

De Jure

Revista Jurídica
www.mpmg.mp.br/dejure

Anna Catharina Machado Normanton
João Gaspar Rodrigues
Felipe Faria de Oliveira
Letícia Athayde Santos de Carvalho
Lucas Ferreira Mazete Lima
Lucas Mendes Ferreira Pereira
Lucas Nacur Almeida Ricardo
Luiz Gustavo Martins Gonçalves
Normelia miranda

38



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

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

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 21, n. 38, jul./dez. 2023. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2023.

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 de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição, de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista e gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação 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 multidisciplinary, 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 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 e em áreas afins.

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 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, defensores públicos, advogados, pesquisadores, professores, estudantes e tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor, operadores do Direito em geral.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus 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 também recebeu 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.

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 in the area of Law and related areas.

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 and related areas;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of members of the Public Ministry, judges, public defenders, lawyers, researchers, professors, students and highly qualified decision makers who work in the administration area of public, private and third sector organizations, operators of law in general.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their 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.

DE JURE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

DIRETORA DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procuradora de Justiça Élide de Freitas Rezende

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL
João Paulo de Carvalho Gavidia

EDITORA RESPONSÁVEL
Procuradora de Justiça Élide de Freitas Rezende

CONSELHO EDITORIAL
Promotor de Justiça Alderico de Carvalho Junior, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Procuradora de Justiça Élide de Freitas Rezende
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Flávia Mussi Bueno do Couto
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Guilherme Roedel Fernandez Silva, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

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

Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Vanessa Fusco Nogueira Simões, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Prof. Dr. Antonio Gidi (Universidade de Houston, Houston/Estados Unidos)
Prof. Dr. Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasília/Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brasil)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidade de Alcalá, Madri/Espanha)
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Prof. Dr. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidade Nacional Autônoma do México, Cidade do México/México)

Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidade do Museu Social Argentino, Buenos Aires/Argentina)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Ministério Público Federal, São Paulo/Brasil)
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor Legislativo do Senado Federal, Brasília/Brasil)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador Sênior do Centro de Estudos Sociais, Coimbra/Portugal)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília/Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito de Franca, Franca/Brasil)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidade de Huelva, Huelva/Espanha)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (Universidade Paranaense, Umuarama/Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto/Brasil)
Prof. Dr. Luciano José Alvarenga (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Buenos Aires/Argentina)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior (Universidade Paranaense, Umuarama/Brasil)
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brasil)
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra/Portugal)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Bolonha, Bolonha/Itália)

EDITORACÃO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Raquel Diniz Guerra

REVISÃO

Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos
Deborah Coelho de Andrade (atualização)

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Prof. Dr. Anderson de Paiva Gabriel (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Dr. Bráulio Lisboa Lopes (Advocacia-Geral da União 6ª Região, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Me. Bruno de Oliveira Moura (Universidade de Coimbra, Coimbra/Portugal)
Prof. Dr. Carlos Alberto Valera (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Me. Carolina Costa de Aguiar (Universidade do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Charley Teixeira Chaves (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Joaquim José Miranda Júnior (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Me. Luciano Sotero Santiago (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Rafael Ferreira Vianna (Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, Curitiba/Brasil)
Prof. Dra. Thais Amoroso Paschoal Lunardi (Universidade Estadual Paulista, São Paulo/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 Jarbas Soares Júnior

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Éliada de Freitas Rezende

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Pablo Gran Cristóforo

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Éliada de Freitas Rezende

EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Alderico de Carvalho Junior, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Éliada de Freitas Rezende
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Flávia Mussi Bueno do Couto
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Guilherme Roedel Fernandez Silva, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Luciana Imaculada de Paula, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

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

Minas Gerais State Prosecutor Pablo Gran Cristóforo, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Vanessa Fusco Nogueira Simões, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Prof. Antonio Gidi, PhD (Universidade de Houston, Houston/USA)

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

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

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

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

Prof. Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (São Paulo State Prosecutor – Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo/Brazil)

