntura.pdf](http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boave%20ntura.pdf)>. Acesso em: 16 jul. 2018.

SANTOS, B. S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (org). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 11-32. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>. Acesso em: 13 jun. 2018.

TANNURI, C. A.; HUDLER, D. J. A aplicação da Lei Maria da Penha como forma de proteção às transexuais femininas: uma questão de gênero e dignidade. In: Revista IBDFAM: Família e Sucessões, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 12, p. 95-111, 2015.

TORRES, M. M. Direito fundamental à diferença. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre: v. 1, n. 2, p. 1-23, 2012.

TORRES, M. A. A emergência de professoras travestis e transexuais na escola: heteronormatividade e direitos nas figurações sociais contemporâneas. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

---

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Trad. José Carlos Bruni, 2 ed., São Paulo: Editora Cultural, 1980.

ZERBINATI, J. P. Desvelando a vivência transexual: gênero, criação e constituição de si mesmo. 2017. Trabalho de conclusão de mestrado em Educação Sexual - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho, Araraquara.

ZILLES, U. A modernidade e a Igreja. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=I3h-cEV-1ogC&oi=fnd&pg=PA7&dq=ZILLES,+Urbano.+A+modernidade+e+a+Igreja.+&ots=b-n-5T7N3sp&sig=rm0vHEkff7PsdHDAeYQD\\_bkc1a8#v=onepage&q=ZILLES%2C%20Urbano.%20A%20modernidade%20e%20a%20Igreja.&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=I3h-cEV-1ogC&oi=fnd&pg=PA7&dq=ZILLES,+Urbano.+A+modernidade+e+a+Igreja.+&ots=b-n-5T7N3sp&sig=rm0vHEkff7PsdHDAeYQD_bkc1a8#v=onepage&q=ZILLES%2C%20Urbano.%20A%20modernidade%20e%20a%20Igreja.&f=false)>. Acesso em: 30 de jul. 2017.

ŽIŽEK, S. Violência: seis reflexões laterais. Trad. Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014. Resenha de: FERREIRA, M. Revista de Políticas Públicas, v. 18, n. 2, p. 539-542, 2014.

Artigo recebido em 3/6/2019

Artigo aprovado em 2/7/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200007

**309 - 338**  
Artigo

**LIVRE PARA FALAR, OUVIR E SORRIR:  
SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE  
E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

CLEBER COUTO

# LIVRE PARA FALAR, OUVIR E SORRIR: SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

FREE TO SPEAK, HEAR AND SMILE:  
RIGHTS OF PERSONALITY AND FREEDOM OF EXPRESSION

**CLEBER COUTO**

Promotor de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
ccouto@mpmg.mp.br

**RESUMO:** O debate acerca dos potenciais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade é bastante conhecido na doutrina e na jurisprudência. A Constituição Brasileira de 1988 foi enfática na proteção da liberdade de expressão. Da mesma forma, estabeleceu extenso rol de direitos fundamentais relacionados à dimensão existencial da subjetividade humana, chamados de direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos da personalidade; liberdade de expressão; direito de crítica; direito de sátira; direito ao esquecimento.

**ABSTRACT:** The debate about potential conflicts between freedom of expression and personality rights is well known in doctrine and jurisprudence. The Brazilian Constitution of 1988 was emphatic in the protection of freedom of expression. Similarly, the Constitution has established an extensive list of fundamental rights related to the existential dimension of human subjectivity, called personality rights. However, no constitutional right is absolute, in the light of the Brazilian legal order.

**KEYWORDS:** personality rights; freedom of expression; Right of criticism; right of satire; Right to oblivion.

**SUMÁRIO:** 1. Direitos da personalidade; 2. Direito à integridade psíquica e moral; 3. Liberdade de expressão; 4. Conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão; 5. Direito ao esquecimento; 6. Conclusão; 7. Referências.

## 1. Direitos da personalidade

Sob a óptica civilista, os direitos fundamentais relacionados à dimensão existencial da subjetividade humana são denominados direitos de personalidade, os quais formam um conjunto de direitos subjetivos, sendo instrumentos essenciais ao desenvolvimento e à plena realização da pessoa humana.

Tradicionalmente, a doutrina<sup>1</sup> costuma dividir os direitos da personalidade em três blocos: i) *direito à integridade física* (direito ao próprio corpo); ii) *direito à integridade psíquica/moral* (honra, imagem, intimidade e vida privada); iii) *direito à integridade intelectual* (proteção às manifestações do intelecto). Todavia, os direitos da personalidade não se esgotam nesses três blocos. Em outras palavras, essa enumeração é meramente exemplificativa.

Os direitos da personalidade enumerados pelo Código Civil não excluem outros derivados da cláusula geral de tutela da pessoa humana contida no art. 1.º, III, da Constituição Federal – princípio da dignidade humana. Daí a íntima relação dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que os direitos da personalidade decorrem e são instrumentos de realização da dignidade humana.

## 2. Direito à integridade psíquica e moral

Dentro dos direitos da personalidade, direitos ligados à proteção da integridade moral e psíquica do indivíduo, como os direitos à honra, à imagem, bem como intimidade e vida privada, possuem inegável estatura constitucional, como se observa no art. 5.º do cap. X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O *direito à imagem* compreende a exteriorização, sinais pessoais de natureza física pelos quais a pessoa possa ser reconhecida<sup>2</sup>. Abrange a imagem-retrato e a imagem-voz. Há quem defenda, elastecendo o conceito de imagem, a *imagem-atributo*, em que características não físicas identificam a pessoa (orientação sexual, identi-

---

1 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 213.

2 CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.



dade de gênero, ideologia política, etc.). Peculiares à apresentação e à identificação social, qualificativos sociais, comportamentos reiterados, permitem identificar uma pessoa. Não se confunde com a imagem exterior. Cuida, na verdade, de seu retrato moral<sup>3</sup>.

Autônomo, o direito à imagem independe de atingir a honra ou qualquer outro direito da personalidade. O seu uso não autorizado implica, a princípio, violação. Mesmo que não seja destinado a fins comerciais ou que não ofenda a honra da pessoa, a imagem alheia não pode ser utilizada, em regra, sem autorização do seu titular. Mas haverá casos permissivos de veiculação da imagem sem autorização.

O dano à imagem restará configurado quando houver a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente de lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano. É firme a jurisprudência de que os danos morais em virtude de violação do direito à imagem decorrem do próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de dano ou prejuízo, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*.

A *privacidade* reconhece a existência de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada pessoa. Aí estão incluídos fatos e comportamentos que geralmente ocorrem no âmbito doméstico ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas, etc. O direito à privacidade é conceito amplo que abrange a *intimidade* e a *vida privada*<sup>4</sup>.

---

3 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 32.

4 De acordo com o direito de autodeterminação e controle sobre os dados pessoais, a privacidade passa a ser compreendida como todo o conjunto de informações acerca do indivíduo, que pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou decidir quando, como, onde e a quem comunicar. A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa constituem, portanto, uma nova extensão do direito à privacidade, pois, quando os indivíduos conseguem proteger seus dados pessoais, tornam eficaz uma parcela significativa da dignidade de sua pessoa humana.

A intimidade corresponde a um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada identifica um espaço mais amplo de suas relações sociais. A proteção de uma e de outra, portanto, varia de intensidade<sup>5</sup>. A privacidade abrange o espaço doméstico de desenvolvimento da intimidade, mas também os variados aspectos do cotidiano e da vida privada.

Como regra geral, não há interesse público em obter acesso a esse tipo de informação<sup>6</sup>. Todavia, é preciso registrar que, embora o direito à privacidade exista a todas as pessoas, o grau de exposição pública pode sujeitá-las a um grau menos rígido de proteção à privacidade. O âmbito que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso de pessoas públicas<sup>7</sup>.

Há dois modos de atentados à privacidade: a investigação abusiva da vida alheia e a divulgação indevida de informação sobre a privacidade<sup>8</sup>. Faz-se necessário distinguir ambas as hipóteses. Numa, a privacidade é agredida, porque violada. Noutra, a privacidade é lesada, porque divulgada. No primeiro caso, a aquisição das informações íntimas é ilegítima. No segundo, embora legítima a aquisição das informações, não é lícita sua ulterior revelação. Aqui, a violação opera de dentro para fora, ao serem difundidas as intimidades legitimamente conquistadas. Lá, a violação se faz de fora para dentro no instante da interferência indevida<sup>9</sup>.

---

5 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000, p. 140 e ss.

6 BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação*. Em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Visualizado em 25.2.2019.

7 CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99 e ss.

8 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 114.

9 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

Por fim, o *direito à honra* visa proteger a reputação no meio social no qual está inserido o indivíduo. Trata-se da dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa. A honra é o valor moral mais íntimo do homem<sup>10</sup>. Abrange a honra objetiva (reputação) e a honra subjetiva (autoestima). A soma dos conceitos que cada qual goza na vida em sociedade tem como resultado o que se convencionou chamar de honra. Noutras palavras, o direito à honra tem pertinência com a projeção social da respeitabilidade e estima conquistada pelo indivíduo no seu ambiente e na sociedade. A necessária defesa da reputação abrange o nome e fama que desfruta na comunidade, bem como a proteção do sentimento interno de autoestima.

### 3. Liberdade de expressão

Em sentido amplo, abrange a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Todavia, a doutrina costuma diferenciá-las. A *liberdade de informação* divulga fatos e dados objetivamente apurados. A *liberdade de expressão* é livre manifestação do pensamento no cinema, no teatro, na novela, na ficção literária, nas artes plásticas, na música, e até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo.

Em outras palavras, a liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. A liberdade de expressão tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e do pensamento em geral<sup>11</sup>.

Todavia, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra. Sempre haverá

---

10 DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 122.

11 BARROSO. Op. cit.

uma interferência do componente pessoal<sup>12</sup>. Talvez por isso a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 19) trate as duas liberdades de forma conjunta. Contudo, a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo<sup>13</sup>, e dessa forma é tratada neste estudo.

Há ainda a *liberdade de imprensa*, que designa a liberdade conquistada ao longo do tempo pelos meios de comunicação em geral de comunicarem fatos e ideias relacionados tanto à liberdade de informação como à de expressão.

A liberdade de expressão abrange o *direito de opinião* e, portanto, o *direito de crítica*, mesmo que em tom duro, ácido, desfavorável e contundente. Por isso, a liberdade de expressão não deve proteger só ideias positivas, socialmente aceitas, inofensivas e neutras, mas também aquelas negativas, ofensivas, incômodas e chocantes. Essa é uma exigência do pluralismo e da tolerância, essencial em uma sociedade democrática. Abrange, ainda, o *direito de sátira*. Advindo do exercício do humor, ainda que de mau gosto, não traz qualquer mensagem séria que dele possa ser extraída. São apenas piadas destinadas, em princípio, à diversão do ouvinte ou do telespectador.

Extremamente difícil é estabelecer uma hierarquização de valores que determine o que pode ou não ser objeto de uma manifestação humorística. O resultado seria uma absurda e inócua restrição à atividade humorística, proibindo-se piadas com loiras (sexismo),

---

12 A comunicação de fatos ou de notícias não se dá nunca em um estado quimicamente puro e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou, dito de outro modo, uma vocação à formação de uma opinião (CASTRO. Op. cit., p. 106).

13 Esta configuración autónoma de ambos derechos no puede oscurecer el hecho de que la libertad de información es material y lógicamente una faceta de la libertad de expresión. (...) La construcción dogmática de ambos derechos tiene idénticos fundamentos, o dicho en otras palabras, que las líneas doctrinales que se elaboran en beneficio de la garantía de la libertad de expresión son aplicables, con escasas acomodaciones, a la libertad de información (TALAVERA, María del Mar López; BARROSO, Porfirio. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madri: Fraga, 1998, p. 50).

portugueses (xenofobia), negros (racismo), judeus (intolerância religiosa), idosos, deficientes, e talvez até animais<sup>14</sup>. Claro que abusos do direito de crítica e sátira não serão tolerados.

#### **4. Conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão**

O debate acerca dos potenciais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade é bastante conhecido, embora insuficientemente resolvido. A Constituição de 1988 foi enfática na proteção da liberdade de expressão, nas suas diversas formas de manifestação. Da mesma forma, estabeleceu extenso rol de direitos fundamentais relacionados à dimensão existencial da subjetividade humana, os chamados direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto, o que conduz ao tema dos direitos da personalidade e sua ponderação com a liberdade de expressão.

No conflito entre o direito à imagem e à liberdade de expressão, costuma-se invocar que a imagem, mesmo que não autorizada por seu titular, pode ser utilizada desde que captada em um lugar público ou se tratar de uma pessoa pública.

Ora, ninguém deixa em casa sua imagem quando sai às ruas. A imagem deve ser tutelada em qualquer lugar. Claro que, ao participar da vida comunitária, qualquer pessoa se sujeita a ser retratada como parte integrante da realidade coletiva (como a imagem de milhares de torcedores em um estádio ou a imensidade de banhistas em uma praia). Aí, porém, é indiscutivelmente o fenômeno coletivo, cujos retratados são meros componentes, não individualizados. Bem diferente seria se a imagem individualizasse um torcedor ou um banhista, não exprimindo, assim, a retratação do fenômeno coletivo<sup>15</sup>.

---

14 BRANDÃO, Tom Alexandre. *Rir e fazer rir: uma abordagem jurídica dos limites do humor*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2016, p. 179-181.

15 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 110.

---

Celebridade vive de sua imagem na mídia, o que reforça a proteção ao direito de imagem. Contudo, o fato de ser notória pode, quando muito, sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à imagem daquela pessoa célebre. Não basta para que se conclua sempre pela prevalência da liberdade de expressão sobre o direito de imagem<sup>16</sup>. Mesmo assim, públicos não são quaisquer episódios sobre os quais leitores de jornais e revistas, espectadores de TV ou internautas possam ter interesse. Público, no que concerne a ato que envolva a imagem das pessoas, é apenas o evento sobre o qual recaia um interesse legítimo da informação<sup>17</sup>.

Critérios isolados de lugar público ou de pessoa pública não constituem guia seguro para a solução do conflito. Diversos outros fatores devem ser sopesados antes de se concluir qual dos dois direitos fundamentais deve prevalecer no caso concreto entre o direito à privacidade e à liberdade de expressão.

A privacidade se sujeita, como qualquer outro direito da personalidade, a ponderações que, à luz das circunstâncias concretas, a fazem ora prevalecer, ora ceder passagem, a outros interesses de envergadura constitucional merecedores de igual proteção pela ordem jurídica. E novamente se chega à conclusão de que os critérios isolados de lugar público ou pessoa pública não constituem guia seguro à solução do conflito.

Ora, ninguém deixa em casa sua privacidade quando sai às ruas. O direito à privacidade não se restringe ao ambiente doméstico. O que deve ser analisado não é só o caráter público ou privado do local, mas também a expectativa de privacidade em torno do ato captado naquelas circunstâncias concretas. Determinante não pode ser, de modo algum, o aspecto puramente estrutural do local (público ou privado) onde a intimidade da pessoa é captada, mas também a consciência e a expectativa de quem ali

---

16 *Ibidem*, p. 112.

17 ROSENVALD; FARIAS. *Op. cit.*, p. 234.

se encontra. Entender o contrário é declarar o fim da privacidade de quem quer que saia pela porta de casa.<sup>18</sup>

Se a profissão ou o sucesso de uma pessoa a expõe ao interesse do público, o direito não deve deixar de assegurar a tutela de sua privacidade<sup>19</sup>, mas reforçá-la, mesmo porque sempre haverá um espaço íntimo resguardado da curiosidade alheia. Portanto, não é próprio afirmar que alguns indivíduos tenham renunciado genericamente à inviolabilidade de sua intimidade e vida privada pelo fato de serem pessoas notórias. Dependendo de suas opções pessoais, o âmbito de proteção da intimidade e da vida privada de um indivíduo será menor que o de outros. Isso não significa, porém, que todos eles não sejam titulares de alguma esfera de privacidade que deva ser protegida pelo Direito. A captação e divulgação da vida privada sem o consentimento do sujeito devem ser admitidas somente em caráter excepcional, justificadas por outros interesses merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico.

Entre o direito à honra e à liberdade de expressão, costuma-se invocar que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo, salvo quando se tratar de um fato de caráter puramente privado, sem qualquer repercussão no meio social, sem qualquer interesse público na divulgação.<sup>20</sup>

Contudo, se o direito à honra não é absoluto, a liberdade de expressão possui a mesma característica de não poder ser desvirtuada de sua função genuína para albergar manifestações pejorativas sobre qualquer pessoa, sem a existência de dados objetivos cuja transmissão possa assumir interesse informativo ao público daquele veículo de comunicação.

O direito de informar não pode servir de carta branca para estampar declarações sem uma responsável ponderação entre o interesse social na difusão daquela informação e o impacto ne-

---

18 SCHREIBER. Op. cit., p. 145.

19 Ibidem, p. 144.

20 BARROSO. Op. cit.

gativo que pode produzir sobre a honra das pessoas. Enfim, a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade.

Portanto, é preciso estabelecer critérios mais seguros para a ponderação desses direitos de estatura constitucional, para uma solução ao caso concreto que seja justa e adequada. A propósito, dispõe a Constituição de 1988:

Art. 5.º. IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1.º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A Constituição proíbe a licença e a censura, possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação do pensamento. As liberdades de expressão, informação e imprensa são pressupostos para o funcionamento dos regimes democráticos, os quais dependem da existência de um mercado de livre circulação de fatos, ideias e opiniões. O propósito último da garantia de liberdade de expressão é o de fomentar um robusto, aberto e livre debate público, que prepare os cidadãos para deliberar sobre assuntos de interesse geral. Esse mercado de ideias (*marketplace of ideas*) deve ser protegido e mesmo incentivado pelo Estado, de forma a criar condições de informação e capacitação para o exercício da cidadania<sup>21</sup>.

---

21 BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa*. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_360.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf). Visualizado em: 26.2.2019.



Em outras palavras, existe inegável interesse público no exercício da liberdade de expressão, informação e de imprensa, independentemente da qualidade do conteúdo que esteja sendo veiculado. Por essa razão, elas são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo.