Prof. Dermeval Farias Gomes Filho, PhD (Distrito Federal e Territórios Prosecutor – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/Brazil)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidade Nacional Autónoma do México, Mexico City/Mexico)
Prof. Eduardo Martínez Alvarez, PhD (Universidade do Museu Social Argentino, Buenos Aires/Argentina)
Prof. Elton Venturi, PhD (Federal Prosecutor – Ministério Público Federal, São Paulo/Brazil)
Prof. Emerson Garcia, PhD (Rio de Janeiro State Prosecutor – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Legislative Consultant – Senado Federal, Brasília/Brazil)
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior Researcher – Centro de Estudos Sociais, Coimbra/Portugal)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília/Brazil)
Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito de Franca, Franca/Brazil)
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidade de Huelva, Huelva/Spain)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)
Prof. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, PhD (Universidade Paranaense, Umuarama/Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto/Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Buenos Aires/Argentina)
Prof. Luiz Manoel Gomes Junior, PhD (Universidade Paranaense, Umuarama/Brazil)
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, São Paulo/Brazil)
Prof. Mário Frota, PhD (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra/Portugal)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Vittorio Manes, PhD (Universidade de Bolonha, Bologna/Italy)

EDITING

João Paulo de Carvalho Gavidia
Raquel Diniz Guerra

PROOF READING

Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano

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
Deborah Coelho de Andrade (atualização)

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Prof. Anderson de Paiva Gabriel, PhD (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)
Prof. Bráulio Lisboa Lopes, PhD (Advocacia-Geral da União 6ª Região, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Bruno de Oliveira Moura, MA (Universidade de Coimbra, Coimbra/Portugal)
Prof. Carlos Alberto Valera, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Carolina Costa de Aguiar, MA (Universidade do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Charley Teixeira Chaves, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Joaquim José Miranda Júnior, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Luciano Santos Lopes, PhD (Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Luciano Sotero Santiago, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Rafael Ferreira Vianna, PhD (Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, Curitiba/Brazil)
Prof. Thais Amoroso Paschoal Lunardi, PhD (Universidade Estadual Paulista, São Paulo/Brazil)

PREFÁCIO

Com o perene objetivo de disseminar o conhecimento, a Revista De Jure – Revista Jurídica do Estado de Minas Gerais chega à sua 38ª edição. Por meio de artigos doutrinários que abrangem diversas áreas do Direito, esta publicação semestral traz à baila instigantes questões jurídicas, analisadas sob enfoque atento às contínuas transformações sociais.

O êxito da De Jure há de ser creditado à inestimável colaboração de pensadores mineiros e de outros Estados, que, no papel de autores ou de avaliadores dos artigos, abrilhantam-na com seus conhecimentos. E esta edição não foge à regra. Seus sete valiosos artigos engrandecem a Revista ao evidenciarem a importância das novas possibilidades hermenêuticas do discurso jurídico.

Destacando que a submissão (envio) de artigos e o cadastro de autor são feitos, de maneira muito simples e rápida, no endereço eletrônico www.mpmg.mp.br/dejure, reafirmamos o convite para que autores interessados enviem produções jurídicas inéditas. Será um prazer recebê-las.

Élida de Freitas Rezende

Procuradora de Justiça
Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Chegamos à edição n. 38 da Revista De Jure e, com orgulho, apresentamos esta publicação, que traz nosso permanente compromisso de difundir conhecimento e de empenhar esforços para fazer crescer nossa classificação no Qualis da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), como vimos recentemente em mais uma vitória da nossa Instituição.

O Qualis é o conjunto de procedimentos adotados pela Capes que estratifica/classifica toda a produção intelectual do país. Por meio de critérios previamente fixados, o Qualis, anualmente, afere a qualidade dos artigos publicados nos periódicos científicos nacionais e, como resultado, disponibiliza uma lista com a classificação desses periódicos.

Entre os requisitos exigidos, a avaliação às cegas dos artigos garante a lisura da avaliação destes, uma vez que os pareceristas os avaliam e aprovam sem conhecer a autoria. Do mesmo modo, também os autores desconhecem a identidade dos pareceristas.

A De Jure, incansável cumpridora de todos esses requisitos, logrou êxito em receber a honrosa classificação B3.

No ensejo da recente conquista da obtenção da mencionada classificação junto ao Qualis, eis nosso convite para que desfrutem das páginas deste rico exemplar.

Jarbas Soares Júnior

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

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ANNA CATHARINA MACHADO NORMANTON
Promotora de Justiça

JOÃO GASPAR RODRIGUES
Promotor de Justiça

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça

LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO
Mestre em Direito

LUCAS FERREIRA MAZETE LIMA
Especialista em Direito Penal

LUCAS MENDES FERREIRA PEREIRA
Especialista em Direito

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO
Promotor de Justiça

LUIZ GUSTAVO MARTINS GONÇALVES
Bacharel em Direito

NORMELIA MIRANDA
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

17 - 42

Artigo

**A PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO
EM ALIMENTO INDUSTRIALIZADO
E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA**

THE PRESENCE OF FOREIGN BODY IN INDUSTRIALIZED FOOD
AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

NORMELIA MIRANDA

LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO

43 - 61

Artigo

**LIMITAÇÃO DOS JUROS
CONVENCIONAIS NOS CONTRATOS
DE MÚTUO BANCÁRIO:
REFLEXÕES À LUZ DO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

LIMITATION OF CONVENTIONAL INTEREST ON MUTUAL BANKING
CONTRACTS: REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE CONSUMER
PROTECTION CODE

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

62 - 110

Artigo

**FORÇA NORMATIVA, TEORIA
ESPECULAR E IMPERATIVO
CONSTITUCIONAL**

NORMATIVE FORCE, SPECULAR THEORY AND CONSTITUTIONAL
IMPERATIVE

JOÃO GASPAR RODRIGUES

111 - 140
Artigo

**BREVE ANÁLISE DO JUIZ DAS
GARANTIAS E SUA INFLUÊNCIA NO
SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO**

BRIEF ANALYSIS OF THE ROLE OF THE JUDGE OF GUARANTEES
AND ITS INFLUENCE ON THE BRAZILIAN ACCUSATORY SYSTEM

LUCAS MENDES FERREIRA PEREIRA

141 - 198
Artigo

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL
PÚBLICA NOS CRIMES DE MÉDIO
POTENCIAL OFENSIVO SOB A
ÓPTICA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA**

THE MITIGATION OF THE PRINCIPLE OF MANDATORY
PUBLIC PROSECUTION IN CRIMES OF OFFENSIVE
MEDIUM POTENTIAL FROM THE PROSECUTOR'S VIEWPOINT

LUIZ GUSTAVO MARTINS GONÇALVES

199 - 228
Artigo

**DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA
DA PENHA E DE NORMAS PENAIS
DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES
TRANSEXUAIS**

THE APPLICABILITY OF THE MARIA DA PENHA LAW AND CRIMINAL
RULES FOR THE PROTECTION OF TRANSEXUAL WOMEN

ANNA CATHARINA MACHADO NORMANTON
LUCAS FERREIRA MAZETE LIMA

229 - 246

Artigo

**REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL,
MINERÁRIA E FISCAL:
A NECESSÁRIA CONFLUÊNCIA DOS
MICROSSISTEMAS JURÍDICOS PARA
A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA
LAVAGEM DE DINHEIRO (E OUTROS
ILÍCITOS)**

ENVIRONMENTAL, MINING AND FISCAL REGULARIZATION: THE
NECESSARY CONFLUENCE OF LEGAL MICROSYSTEMS FOR THE
PREVENTION AND REPRESSION OF MONEY LAUNDERING (AND
OTHER ILLICIT ACTS)

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

247 - 258

NORMAS DE SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO

17 - 42

Artigo

**A PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM
ALIMENTO INDUSTRIALIZADO
E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA**

NORMELIA MIRANDA
LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO

A PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO INDUSTRIALIZADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE PRESENCE OF FOREIGN BODY IN INDUSTRIALIZED FOOD
AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

NORMELIA MIRANDA

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Ministério Público do Estado de Minas Gerais | Belo Horizonte, Brasil
normelia@mpmg.mp.br

LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO

Mestre em Direito
Ministério Público do Estado de Minas Gerais | Belo Horizonte, Brasil
leticiaathaydescarvalho@hotmail.com

RESUMO: O trabalho visa analisar o Direito do Consumidor à luz do Estado Constitucional de Direito. Para tanto, busca-se verificar a existência de dano moral e material decorrente do encontro de corpo estranho em alimentos. A problemática se instala no dever do fornecedor de alimentos de prezar pela segurança, proteção à saúde e dignidade do consumidor, colocando em circulação somente produtos destinados ao seu fim, qual seja, ingestão, e, em caso de corpo estranho em alimento, será necessária a reparação do consumidor pelos danos material e moral. O encontro de corpo estranho em alimentos viola a boa-fé objetiva das relações, a confiança, expõe a segurança e saúde do consumidor a riscos, ferindo diretamente a dignidade da pessoa humana. Assim, a reparação por dano moral se impõe, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição da República. Para o desenvolvimento do trabalho utilizar-se-á como metodologia de pesquisa o método jurídico-dedutivo e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, adotando-se como principais marcos teóricos José Joaquim Gomes Canotilho, José Geraldo Brito Filomeno, Humberto Theodoro Jr., Flávio Tartuce e Daniel Amorim.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; fato do produto; dignidade da pessoa humana; corpo estranho em alimento; danos morais.

ABSTRACT: The present paper aims to analyse the consumer law in the line of the Constitutional State of law. To this end, it seeks to verify the existence of moral and material damage resulting from the encounter of foreign body in food. The problem arises from the duty to eat, the protection, health and dignity of the consumer, the overcoming of acids, the reparation of the consumer for material and moral damages. Finding a foreign body in food violates trust in relationships, trust, safety and security of the consumer at risk, as well as the dignity of the human person. Thus, morality is a right, regarding the right to human dignity and the Constitution of the Republic. For the development of this paper will be used as a research methodology the legal-deductive method and the bibliographical and jurisprudential research, adopting as main theoretical frameworks the works José Joaquim Gomes Canotilho, José Geraldo Brito Filomeno, Humberto Theodoro Jr., Flávio Tartuce and Daniel Amorim.

KEYWORDS: consumer law; product fact; dignity of human person; foreign body in food; moral damages.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Estado Constitucional de Direito; 2.1 Direito do Consumidor; 2.2 Relação de Consumo; 2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3. Fato do Produto e Vício do Produto; 3.1 Fato do produto: encontro de corpo estranho em alimento; 4. Responsabilidades decorrentes do encontro de corpo estranho em alimento e o direito ao respeito do princípio da dignidade da pessoa humana; 4.1 Dano material e dano moral; 4.2 Dano moral decorrente do encontro de corpo estranho em alimento independentemente de ingestão; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho busca verificar a existência de dano moral proveniente do encontro fortuito de corpo estranho em alimento fornecido para consumo.

Nas relações de consumo, o fornecedor necessita observar a boa-fé objetiva, a dignidade do consumidor e zelar pela não exposição do consumidor a riscos de saúde e segurança.

A presença de corpo estranho em alimento ofertado para consumo viola a dignidade do consumidor e abala a boa-fé objetiva e a confiança da relação. Há, ainda, exposição da saúde e segurança a riscos que não são esperados naquela relação.

Assim, impõe-se a reparação ao consumidor, justificada pela responsabilidade do fornecedor ao colocar em circulação alimentos impróprios, ocasionando a necessidade de reparação por dano moral e material.

Para desenvolvimento do tema, o presente trabalho foi dividido em 5 capítulos, incluindo introdução e considerações finais.

Inicialmente, será analisado o Direito do Consumidor com respaldo no Estado Constitucional de Direito, definindo as relações de consumo, os componentes subjetivos e objetivos da relação e o princípio da dignidade da pessoa humana. Continuamente, no capítulo terceiro do trabalho, será analisado o fato do produto consistente no encontro de corpo estranho em alimentos destinados à ingestão.