Mas como nenhum direito constitucional é absoluto, a própria Constituição impõe alguns limites à liberdade de expressão: a) vedação do anonimato (art. 5.º, IV); b) direito de resposta (art. 5.º, V); c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4.º); d) classificação indicativa (art. 21, XVI) visando à proteção da família, crianças e adolescentes); e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5.º, X)<sup>22</sup>. No caso específico de rádio, televisão e de outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação. Daí o conflito entre os direitos da personalidade e os da liberdade de expressão.

Tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional. E entre eles não há hierarquia. De modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer. Em caso de conflito entre direitos dessa natureza, impõe-se a ponderação. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível os direitos em disputa. Porém, em casos limítrofes há a necessidade de ser fazerem escolhas. Todo esse processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

---

22 Há outros limites à liberdade de expressão previstos constitucionalmente, expressos ou implícitos. É o caso da vedação de manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito contra minorias estigmatizadas (hate speech), vedação prevista constitucionalmente, entre outros, no art. 3.º IV da CF que estabelece como objetivo fundamental do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim decidiu o STF no caso Ellwanger, HC 82.424: a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo (SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Visualizado em 27.2.2019).

Todavia, se as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual de desenvolvimento da personalidade, essas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa.

Tanto na dimensão individual como, especialmente, na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades<sup>23</sup>. A liberdade de expressão é pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais. Sem liberdade de expressão e de informação não há cidadania plena, não há autonomia privada nem pública. Os direitos políticos, a possibilidade de participar no debate público, reunir-se, associar-se e o próprio desenvolvimento da personalidade humana dependem da livre circulação de fatos, informações e opiniões. Como se não bastasse, a liberdade de expressão é indispensável ao conhecimento da história, ao progresso social e ao aprendizado das novas gerações.

Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de expressão e todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda autoafirmar como democrático. Uma imprensa livre consolida os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado, interminável, do qual não se pode descurar nem o povo nem as instituições democráticas. Por isso, a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de ruptura democrática.

O amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis

---

23 Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais (FARIAS. Op. cit., p. 167).

à tomada de decisões pela coletividade em um ambiente democrático. A possibilidade de os indivíduos exprimirem e de terem acesso a ideias, preferências e visões de mundo é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia, à realização e à emanção da sua dignidade. Toda intervenção no sentido de silenciar uma opinião, ainda que ruim ou incorreta, seria perniciosa, pois é na colisão com opiniões erradas que é possível reconhecer a verdade ou as melhores posições. Soma-se isso à função instrumental da liberdade de expressão para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais, além de condição ao avanço do conhecimento e para a formação e a preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Tudo isso justifica uma *preferência em tese* - não de superioridade - da liberdade de expressão em relação aos direitos individualmente considerados<sup>24</sup>, posição consagrada originariamente pela Suprema Corte americana e reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol<sup>25</sup> e do Tribunal Constitucional Federal alemão.<sup>26</sup> Na Suprema Corte brasileira, a ADPF 130 (Lei de Imprensa) foi revogada; a ADI 4815 inexistiu autorização de pessoa e de coadjuvante retratados em obras biográficas, ou de parentes deles em caso de falecimento;<sup>27</sup> e a ADPF 187 entende não haver o crime de apologia no caso conhecido como Marcha da Maconha, fazendo prevalecer a livre expressão do pensamento e o direito de reunião das pessoas que foram às ruas reivindicar a legalização e a descriminalização do uso da maconha.

---

24 BARROSO. Op. cit.

25 La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (SERRA, Lluís de Carreras. *Derecho Español de la Información*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya, 2003, p. 219).

26 FARIAS. Op. cit., p. 178.

27 Nas biografias, a exposição da imagem, honra e privacidade do biografado, ainda que em graus variados, é da própria essência do gênero literário. A personalidade, relacionamentos interpessoais, trajetória e episódios que compuserem a vida do biografado são tomados como objeto de estudo e se transformam em uma narrativa a ser contada ao grande público a partir da perspectiva do biógrafo.

Embora não haja superioridade, há uma posição de preferência em tese (*preferred position*) da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Todavia, afirmar que a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial não significa hierarquizar direitos fundamentais, tampouco ostentar caráter absoluto. Significa que superá-la, em um processo de ponderação, transfere o ônus argumentativo para a parte que pretende restringi-la.

Em outras palavras, a opção por uma posição preferencial da liberdade de expressão não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e produza danos injustos. Ela decorre do reconhecimento historicamente comprovado da impossibilidade de eliminar *a priori* os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais decorrentes de eventuais danos causados pela expressão ao risco da sua supressão.

Todavia, não resolve o problema. É preciso avançar, alcançar critérios específicos para a ponderação que não se afaste da teoria *preferred position*. Luís Roberto Barroso propõe oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (a) veracidade; (b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (c) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (d) local; (e) natureza do fato; (f) existência de interesse público na divulgação em tese; (g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados à atuação de órgãos públicos; e (h) preferência por sanções *a posteriori* que não impliquem proibir a divulgação<sup>28</sup>.

A) *Veracidade*. A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos

---

28 BARROSO. Op. cit.

de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.

Todavia, essa verdade não corresponde a uma verdade absoluta, mas sim uma verdade plausível e fundamentada. O dever de apurar pelos veículos de comunicação, como é intuitivo, não equivale a uma investigação própria dos mecanismos estatais. Trata-se de um dever de apurar próprio da atividade jornalística, desde que sério e responsável. Num mundo no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, impossível pretender que apenas verdades incontestáveis sejam divulgadas pela mídia. Em muitos casos, seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo a jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria e diligente os fatos que pretende tornar públicos.

A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade e a manipulação dos dados divulgados desinforma em vez de informar e formar a opinião pública. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas na atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta dúvidas quanto à veracidade do que divulgará. O jornalista tem dever de investigar os fatos que deseja publicar. Contudo, não significa que a cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre nos mecanismos estatais. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue se houver certeza plena da veracidade dos fatos. Os meios de comunicação não detêm poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor essa exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la à morte. O processo de divulgação de informações

satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento administrativo ou judicial de investigação.

É muito comum que, divulgada a notícia, a pessoa noticiada seja inocentada na esfera administrativa ou judicial. Todavia, se a suspeita que recaía de fato era à época fidedigna, não há se falar em violação aos direitos da personalidade. Se hoje já não pesam suspeitas sobre a pessoa, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, seja arquivado ou se mostre improcedente<sup>29</sup>.

B) *Licitude do meio empregado na obtenção da informação.* O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda, em juízo, provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso por meios ilícitos. Se a fonte da notícia fez, por exemplo, uma interceptação telefônica ilegal, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça de determinado processo ou obteve uma informação mediante tortura, violência ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se que a circunstância de estar disponível em arquivos públicos ou obtida por meios regulares e lícitos torna, em princípio, uma informação pública.

C) *Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia.* Quem ocupa cargo público tem o direito de privacidade e imagem tutelados em intensidade mais branda. Quem não tem vida pública ou notoriedade, desfruta de uma tutela mais ampla. O controle do poder governamental pelo povo amplia o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale para artistas, atletas, modelos e gente do mundo do entretenimento. Menor proteção, contudo, não significa a supressão do direito.

---

29 Voto da relatora ministra Nancy Andrighy no REsp 984.803, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

D) *Local*. Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que aqueles em locais públicos. Eventos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Mas se ocorrerem em locais públicos ou em lugares de acesso ao público, em princípio, terão menos proteção.

E) *Natureza*. Há fatos que, independentemente dos personagens envolvidos, são notícias. Acontecimentos da natureza, acidentes, crimes em geral, ainda que exponham a privacidade, a honra ou a imagem de pessoas, despertam evidente interesse público. A divulgação, sobretudo de suposto desvio de dinheiro público, funciona como fator inibidor de transgressões futuras.

F) *Existência de interesse público na divulgação em tese*. A divulgação de qualquer fato verdadeiro colhido de forma lícita se presume como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, do conhecimento, de ideias. A livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Todavia, nem toda informação verdadeira e obtida de forma lícita é relevante. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público, em tese, na divulgação, decorrente da liberdade de expressão e de informação.

G) *Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados à atuação de órgãos públicos*. Existe interesse público na atuação de órgãos encarregados de investigação criminal e administrativa, incluindo naturalmente a prestação jurisdicional. O art. 5.º, XXXIII, da CF, assegura a todos o acesso a informações produzidas no âmbito de órgãos públicos, salvo se o sigilo for indispensável à segurança da sociedade e do Estado. Em um regime republicano, a regra é que a atuação do poder público, em qualquer esfera, seja pública. A publicidade é o único mecanismo pelo qual será possível controlar os agentes públicos. Afinal, eles praticam atos delegados pelo povo, e a ele deve satisfações.

---

H) *Preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição da divulgação.* O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado pela retificação, retratação, direito de resposta<sup>30</sup> e responsabilização civil ou penal. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a interdição da divulgação.

Mesmo que a repressão posterior seja incapaz de restabelecer por completo o *status quo* àquele que teve seus direitos da personalidade violados na sistemática criada pela Constituição, prevalece a livre e plena circulação de ideias e notícias, o direito de resposta, retratação e retificação bem como todo um regime de responsabilidades civis e penais que, mesmo depois do fato consumado, têm condição, a princípio, de inibir abusos no exercício da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. Além disso, em situações excepcionalíssimas poderá se valer da interdição, quando a reparação posterior se mostrar insuficiente, insatisfatória.

Nas questões que impliquem honra e imagem, por exemplo, o desmentido pode ser por retificação, retratação, direito de resposta ou, quando for o caso, eventual reparação do dano. Já nos casos de violação da privacidade, a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença: na violação à honra, se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que, em princípio, é um fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.

Assim, não devem ser excluídos meios de tutela que se revelem adequados à proteção do direito da personalidade lesado, como a tutela de remoção do ilícito e a tutela inibitória, nem a possibilidade de interromper ou impedir a circulação de informações. Todavia, da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a ab-

---

30 Há diferenças sutis entre retificação (corrigir), retratação (voltar atrás) e direito de resposta (responder, dando outra versão). Os dois primeiros são realizados pelo ofensor, o último pelo ofendido.



---

soluza excepcionalidade da proibição prévia de publicações ou a retirada de circulação de informações, reservando-se essa medida aos raros casos em que seja impossível a composição posterior do dano que eventualmente cause aos direitos da personalidade. A composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores propugnados pela ideia de ponderação.

Portanto, presume-se como regra geral o interesse público na divulgação de informações obtidas de forma lícita. A finalidade social da notícia é sintonizar a pessoa ao mundo que a rodeia, para que a potencialidade de sua personalidade se desenvolva no exercício pleno da cidadania. Não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação. Na mencionada posição preferencial (*preferred position*) de que essas garantias gozam, sopesados o risco de lesão à subjetividade da pessoa humana e a ameaça de censura à imprensa, o fiel da balança deve pender para o lado do direito à informação e expressão. A superação por algum outro interesse público ou privado somente poderá ocorrer, legitimamente, dentro dos critérios mencionados<sup>31</sup>.

Haverá casos em que a veracidade será um requisito inaplicável. Se a liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado e a liberdade de expressão tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral, conclui-se que a informação não prescinde da verdade que as pessoas buscam ao se informar. Todavia, não é o que ocorre com a liberdade de expressão que diz respeito a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor<sup>32</sup>, de natureza abstra-

---

31 BARROSO. Op. cit.

32 Mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad [...], y por tanto, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta (SERRA. Op. cit., p. 49)

ta, sem possibilidade de comprovar sua veracidade. No caso de atividades humorísticas, também não se aplica. Por essência, têm como conteúdo exatamente a inverdade.

A opinião e a crítica, mesmo que ácidas e contundentes, são manifestações legítimas da liberdade de expressão, tal qual o humor, ainda que com forte conteúdo sarcástico. Dessa forma, não cabe aos tribunais o papel de censor da atividade humorística e opinativa. Salvo flagrantes ataques ultrajantes, pessoais e individualizados travestidos de humor ou crítica que não forem a causa da violação, mas apenas o meio para a ofensa direta ou sub-reptícia dos direitos da personalidade, ponderados os demais critérios cabíveis, pode-se estar diante de abuso, excesso ou desvio da liberdade de crítica e sátira. Nos direitos da personalidade, todavia, sempre prevalece a composição posterior do dano, admitida a interdição da divulgação somente em casos excepcionalíssimos.

## 5. Direito ao esquecimento

A tutela da dignidade humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Autônomo direito da personalidade ou mesmo decorrente do direito à privacidade<sup>33</sup>, o direito ao esquecimento permite que fatos ocorridos no passado não sejam reavivados tempos depois, quando a informação – embora verdadeira e obtida de forma lícita – deixa de ter interesse público na sua divulgação.

---

33 O direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, *Mme. Filipacchi Cogedipresse*, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: [...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela (OST, *François. O Tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 160-161)

---

A internet não esquece. Ao contrário, serve de combustível aos prazeres mais primários da sociedade. A ideia de um direito ao esquecimento se torna ainda mais complexa quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa noticiada, sem falar do alcance potencializado de divulgação, próprio desse cyberspaço. Até agora se tem mostrado inerente à internet — mas não exclusivamente a ela — um *resíduo informacional* que supera a contemporaneidade da notícia e pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado<sup>34</sup>.

A premissa do direito ao esquecimento é que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Um crime acaba por perder, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento, julgamento ou mesmo durante a execução da sua pena<sup>35</sup>.

A passagem do tempo equivale a uma estabilização do passado ou a um esquecimento, vedando-se reagitar o que a lei pretende sepultar. Exemplos não faltam, como a prescrição, a decadência, a irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito. No âmbito penal não é diferente, como é o caso do perdão, da anistia, do direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena, sem falar da reabilitação, prescrição e decadência penal.

Ora, se quem já cumpriu a pena tem direito ao sigilo acerca da condenação na folha de antecedentes (art. 202 da Lei de Execuções Penais), significa que a legislação considera que o interesse

---

34 Na atual sociedade da hiperinformação parecem evidentes os “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira” (BAUMAN, Zygmunt. *Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos e outras baixas colaterais da modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 113).

35 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90.

público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro mediante extinção da pena ou absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E nesse interregno da vida útil da informação criminal que deve sobreviver à passagem do tempo, o uso da informação só pode ambicionar um interesse público e social em fatos genuinamente históricos. Em crimes sem qualquer repercussão histórica, usá-la seria ilícito. Estigmatizante, tende-se apenas a perpetuar no tempo as misérias humanas.

Repita-se que o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória — que é a conexão do presente com o passado — e a esperança — vínculo do futuro com o presente —, fez clara opção pela segunda. E é por essa óptica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois se afirma, na verdade, como um direito à esperança<sup>36</sup>, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana<sup>37</sup>.

Se tudo isso se passa no âmbito penal, com muito mais razão se deve aplicar na esfera civil ao conferir às pessoas o mesmo direito de serem esquecidas por fatos outrora ocorridos.

A história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes

---

36 Voto do relator ministro Luis Felipe Salomão no REsp 1334097, julgado pelo STJ.

37 Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento — se assim desejarem —, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram, salvo, evidentemente, quando se tratar de crimes genuinamente históricos.

de revelar traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Por isso, a ninguém é dado o direito de apagar fatos ou reescrever a história, mesmo que seja a sua própria história, porque isso faz parte da sua biografia e jamais será apagado. O que o direito ao esquecimento propõe é assegurar a possibilidade de serem olvidados fatos pretéritos, questionando o modo e a finalidade com que são ainda lembrados e divulgados.

Estabeleçam-se, pois, limites, já que haverá casos em que o tempo não terá o condão de apagar o interesse público da informação<sup>38</sup>. Um exemplo aqui mencionado é o de crimes ou fatos que em si ou por motivos legítimos de gente envolvida mantenham relevância histórica divulgar. Todavia, uma coisa é absolutamente certa: quanto mais invasivo à honra, à imagem e à privacidade pessoal, maior força terá o tempo na estabilização do passado e no direito ao esquecimento. O caso concreto, enfim, deverá ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuidade da divulgação da notícia ante os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.

## 6. Conclusão

Sob a óptica civilista, os direitos fundamentais relacionados à dimensão existencial da subjetividade humana são denominados

---

38 É o caso da biografia de pessoas notórias e públicas, despertadoras de interesse historiográfico: “Os homens públicos, que se destacam na história, ao assumirem posição de visibilidade, inserem voluntariamente a sua vida pessoal e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se ao relato contido nas biografias [...] Vale registrar que mesmo o chamado direito ao esquecimento, invocado como forma de apagar parcela da vida ou fatos passados, cede frente ao interesse público inerente à publicação de biografias”. (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdade de Informação e de Expressão: Reflexão sobre as Biografias não autorizadas*. Em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/document\\_2\\_1.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/document_2_1.pdf). Visualizado em 28/02/2019). Da mesma forma: “uma certa apresentadora de televisão, famosa pela atuação em programas infantis, quando era muito jovem, e por razões que não interessam, posou nua para um fotógrafo. Pode-se requerer que aquelas fotos não sejam publicadas invocando o direito ao esquecimento? Segundo nós sim, a menos que sejam essenciais para a informação, a exemplo do que ocorre quando se quer escrever uma biografia completa da pessoa” (RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 65).

direitos de personalidade, dos quais decorrem os instrumentos e princípios de realização da dignidade humana.

Dentro dos direitos da personalidade, observa-se uma gama de direitos ligados à proteção da integridade moral e psíquica do indivíduo, como são os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada.

Neste trabalho, liberdade de expressão, em sentido amplo, compreende a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, o direito de opinião, o direito de crítica e, ainda, o direito de sátira por meio do exercício do humor.

A Constituição de 1988, enfática na liberdade de expressão nas suas diversas formas de manifestação, estabeleceu extenso rol protetivo de direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto.

Em tese, a liberdade de expressão goza de uma posição de preferência – não de superioridade – em relação a outros direitos individualmente considerados, como os da personalidade. A liberdade de expressão sustenta uma função instrumental para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais, além de constituir claramente condição para a consolidação da democracia, criação e avanço do conhecimento, formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação. Não há exercício pleno da cidadania sem liberdade de expressão.