No quarto capítulo do trabalho serão analisadas as responsabilidades decorrentes do fato do produto, o dano moral e o dano material, o dano moral decorrente do encontro de corpo estranho em alimento, o respeito aos princípios que regem as relações de consumo, e a divergência do Superior Tribunal de Justiça em relação à necessidade de ingestão do alimento para ensejar a reparação pelo dano moral.

Por fim, o quinto capítulo será destinado às considerações finais decorrentes do trabalho elaborado.

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á como metodologia de pesquisa o método jurídico-dedutivo, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, adotando-se como principais marcos teóricos as obras de José Joaquim Gomes Canotilho, José Geraldo Brito Filomeno, Humberto Theodoro Jr., Flávio Tartuce e Daniel Amorim.

2. Estado Constitucional de Direito

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em Assembleia Nacional Constituinte, instituiu o Estado Democrático de Direito e trouxe diversos direitos fundamentais.

A Constituição é a norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico. As demais normas devem respeitar e estar em consonância com as disposições constitucionais. Assim, configura-se em Estado Constitucional de Direito.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho “[...] o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional.” (CANOTILHO, 1933, p. 93).

A observância da Constituição é necessária para o Estado, tendo em vista sua posição de hierarquia e supremacia em relação às demais normas. Assim é necessário observar o Estado Constitucional de Direito para a elaboração das demais normas, do Governo e Estado, bem como para reger as relações desenvolvidas.

2.1 Direito do consumidor

Dentre os direitos e garantias fundamentais conferidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aos cidadãos se encontra o Direito do Consumidor. Conforme art. 5º, XXXII, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (BRASIL, 1988).

Além disso, em seu artigo 170, dispôs que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor [...] (BRASIL, 1988).

Garantiu-se, assim, o direito do consumidor de ter suas relações protegidas. Com essa finalidade foi criado o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078 de 1990.

José Geraldo Brito Filomeno destaca que o Código de Defesa do Consumidor é “muito mais do que um corpo de normas, é um elenco de princípios epistemológicos e instrumental adequado àquela defesa” (FILOMENO, 2018, p. 57).

O autor ressalta, ainda, que se trata de:

[...] um verdadeiro microsistema jurídico, por conter: (a) princípios que lhe são peculiares (isto é, a vulnerabilidade do consumidor, de um lado, e a destinação final de produtos e serviços, de outro); (b) por ser interdisciplinar (isto é, por relacionar-se com inúmeros ramos de direito, como constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo etc.); (c) por ser também multidisciplinar (isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de cunho civil, processual civil, processual penal, administrativo etc.). (FILOMENO, 2018, p. 57).

Demonstra-se, assim, a importância do Código de Defesa do Consumidor e do Direito do Consumidor como garantia fundamental ao cidadão.

2.2 Relação de consumo

As relações de consumo, em maioria dos casos, serão formadas pelo fornecedor de produtos e/ou o prestador de serviços e, de outro lado, o consumidor. Para a compreensão dos direitos conferidos ao consumidor, necessário se faz analisar a composição e a estrutura dessas relações.

Conforme o Código de Defesa do Consumidor, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Destaca-se que em relação ao destinatário final, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria finalista mitigada, qual considera que o conceito de consumidor abrangerá além daqueles considerados como destinatários finais, mas também “nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre na categoria de destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC.”¹

1 AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRADO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVANTE. 1. Não se configura a violação ao art. 535 do CPC/73, quando o Tribunal local pronuncia-se de forma fundamentada sobre as questões postas para análise, ainda que contrariamente aos interesses da parte recorrente. Precedentes. 2. **Este Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre na categoria de destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência, autorizando a aplicação das normas previstas no CDC.** Precedentes. 2.1. Na hipótese, o Tribunal de origem, com base nas provas carreadas aos autos, concluiu pela caracterização da vulnerabilidade do contratante. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. A Segunda Seção desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a cláusula de eleição de foro inserta em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo se verificada a hipossuficiência do aderente, inviabilizando, por conseguinte, seu acesso ao Poder Judiciário. Precedentes. 3.1. A

Por sua vez, em relação ao conceito de fornecedor, o CDC o conceitua como:

toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Tem-se configurado, assim, os elementos subjetivos da relação de consumo: consumidor e fornecedor.