Todavia, é preciso que se alcancem critérios específicos para a ponderação, que não é afastada pela teoria da *preferred position*. Propõem-se, assim, oito critérios ou elementos na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (a) veracidade do fato; (b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (c) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (d) local do fato; (e) natureza do fato; (f) existência de interesse público na divulgação em tese; (g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacio-

nados à atuação de órgãos públicos; e (h) preferência por sanções *a posteriori* que não proibam a divulgação.

Presume-se interesse público na divulgação de qualquer fato, mediante informações obtidas de forma lícita. Assim, como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial de que essas garantias gozam. A superação por algum outro interesse público ou privado somente poderá ocorrer, legitimamente, de acordo com os critérios supramencionados.

Contudo, haverá casos de liberdade de expressão que dizem respeito a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor, de natureza abstrata, sem a possibilidade de comprovação de sua veracidade. O humor, por essência, tem como conteúdo exatamente a inverdade.

A opinião e a crítica, mesmo que ácidas e contundentes, são manifestações legítimas da liberdade de expressão, tal qual o humor, mesmo que com forte conteúdo sarcástico.

Não cabe aos tribunais o papel de censor da atividade humorística e opinativa, salvo casos flagrantes de ataques ultrajantes, pessoais e individualizados travestidos de humor ou crítica. Quando não forem a causa da violação, mas apenas o meio para a ofensa direta ou sub-reptícia dos direitos da personalidade, ponderados os demais critérios cabíveis, pode-se estar diante de abuso, excesso ou desvio da liberdade de crítica e sátira. Prevalecem, portanto, os direitos da personalidade.

O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal. Somente em hipóteses extremas deverá haver a interdição da divulgação.

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Seja como um autôno-

mo direito da personalidade ou mesmo decorrente do direito à privacidade, o direito ao esquecimento permite que fatos ocorridos no passado não sejam reavivados tempos depois, quando a informação – embora verdadeira e obtida de forma lícita – deixa de ter interesse público na sua divulgação.

A ninguém é dado o direito de apagar fatos ou reescrever a história. O que o direito ao esquecimento propõe é assegurar a possibilidade de serem olvidados fatos pretéritos, questionando o modo e a finalidade com que são ainda lembrados e divulgados.

É preciso estabelecer limites, pois haverá casos em que o tempo não terá o condão de apagar o interesse público da informação que, por motivos legítimos, mantém a relevância histórica pelo fato em si ou pela pessoa envolvida. Todavia, é certo que quanto mais invasivo à honra, à imagem e à privacidade pessoal, maior força terá o tempo na estabilização do passado e no direito ao esquecimento. Enfim, o caso concreto deverá ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuidade da divulgação da notícia ante os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.

## 7. Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação*. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos e outras baixas colaterais da modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.



BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_360.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRANDÃO, Tom Alexandre. *Rir e fazer rir: uma abordagem jurídica dos limites do humor*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2016.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. Madri: Tecnos, 1997.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *O direito ao esquecimento na internet*. Em: Direito privado e internet. São Paulo: Atlas, 2014.

OST, François. *O Tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma: Editori Laterza, 2005.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERRA, Luis de Carreras. *Derecho Español de la Información*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya, 2003.

TALAVERA, María del Mar López; BARROSO, Porfirio. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madri: Fraga, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Liberdade de informação e de expressão: Reflexão sobre as biografias não autorizadas*. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/document\\_2\\_1.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/document_2_1.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Artigo recebido em 2/7/2019

Artigo aprovado em 22/7/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200008

**339 - 365**  
Artigo

**O ABANDONO INTELECTUAL  
EM CONTRASTE COM A EDUCAÇÃO  
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL

# O ABANDONO INTELECTUAL EM CONTRASTE COM A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

INTELLECTUAL ABANDONMENT IN CONTRAST WITH  
EDUCATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL

Estudante de Direito  
Universidade Estadual de Londrina, Brasil  
larissapenharbel@hotmail.com

**RESUMO:** O presente artigo trata do crime do abandono intelectual, com o fim de apontá-lo como ofensa ao direito à educação, considerado fundamental, bem como aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, diante da importância do tema, evidencia-se que a descrição do tipo que configura o crime de abandono intelectual apenas aponta como sujeito ativo os pais, o que é insuficiente para tutelar integralmente o bem jurídico, considerando a existência de outros institutos, como a guarda e a tutela. Destarte, utilizou-se doutrina e jurisprudência para demonstrar esse afronte ao direito constitucional à educação, bem como a necessidade de reformar a configuração do sujeito ativo do tipo de abandono intelectual, tendo em vista que o próprio ECA delega como responsabilidade dos pais ou responsáveis a realização da matrícula escolar de seus filhos ou pupilos, além da necessidade da lei de responsabilidade educacional com o fim de evitar retrocesso na qualidade da educação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Educação; Abandono Intelectual.

**ABSTRACT:** The present article sought to study the crime of intellectual abandonment, with the purpose of pointing it as an offense to the right to education, which is a fundamental right, as well as to the principles of the dignity of the human person and the best interest of the child and the adolescent. Given the importance of the theme, it is evident that the description of the criminal type that configures the crime of intellectual abandonment only indicates as active subject the parents, being insufficient to protect the legal good integrally, considering the existence of other institutes, such as guardianship. Accordingly, doctrine and jurisprudential research was used to demonstrate that intellectual abandonment clearly defies the right to education, as well as it is subject to reform in the configuration of the active subject of the type, given that the ECA itself delegates as the responsibility of the parents or guardians the realization of the school enrollment of their children or pupils, besides the need of the law of responsibility in order to avoid regression in the quality of education.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights; Education; Intellectual Abandonment.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Dos direitos fundamentais. 3. Do direito à educação. 4. Do abandono intelectual. 4.1. Da crítica ao sujeito ativo. 5. A Responsabilidade Estatal. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

À frente do fato de que o direito à educação é considerado um direito fundamental, ou seja, é inerente à própria condição de ser humano, faz-se necessário analisar os cenários, contextos e consequências de quando este direito não é efetivado.

O âmbito escolhido para ser estudado diz respeito ao abandono intelectual, considerado crime pelo artigo 246 do Código Penal Brasileiro. A importância de tal estudo está pautada justamente na relevância da educação para a formação e o desenvolvimento do ser humano, para o exercício da cidadania, bem como para a qualificação para o trabalho, como previsto expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, tendo em vista o disposto em diversos instrumentos normativos, como a Constituição Federal, o ECA, a Declaração Universal de Direitos do Homem, e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, o abandono intelectual configura ofensa ao direito à educação, e seu estudo, conseqüentemente, é considerado relevante.

Para tanto, primeiramente, é necessária a compreensão do motivo pelo qual a educação é considerada um direito fundamental, sendo imprescindível, conseqüentemente, a explanação acerca desta categoria de direitos, bem como da trajetória de positivação do direito à educação.

Após o entendimento da relevância da educação, mostra-se importante a análise do tipo penal do crime de abandono intelectual, bem como da demonstração acerca da necessidade da ampliação de seu sujeito ativo e da integração das famílias, comunidade e poder público no combate ao abandono intelectual.

## **2. Dos Direitos Fundamentais**

Não seria possível explicar acerca do direito à educação, evidenciando o patamar que ocupa como direito fundamental, sem antes tratar amplamente desta categoria, a qual se caracteriza pela imprescindibilidade à vida humana, visto que são direitos básicos que se portam como alicerces e bases de tudo, fato demonstrado pela própria designação da categoria: “fundamentais”. Os direitos fundamentais, assim, estão contidos na Constituição Federal de 1988 em seu título II, qual seja, dos direitos e garantias fundamentais.

---

Considerando o histórico de reconhecimento desse rol de direitos básicos, faz-se também necessário, de modo breve, citar o posicionamento das vertentes jurídicas, tendo em vista que a Constituição Federal foi influenciada pelo Pós-Positivismo e Positivismo Jurídico, mas traz traços da corrente Jusnaturalista.

Assim, a base teórica do Jusnaturalismo, também conhecido com a corrente do Direito Natural, é de que os direitos fundamentais seriam aqueles anteriores à positivação, se apresentando como inerentes à condição de ser humano, ou seja, inerentes à natureza social do homem. Essa corrente predominou no cenário jurídico até meados do século XVIII, momento no qual houve o progresso das ideias iluministas e o surgimento dos ideais positivistas, especialmente com o pensamento de Augusto Comte e Stuart Mill.

No contexto de constitucionalismo, de tal modo, as constituições tinham como objetivo de garantir os direitos e delimitar o poder do Estado. Entretanto, não é possível afirmar que seja pacífico entre os juristas e pensadores o conceito específico de “direitos fundamentais”, justamente pelo fato destes direitos serem provenientes de cenários e contextos culturais e multifacetados.

Com a superação do Direito Natural, entrou em cena o Direito Positivo, o qual considerava o ordenamento jurídico como um sistema fechado de normas. Tal corrente, apesar de também ter influenciado a Constituição de 1988, foi superada pela necessidade do direito ser integrado pela moral e política.

Assim como já exposto, o constitucionalismo do século XVIII permitiu que o homem fosse tido como um fim em si mesmo, e não meramente como um objeto da legislação e, neste sentido, a corrente Pós-Positivista ultrapassou as falhas do Positivismo, e do Jusnaturalismo já superado, e possibilitou uma abertura do direito, aproximando, de tal modo, o direito da filosofia e ética.