Em relação aos elementos objetivos da relação, verifica-se a existência do produto, que é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e serviço, conceituado como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, em consonância com José Geraldo Brito Filomeno, “como toda relação essencialmente jurídica, qualquer relação de consumo, como já visto, pressupõe dois polos de interesses (consumidor – fornecedor) e a coisa, objeto desses mesmos interesses, no caso produtos e serviços” (FILOMENO, 2018, p. 101) (Grifos do autor).

Assim, configurada a relação de consumo, há a necessidade de observação de critérios para a respeitar e resguardar, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana.

alteração das conclusões adotadas pelo aresto a quo, acerca da existência de hipossuficiência da parte agravada, implicaria em reexame do acervo fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 253.506/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018). (Grifos nossos).

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar sobre o direito à dignidade da pessoa humana. Em seu artigo 115 previa que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, **de modo que possibilite a todos existência digna.** [...]” (BRASIL, 1934) (Grifos nossos).

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

No art. 1º da CR/88, enfatizam-se, pelo Poder Constituinte Originário, os seguintes fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. (BRASIL, 1988).²

Tendo em vista que todas as relações devem observar a Constituição, o fundamento da dignidade da pessoa humana deverá estar presente e ser respeitado em todas as relações.

A dignidade da pessoa humana se trata de fundamento constitucional que deverá nortear a aplicação e as relações de direito do consumidor.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr. enfatiza que o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] ocuparia a posição de “princípio fundamental geral”, a qual caberia, entre outros, a função estrutural de realizar a proporcionalidade entre todos os princípios presentes na ordem cons-

2 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. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988) (Grifos nossos).

titucional. Segundo esse importantíssimo critério hermenêutico, o intérprete e aplicador da Constituição haveria de atentar à necessidade lógica, além de política, de compatibilizar todos os princípios constitucionais em suas inevitáveis “colisões” no plano de atuação in concreto”. Nessa opção, presta-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, a viabilizar a superação dos conflitos principiológicos, atuando como critério indicador da prevalência de um princípio fundamental em eventual disputa com outros princípios também fundamentais. Ou seja, prevalecerá, no caso concreto, o princípio que mais se avizinha do inafastável princípio da dignidade humana. (THEODORO JR., 2017, p. 43) (Grifos do autor).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado nas relações de consumo, devendo ser priorizado em relação aos demais princípios e, em caso de conflito de entendimentos, deverá sempre ser priorizado aquele que observa e preserva a dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor.

Lorraine Silva ressalta, ainda, que “o princípio da dignidade dos consumidores é o primeiro do caput do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor e possui relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição da República de 1988” (SILVA, 2 p. 24, 2018).

O referido artigo relaciona como objetivos da Política Nacional das Relações de consumo e os princípios que deverão ser atendidos nessas relações:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, **o respeito à sua dignidade**, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] (BRASIL, 1990) (Grifos nossos).

Além de ser verificada como fundamento do Estado, a dignidade da pessoa humana se encontra estampada no Código de Defesa do Consumidor, tratando-se de objetivo para atendimento das necessidades dos consumidores, devendo, assim, ser respeitada primordialmente.

3. Fato do produto e vício do produto

Determinados acontecimentos em relação ao produto e ao serviço fornecido ao consumidor podem ensejar a responsabilização do fornecedor ou comerciante.

Conforme Leonardo Garcia:

O Código de Defesa do Consumidor disciplina em sua Seção II (arts. 12 a 17) a responsabilidade por **vícios de segurança** (sob o título “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”), em que a utilização do produto ou serviço é capaz de gerar riscos a segurança do consumidor ou de terceiros, podendo ocasionar um evento danoso, denominado de “acidente do consumo”. Por sua vez, a Seção III (art. 18 as 25) se ocupa dos **vícios de adequação** (sob o título “Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço”) em que os produtos e serviços não correspondem às expectativas geradas pelo consumidor quando da utilização ou fruição, afetando, assim, a prestabilidade, tornando-os inadequados. (GARCIA, 2016, p. 117).

O artigo 18 do CDC enfatiza que, havendo a ocorrência de vício do produto, os fornecedores são solidariamente responsáveis:

Art. 18. Os fornecedores de produto de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 1990).

Flávio Tartuce e Daniel Amorim ressaltam que haverá responsabilidade por vício do produto quando existir um problema oculto, aparente ou não no bem de consumo, que o torna impróprio para uso ou diminui seu valor. Destacam, ainda, que “em casos tais, repise-se, não há repercussões fora do produto, não se podendo falar em responsabilizações por outros danos materiais além do valor da coisa – materiais ou estéticos” (TARTUCE; AMORIM, 2017, p. 97).

No caso de vício do produto, o bem possui uma inadequação aos fins destinados.

Doutro lado, no caso de fato do produto, conforme art. 12 do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos **danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos**, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º **O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação. (BRASIL, 1990) (Grifos nossos).

Em caso de ocorrência de fato do produto o responsável será o fornecedor. O comerciante somente terá responsabilidade objetiva nos casos do art. 13 do CDC.³

³ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. (BRASIL, 1990).

Conclui-se, assim, que no caso de circunstâncias e situações que ocasionem fato do produto, tem-se um prejuízo externo ao bem, causando risco à segurança. Enquanto o prejuízo decorrente do vício é no bem, esse não está em conformidade com o fim ao qual se destina.

3.1 Fato do produto: encontro de corpo estranho em alimento

O Código de Defesa do Consumidor, em relação à responsabilidade dos fornecedores de produtos, adota, em regra, a responsabilidade civil objetiva.

Os fornecedores têm a obrigação de ofertar aos consumidores produtos que atinjam a destinação prometida e ofertada e, principalmente, cumpram a segurança esperada do produto ou serviço.

Assim, em hipóteses em que o produto não está conforme o ofertado, haverá responsabilidade do fornecedor.

Há a presença de defeito caracterizado por fato do produto quando esse não oferece ao consumidor a segurança que dele legitimamente se espera, levando em consideração sua apresentação, uso e os riscos que dele se espera, e a época em que foi colocado em circulação.

O consumidor que adquire alimento para ingestão, como produtos líquidos, entre eles sucos, refrigerantes, água, bebidas alcoólicas, entre outras, ou produtos sólidos, como chocolates, refeições, salgados, espera obtê-lo em condições seguras para ingestão, e que esse consumo não cause riscos à saúde nem haja presença de corpos estranhos no alimento adquirido.

O consumidor tem a legítima expectativa de que as condições do alimento ofertado estarão em consonância e respeito ao que se espera do alimento: consumo.

A boa-fé objetiva presente nessa relação observa, ainda, a confiança do consumidor em determinado fornecedor de alimento, acreditando e confiando que o alimento colocado em circulação poderá ser consumido sem ressalvas, destinando-se ao fim prometido, e que não seja necessário inspecionar cada alimento antes de o consumir.

Ao adquirir o alimento e encontrar corpo estranho contido nele, o consumidor, inicialmente, tem violada a sua expectativa de estar em uma relação regida pela boa-fé objetiva. Além disso, é colocado em situação de risco para a própria saúde e segurança.

Nessas situações há a violação da boa-fé objetiva da relação de consumo, exposição de riscos à saúde do consumidor, quebra de confiança e lesão, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

A exposição do consumidor a riscos que comumente não se esperam do produto, principalmente do risco à saúde, enseja a reparação do consumidor, inicialmente por dano material e, ainda, por dano moral.

Nesse sentido, dispensa-se o requisito da ingestão do alimento para a configuração do dano moral, tendo em vista que a exposição do consumidor àquela situação de risco à saúde, por si só, configura o dano moral.

4. Responsabilidades decorrentes do encontro de corpo estranho em alimento e o direito ao respeito do princípio dignidade da pessoa humana

Necessário se faz, assim, verificar os danos decorrentes do encontro de corpo estranho em alimento, as responsabilidades e a necessidade de, a todo tempo, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana como pressuposto das relações, bem como a boa-fé objetiva e a segurança.