Apesar de não haver uma “opinião comum” acerca de seu conceito, é notório e indiscutível que os direitos fundamentais buscam

diminuir as desigualdades sociais, proporcionando uma vida digna, livre e igualitária para o ser humano, sendo resultado de um longo processo histórico, o qual será tratado a seguir.

As mudanças sociais estão diretamente ligadas com o surgimento de necessidades e, conseqüentemente, de direitos. Justamente por este motivo, assim como afirma Wolkmer (2003), o reconhecimento dos direitos tidos como fundamentais foi uma conquista para a sociedade moderna ocidental, pois a rede dos bens considerados como dignos de tutela foi ampliada, bem como sujeitos diversos do homem foram tidos como titulares de direitos.

Como consequência do fato de que o reconhecimento dos direitos fundamentais ocorreu ao longo dos séculos, passou-se a utilizar o termo “gerações”. Não significa que os direitos de gerações mais recentes substituam os mais antigos, mas sim que possuem caráter aditivo, motivo pelo qual diversos autores consideram o termo “dimensões de direitos” mais adequado.

A respeito da primeira dimensão de direitos, estes são os civis e políticos, ou seja, associados aos direitos individuais como igualdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. A questão de que os direitos civis e políticos foram os primeiros a serem reconhecidos está ligada ao contexto histórico dos séculos XVIII e XIX, tal seja, o racionalismo iluminista, o contratualismo e as revoluções norte-americana e francesa, assim, estes direitos representam uma limitação do Estado em relação ao indivíduo.

Quanto aos direitos tidos como de segunda dimensão, diferentemente dos anteriores, estes representam um dever do Estado para com o indivíduo, assim, possuem como natureza os âmbitos social, econômico e cultural. São exemplos de tais direitos, o trabalho, a saúde e a educação, que é o ponto principal deste artigo.

A próxima dimensão de direitos não possui o indivíduo como titular, visto que são de natureza metaindividuais, coletivos e di-



fusos, ou seja, visam à proteção de categorias de pessoas. Ao se afirmar que os direitos de terceira dimensão são metaindividuais, tem-se que estes transcendem o indivíduo.

Enquanto os direitos difusos tratam de realidades genéricas, com maior grau de indeterminação de titulares, gerando satisfação a uma quantidade maior de indivíduos, os direitos coletivos envolvem grupos específicos de pessoas, como as organizações sindicais.

Os direitos de quarta dimensão possuem conexão direta com a vida humana, e são conhecidos por terem caráter interdisciplinar, envolvendo campos como da filosofia, sociologia, psicologia e teologia. Assim, os direitos desta dimensão são aqueles relacionados com a biotecnologia e a bioética, conforme expõe Wolkmer (2003). Ainda, há a quinta dimensão dos chamados “novos direitos” proveniente do avanço tecnológico, abrangendo, de tal modo, os direitos que envolvem a internet, como a privacidade e a informação.

### **3. Do direito à educação**

Para tratar da educação como direito fundamental, é necessária a exposição do histórico e contexto que permitiram que este direito fosse, primeiramente, reconhecido como direito e, depois, elevado ao patamar de fundamental.

Em tempos primitivos, a educação era o meio pelo qual se passavam de gerações para gerações os meios de sobrevivência. A institucionalização da educação foi considerada quando já não era mais possível, ou até insuficiente, essa transmissão de informações entre os membros das famílias e clãs. Deste modo, o ensino sistemático por meio de instituições educacionais foi imprescindível para a complementação da propagação da cultura.

Tratando-se dos povos romano e grego, para o primeiro, a família era considerada pequena estrutura similar a um Estado, contendo sua hierarquia e formas de organização, assim, por apre-

sentar estrutura patriarcal, esta era a responsável pela educação, função que com o tempo foi deslocada para as mãos da Igreja, como aponta Krug (2011).

Quanto ao povo grego, as primeiras escolas formais foram constituídas na Grécia, inicialmente votadas para questões militares.

A idade média foi palco para a consolidação da Igreja Católica, de maneira que esta passou a deter o monopólio da cultura e do pensamento e, conseqüentemente, da educação. Assim, as instituições de ensino estavam diretamente relacionadas às instituições religiosas, as quais visavam, portanto, a transmissão de técnicas e habilidades, como debate, desenvolvimento da leitura e escrita do latim, e a formação religiosa, dividindo-se as escolas em Paroquiais, Monásticas, Palatinas e Universidades Medievais.

Com as revoluções burguesas e as ideias iluministas se afluindo na sociedade, no século XVIII, a educação deixou de ter viés predominantemente religioso justamente por passar a ser vista como um meio de transformar o homem, neste contexto de mudanças sociais. Destarte, como ponto marcante do Iluminismo, tem-se a política educacional voltada a tornar as escolas leigas e a educação como dever do Estado.

Enquanto na Europa o século XVIII foi um momento histórico de surgimento de novos pensamentos e ideais, no Brasil as ordens religiosas ainda eram responsáveis pela educação, na medida em que os jesuítas buscavam aumentar o número de fiéis católicos. Isso ocorreu até aproximadamente a metade do século, pois com o cenário internacional de revolução industrial tornou-se possível o renascimento agrícola e as reformas pombalinas. Assim, com a aplicação da visão iluminista, o Marquês de Pombal expulsou os jesuítas, tendo em vista o anticlericalismo com o qual estava marcado.

A presença da educação como tema nas constituições brasileiras começou logo em 1824, com a primeira e única constituição da época do Brasil Imperial, outorgada pelo imperador Dom Pedro

I. Nesta, o título que dispunha sobre a educação era “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. Como pode-se observar, não havia uma parte da Constituição dedicada especificamente à educação, sendo esta apenas mencionada como parte dos direitos civis no artigo 179, o qual tratava da inviolabilidade dos direitos garantidos pela Constituição Imperial, em seu inciso XXXII.

Assim, a Constituição garantia a educação primária e gratuita a todos os cidadãos, ou seja, havia a exclusão das mulheres, analfabetos, escravos, índios e daqueles que não possuíam renda necessária.

Em 1891, ocorreu um retrocesso no campo da posituação da educação na Constituição da Primeira República, pois esta retirou o livre acesso e a gratuidade do ensino. No entanto, delegou competência exclusiva ao Congresso Nacional para legislar sobre o ensino superior no Distrito Federal, podendo ainda criar escolas secundárias e universidades nos Estados, e estes teriam competência para criar e manter escolas primárias, como dispõe Krug (2011).

Apenas com a Constituição de 1934 que a educação atingiu o patamar de direito expresso, possuindo, inclusive, um capítulo próprio ao lado da cultura:

Art 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana (BRASIL, 1934).

Com o Estado Novo, a Constituição de 1937, por sua vez, alterou o texto que tratava da educação, apresentando, assim, a seguinte redação:

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, cola-

borando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

(...)

Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. (BRASIL, 1937).

Em 1946, a educação, dada no lar e na escola, retorna expressamente como direito de todos, além de a Constituição oferecer a orientação de que a educação deveria ser inspirada no princípio da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Já o contexto histórico que permeava o campo internacional era de cenário pós-segunda guerra mundial, momento no qual as nações que emergiram como potências buscaram fortalecer as relações internacionais para a promoção da paz e da cidadania.

Destarte, em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de garantir uma vida digna a todos os cidadãos do mundo, independente de raça, cor, gênero, idade e condições financeiras, servindo como modelo para as constituições de diversos países, incluindo o Brasil. Dentre os direitos garantidos pela Declaração, encontra-se a educação no artigo 26:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz (ONU, 1948).

Por ser caracterizado como direito humano, a educação possui o caráter de universalidade, de modo que deve ser garantida de forma homogênea e mundial, incluindo, deste modo, crianças e adolescentes, não pelo fato de que estas serão o futuro, mas por serem seres humanos hoje, como dispõe a Unicef. Em 1959, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças do Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF – consagrou em seu princípio 7º, o direito à educação:

A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares . Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral . Chegando a ser um membro útil à sociedade (UNICEF, 1959).

Apesar de a Constituição de 1967 ter ampliado a faixa etária do ensino obrigatório, foi apenas com a Constituição Federal de 1988, a qual se baseou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o direito à educação foi tratado de modo explícito como um direito social, não somente sendo apontado como direito, mas acompanhado por meios de efetivação.

Deste modo, a educação foi disposta como direito social no artigo 6º, mas tratada detalhadamente entre os artigos 205 e 204.

Em um primeiro momento, é de extrema importância para o presente artigo, considerando o tema do abandono intelectual, o disposto no artigo 205, segundo o qual “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. Após, foram apontados os princípios segundo os quais o ensino será ministrado, a questão da autonomia, o fato de a educação ser dever do Estado, entre outros pontos.

---

O fato de a Constituição ter dedicado diversos artigos para o direito à educação, encontra respaldo, principalmente, no fato de ter adotado a Doutrina da Proteção Integral na Infância e Adolescência, proveniente da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, do ano de 1989. Assim, a Doutrina da Proteção Integral tratou de diversos direitos sob o âmbito das necessidades das crianças e dos adolescentes.

Dois anos após a promulgação da Constituição Federal, observou-se a imprescindibilidade de uma norma brasileira que tratasse especificamente dos direitos das crianças e dos adolescentes, cenário no qual se deu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, como a Constituição dispôs que a educação era dever da família e do Estado, em seu artigo 227, o referido Estatuto consagrou, exatamente do mesmo modo, o seguinte:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

A Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996, também expõe que a educação é dever da família e do Estado, tendo “por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996).

Esta lei trata da educação escolar desenvolvida em instituições próprias de ensino, e contém os meios pelos quais esta é efetivada pelo Estado, como as garantias de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos, educação infantil gratuita até os 5 anos de idade, atendimento especial gratuito, atendimento ao educando, vaga em escola pública, entre outras. A mesma lei ainda preconiza o seguinte:

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. (BRASIL, 1996).

Assim, na medida em que a educação é tratada como um direito público subjetivo, tem-se que esta, além de um direito, é uma obrigação, pois o Estado possui a prestação resguardá-la, enquanto a comunidade e, em especial a família, têm a faculdade de exigi-la e, ao mesmo tempo, o dever de efetivá-la.

#### **4. Do abandono intelectual**

Diante da classificação da educação como direito fundamental, garantido pela Constituição e tratado em diversos documentos como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e eventos como a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, foi necessária a criação de um tipo penal que abrangesse os casos em que esse direito não é respeitado.

Assim, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 246, trata do crime de Abandono Intelectual, tipo penal que ‘visa proteger os menores sobre sua instrução fundamental, bem como o acesso à educação de base, transferindo a responsabilidade da condução do filho à escola a seus genitores ou responsáveis legais’, segundo Lopes, Pires e Pires (2013).

O crime de abandono intelectual, ao lado dos crimes de abandono material e entrega de filho menor à pessoa inidônea, integra o capítulo “dos Crimes Contra a Assistência Familiar” do Código Penal e possui a seguinte redação: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”. (BRASIL, 1940).

Como expõe Bitencourt (2004), o bem jurídico tutelado pelo tipo penal tema deste artigo é o direito à instrução fundamental dos filhos menores, considerando que a educação é pilar fundamental para a construção do conceito de cidadania e, portanto, da consciência dos direitos e deveres que cada indivíduo possui.

Primeiramente, quanto aos sujeitos que compõem o tipo penal, tem-se que o sujeito ativo são os pais, fato extremamente questionado pela doutrina, como será tratado em tópico seguinte. Assim, não é necessário que os pais detenham a guarda dos filhos para cometerem o núcleo do tipo, basta que detenham o poder familiar. Deste modo, o crime de abandono intelectual caracteriza-se como um crime próprio, tal seja, um crime que só pode ser praticado por determinadas pessoas, pois o tipo exige essa característica do sujeito ativo, no caso, a qualidade de pais.

Quanto ao sujeito passivo, conseqüentemente, este é o “filho”, biológico ou adotivo, que esteja em idade escolar. Essa norma é considerada uma norma penal em branco, pois necessita de complementação, ou seja, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional fornece o conceito de idade escolar, contido no artigo 4º:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio. (BRASIL, 1996).

Assim, considera-se filho em idade escolar aquele a partir de 4 anos de idade. Ainda, a instrução primária a qual se refere o crime está ligada ao disposto no artigo 210 da Constituição Federal, ou seja, os conteúdos mínimos necessários para a formação básica do indivíduo, com respeito aos campos naturais e artísticos, nacionais e regionais.



Em relação ao núcleo do tipo, a ação consiste em uma conduta omissiva, tal seja, deixar de prover sem justa causa. Esta conduta prevista faz referência ao artigo 6º da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o qual prevê ser de “dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”, mesmo que o tipo penal traga como sujeitos ativos apenas os pais.

O elemento subjetivo é dolo, sendo necessária, de tal maneira, a vontade de não cumprir o dever de prover a educação ao filho em idade escolar, sem justa causa, como aponta Bitencourt (2004), com a consciência de que a omissão não possui justa causa.

Ainda, finalizando a análise quanto aos elementos do tipo, não é cabível a tentativa considerando que o crime é omissivo.

A própria redação do tipo penal de abandono intelectual permite a compreensão do modo como este se apresenta como afronta à efetivação do direito à educação, este tão importante para cada indivíduo e para a sociedade como um todo, como retira-se do pensamento de Greco:

A Constituição Federal de 1988 é rica em programas, metas que devem ser alcançadas a todo custo para que se realize plenamente o chamado Estado Social e Democrático de Direito. Os incisos I e III do seu art. 3º da asseveram que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e todos sabemos que, sem a promoção da educação, nada disso será realizado. (Greco apud Lopes, Pires e Pires, 2008, p. 683).

Como retira-se de todo o exposto, e considerando a relevância da educação, tendo em vista seu caráter de fundamental, a análise do crime de abandono intelectual possui importância tanto em âmbito geral pelo fato de violar um preceito constitucional,

como nos campos do Direito de Família, e na Infância e Juventude, tendo em vista que também representa uma afronta a princípios destes, como ao princípio da dignidade humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988, como previamente mencionado, adotou a Doutrina da Proteção Integral, fruto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, a partir da qual as crianças e os adolescentes passaram a ser caracterizados como sujeitos de direitos, como pode ser percebido, por exemplo, pelo simples fato de que foi adotada a terminologia “criança e adolescente” ao invés da expressão “menor”, utilizada anteriormente pelo Código de Menores.

Assim, as crianças e os adolescentes, como consequência da consagração do direito da dignidade humana, foram conceituados como seres em desenvolvimento, detentores de direitos e deveres, o que pode ser percebido pela leitura de diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

(...)

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de

desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

(...)

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal (BRASIL, 1990).

O princípio do melhor interesse da criança não está expressamente positivado na Constituição Federal ou no ECA, sendo tido como inerente à Doutrina da Proteção Integral adota. No entanto, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990) positivou, em seu artigo 3.1, que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, *o interesse maior da criança.*” (não grifado originalmente).

Pelo princípio do melhor interesse se estender a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e dos adolescentes, tem-se que também se aplica no caso do abandono intelectual.

Pois bem, ressaltado o fato de que as crianças e os adolescentes são considerados seres em desenvolvimento, é importante dizer, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, frente a determinada ofensa a direito destes, em seu Título II da Parte Especial, dispõe acerca das medidas de proteção.

Segundo o art. 98 do ECA, medidas de proteção à criança e ao adolescente serão aplicáveis quando os direitos das crianças e dos adolescentes forem ameaçados ou violados, seja por uma ação ou omissão do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais

ou responsáveis; ou em razão de sua conduta, podendo ser aplicadas cumulativamente e substituídas a qualquer tempo, como no caso do abandono intelectual.

Assim, as medidas protetivas aplicáveis estão dispostas no artigo 101 do Estatuto, segundo o qual:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental (BRASIL, 1990).

O Ministério Público deve exercer seu papel na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, integrando à sua função institucional o zelo pelo efetivo respeito aos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes. O *Parquet* deve promover as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias à garantia desses direitos, como oferecer denúncias ou expedir recomendações, com o fim de melhorar os serviços públicos de relevância.

Assim, ao observar uma situação de abandono intelectual, o Ministério Público deve atuar no sentido de responsabilização criminal, com o auxílio do Conselho Tutelar, o qual atuará conforme suas atribuições, tais sejam, a aplicação aos pais ou responsável das medidas previstas nos incisos I a VII do art. 129, do ECA, conforme prescrição do art. 136, II, do mesmo diploma legal; e a execução de suas decisões, podendo, para tanto, requisitar diretamente “serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança”, nos termos do art. 136, inciso III, alínea ‘a’, do ECA; considerando que o Conselho Tutelar é órgão autônomo, o qual, diante da inobservância ou recalcitrância dos pais ou responsável quanto ao cumprimen-

to dos seus deveres ou das medidas aplicadas pelo órgão, pode apresentar representação ao Judiciário para a imposição de sanção pecuniária por infração administrativa, nos termos dos artigos 136, inciso I, alínea ‘b’, 194 e 249, do ECA.

Devem, assim, atuar de forma harmônica no combate ao abandono intelectual, o Conselho Tutelar, o Ministério Público e o Judiciário.

#### 4.1. Crítica quanto ao sujeito ativo

Como exposto neste artigo, o Código Penal apenas configurou os pais como sujeitos ativos do crime de abandono intelectual, o que motivou diversas críticas quanto à redação do tipo penal, principalmente ao se colocar em tela que a Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional também obriga os responsáveis pelo menor a realizarem a matrícula escolar deste. Assim, pelo princípio da legalidade, não há a possibilidade de ser realizada interpretação extensiva ou analógica em se tratando de norma penal incriminadora.

Quanto aos pais, o Código Civil dispõe:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação (BRASIL, 2002).

Deste modo, possibilitar a educação a seus filhos integra o exercício do poder familiar dos pais, o qual se caracteriza como o “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no que se refere a pessoa e aos bens dos filhos menores, ou seja, são os cuidados dos pais para com os seus filhos desde o nascimento até atingirem a maioridade” (VENOSA, 2010). Inclusive, deixar o filho em abandono constitui uma das hipóteses para a decretação da perda do poder familiar.

## No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.(BRASIL, 1990).

O Judiciário não se mantém inerte quanto aos casos de abandono intelectual cometidos por pais, sendo principalmente necessária a comprovação do dolo, como depreende-se desta decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR. ABANDONO INTELECTUAL. Inequívocas a materialidade e a autoria do delito diante da consistente palavra das testemunhas, bem como do restante das provas colhidas no decorrer da instrução. Apenamento. Reduzido. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade. Reincidência (Art. 61, I, do CP). É constitucional o aumento pela agravante da reincidência, tratando-se de um critério especial para a individualização da pena imposta pela prática de novo crime pelo acusado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

“Depreende-se da análise dos autos que o acusado, de fato, deixou de prover à instrução primária dos filhos menores, permitindo que estes mendigassem pelas ruas e estabelecimentos da cidade de Cidreira, sendo que, posteriormente, as crianças foram abrigadas por se encontrarem em situação de risco.”Acerca dos delitos, referem os tipos penais:“Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primárias de filho em idade escolar (...).”Art. 247 – Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:“(...)“IV – mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública (...)”.”É clara a configuração do elemento subjetivo – dolo, no delito de abandono intelectual, já que os pais, ora acusados, permitiam que as crianças mendigassem ou invés de frequentarem a escola. Ainda, o delito de abandono moral, dispensa a permissão expressa, bastando a omissão dolosa do agente, com sua concordância tácita, ou seja, não seria necessário que o réu mandasse que os filhos

mendigassem, a mera permissão tácita, já configuraria o delito em comento. “Em que pese o réu tenha sido advertido pelo Conselho Tutelar da cidade, acerca das atitudes das crianças, nada fez para modificar a situação, permitindo que os infantes permanecessem na mendicância. “Outrossim, verifica-se a redundância na aplicação da continuidade delitiva, disposta no artigo 71, do Código Penal, visto que os delitos em tela, para se configurarem, presumem-se, por si só, a prática reiterada de atos, pois o delito de abandono intelectual não se configuraria se os agentes se omitissem quanto a infrequência momentânea dos infantes à escola, seria necessário a infrequência permanente (abandono/diversas faltas), de igual forma o abandono moral. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Mesmo havendo a responsabilização dos pais que cometem o crime de abandono intelectual, não há criminalmente a responsabilização dos tutores e detentores de guarda que realizam o abandono dos menores por quem são responsáveis.

No tocante ao tema, o ECA, primeiramente, aponta, em seu artigo 22, que ao assumir a guarda ou a tutela, “o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos”, passando a tratar especificamente de cada instituto.

A guarda, que legaliza a permanência de crianças ou adolescentes em lares substitutos, conferindo ao menor a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990, art. 33).

Em âmbito similar, em relação à tutela, o Código Civil dispõe que:

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição. (BRASIL, 2002).

Deste modo, considerando que há outros dispositivos que atribuem responsabilidade aos tutores e guardiões de promover educação às crianças e adolescentes, não há motivos para o Código Penal não os considerar como sujeitos ativos, ao lado dos pais, do crime de abandono intelectual.

Neste ponto reside a crítica quanto à elaboração do texto normativo do crime de abandono intelectual.

## **5. A responsabilidade estatal**

Assim como já exposto, a efetivação do direito à educação integra os deveres da família; não obstante, este dever também é inerente ao Estado, na medida em que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente impõem à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público a função de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do referido direito.

Cabe, portanto, ao Estado proporcionar a infraestrutura e as conjunções imprescindíveis para uma educação de qualidade. Deste modo, o Projeto de Lei nº 7.420 de 2006, conhecido como Lei de Responsabilidade Educacional, da professora Raquel Teixeira, o qual foi aprovado em 5 de junho de 2019 pela Comissão de Educação, visa propiciar as condições necessárias para que sejam exercidas com responsabilidade as atribuições do poder público relativas à educação.

O citado projeto de lei dispõe sobre a qualidade da educação básica e a responsabilidade dos gestores públicos na sua promoção, com o fim de evitar retrocessos na qualidade da educação pública, provendo meios de garantir melhorias.

Ao lado do previsto pela Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, segundo a qual deve existir uma articulação entre as famílias, comunidade e os estabelecimentos de ensino, bem como que estes têm a incumbência de notificar ao Conselho Tutelar do



Município a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de 30% (trinta por cento) do percentual permitido em lei, o Projeto de Lei nº 7.420 de 2006 permite uma apuração mais rigorosa da ocorrência do abandono intelectual.

Assim, o projeto de lei propõe, em seu artigo 2º:

§ 5º A cada dois anos, as taxas de repetência e de evasão no ensino fundamental e no ensino médio, deverão ser menores que as respectivas taxas médias observadas no biênio anterior, em cada Unidade da Federação.

§ 6º A não observação do disposto no § 5º implicará a adoção de providências idênticas às previstas no § 3º deste artigo.

Consta no projeto, ainda, o dever estatal de desenvolver ações específicas para a recuperação do nível de desempenho, com alocação adicional de recursos financeiros por estudante ao ano, o que demonstra preocupação com a qualidade do ensino, bem como com a imprescindibilidade deste.

Destarte, relevante é o assunto “responsabilidade educacional”, tendo o próprio projeto de lei apontado como indispensável a implementação da referida legislação, bem como a realização de políticas públicas comprometidas com a qualidade e com o real acesso da população à educação, fatores essenciais à apuração e atendimento dos casos de abandono intelectual.

## 6. Considerações Finais

Com o presente artigo percebe-se a educação como elemento fundamental para o desenvolvimento individual e social do homem, com ênfase nas fases iniciais da vida humana, sendo a infância e adolescência momentos cruciais do desenvolvimento. O abandono intelectual, de tal modo, representa uma barreira a

esse desenvolvimento na medida em que obsta o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Realizada a análise do tipo penal do crime de abandono intelectual, observou-se a necessidade de ampliação do sujeito ativo, com o fim de abranger a tutela e a guarda, considerando que estas também são consideradas formas de família.

No entanto, como exposto pelos diversos dispositivos que versam sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, a responsabilidade a respeito da educação não recai pura e simplesmente na figura dos pais e responsáveis pelos menores de idade, mas também integra os deveres estatais. Assim, o poder público não pode se manter inerte frente a casos em que o direito à educação das crianças e adolescentes encontra-se violado.

Demonstrada a necessidade da ampliação do tipo penal, bem como da importância da Lei de Responsabilidade Educacional, é válido o apontamento de que a criminalização da situação de abandono intelectual, bem como da atribuição de responsabilidade ao Estado por meio da citada lei, amenizará o problema, mas não o solucionará, tendo em vista que este possui raízes sociais.

Destarte, considerando que a Doutrina da Proteção Integral foi adotada justamente pelo fato de as crianças e adolescentes serem seres em desenvolvimento, é necessária uma avaliação técnica interdisciplinar no âmbito social das crianças e adolescentes para a descoberta das razões do afastamento escolar; análise de possíveis soluções; exercício de orientação e auxílio tanto para a criança ou adolescente quanto para a família, o que exige, de fato, a participação de diversos sujeitos, como a própria família, a comunidade e o Estado na figura de suas diversas instituições, como o Ministério Público, o Conselho Tutelar e o Judiciário.

## 7. Referências

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O direito constitucional à educação e sua interpretação: contribuição ao estudo do direito educacional. 2007. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. Coleção Primeiros Passos. Vol. 318. São Paulo: Brasiliense, 2003.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil. Brasília, 25 mar. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 24 fev. 1891. Disponível em: <[http://pwww.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://pwww.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 10 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 18 set. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 out. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 set. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

COSTA, Messias. *A educação nas constituições do Brasil: dados e direções*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

FÁVERO, Osmar. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 13. ed. Campinas: Editores Associados, 1996.

FERREIRA, Nilda Teves. *Cidadania: uma questão para a educação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GOIÁS. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 7.420/2006. Dispõe sobre a qualidade da educação básica e a responsabilidade dos gestores públicos na sua promoção. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CF8327DF58B323B28DA3F42402A810AD.proposicoesWebExterno1?codteor=413946&filename=PL+7420/2006](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF8327DF58B323B28DA3F42402A810AD.proposicoesWebExterno1?codteor=413946&filename=PL+7420/2006)>. Acesso em: 27 jun. 2019. Texto Original.

KRUG, Juliana, O direito à educação, seu desenvolvimento histórico e jurídico. In: *Biblioteca Unilassale*. 2011. Disponível em: <[https://biblioteca.unilasalle.edu.br/docs\\_online/artigos/dialogo/2010\\_n17/jkrug.pdf](https://biblioteca.unilasalle.edu.br/docs_online/artigos/dialogo/2010_n17/jkrug.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2019.

LOPES, Hálisson Rodrigo; PIRES, Gustavo Alves de Castro; PIRES, Carolina Lins de Castro. A análise criminal do crime de abandono intelectual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13965](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13965)>. Acesso em: 2 maio 2019.

MORAN, José Manuel. *A educação que desejamos: novos desafios e como chegar lá*. 2. ed. Campinas, SP: Papirus, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime: 70042611301- RS. Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 15/12/2011. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&requiredfields=cr%3A12&partialfields=n%3A70042611301&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=cr%3A12&partialfields=n%3A70042611301&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 11 maio 2019.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil*. vol. VI - Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História dos Direitos no Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Artigo recebido em 8/6/2019

Artigo aprovado em 28/6/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200009