4.1 Dano material e dano moral

Em situações em que existe a presença do fato do produto, há a possibilidade de ocasionar danos materiais e danos morais.

Confirme Márcio Rezende, “entende-se por dano o prejuízo ou perda sofrida por uma pessoa em razão de atos praticados por terceiros cuja consequência é a diminuição patrimonial”. (REZENDE, p. 52, 2018).

Já o dano moral “caracteriza-se pela lesão sofrida por pessoa, física ou jurídica, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem, que atinge a sua esfera íntima da moralidade e afetividade, causando constrangimentos.” (REZENDE, p. 54, 2018).

Assim, atitudes que ocasionem dano moral e/ou material no consumidor, necessitam de reparação e responsabilização.

O Código de Defesa do Consumidor destaca em seu art. 6, VI, que são direitos básicos do consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990).

Tendo em vista que a responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo é objetiva, ocasionado o dano moral ou material, este deverá ser reparado.

4.2 Dano moral decorrente do encontro de corpo estranho em alimento independentemente de ingestão

A respeito da existência de dano moral decorrente do encontro de corpo estranho em alimento, de um lado há posicionamentos favoráveis ao seu reconhecimento independentemente de o consumidor ter ingerido o alimento ou parte dele e, de outro lado,

há quem defenda a necessidade de ingestão do alimento para a configuração do dano moral.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2017, no Recurso Especial 1644405, reconheceu que há existência de dano moral ao consumidor, ainda que não ocorra ingestão do conteúdo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE PACOTE DE BISCOITO RECHEADO COM CORPO ESTRANHO NO RECHEIO DE UM DOS BISCOITOS. NÃO INGESTÃO. LEVAR À BOCA.

EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. 1. Ação ajuizada em 04/09/2012. Recurso especial interposto em 16/08/2016 e concluso ao Gabinete em 16/12/2016.

2. O propósito recursal consiste em determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrialização, é necessária sua ingestão ou se o simples fato de levar tal resíduo à boca é suficiente para a configuração do dano moral.

3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Na hipótese dos autos, o simples “levar à boca” do corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1644405/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 17/11/2017) (Grifos Nossos).

Em seu voto, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, destacou que:

Apesar da divergência jurisprudencial no âmbito desta Corte e com todo o respeito à posição contrária, **parece ser o entendimento mais justo e adequado à legislação consumerista aquela que dispensa a ingestão, mesmo que parcial, do corpo estranho indevidamente presente nos alimentos.** (REsp 1644405/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 17/11/2017).

A Ministra enfatizou ainda que, em que pese a necessidade de reconhecimento da existência de dano moral do encontro de corpo estranho em alimento independentemente de sua ingestão total, o fato de ter ou não havido a ingestão repercutirá no valor da indenização do dano moral sofrido:

[...] deflui-se que o dano indenizável decorre do risco a que fora exposto o consumidor. Ainda que, na espécie, a potencialidade lesiva do dano não se equipare à hipótese de ingestão do produto contaminado (diferença que necessariamente repercutirá no valor da indenização), é certo que, conquanto reduzida, aquela também se faz presente na hipótese em julgamento. (REsp 1644405/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 17/11/2017).

No mesmo sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1768009, em maio de 2019, reconheceu que o encontro de corpo estranho no interior de um alimento demonstra evidente exposição negativa à saúde e à integridade física do consumidor, o que enseja a reparação de danos materiais e morais, independentemente da ingestão do alimento.

Conforme se verifica na ementa do referido julgado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE. CONSTATAÇÃO DE CORPO ESTRANHO EM SEU INTERIOR. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR.

1. Ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais, em virtude da constatação de presença de corpo estranho no interior de garrafa de refrigerante adquirida para consumo.

2. Ação ajuizada em 11/06/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 06/09/2018. Julgamento: CPC/2015.

3. O propósito recursal é determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrializado, é necessária a sua ingestão ou se a mera constatação de sua existência no interior de recipiente lacrado é suficiente para a configuração de dano moral.

4. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, **ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo**, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

5. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

6. Na hipótese dos autos, ao constatar a presença de corpo estranho no interior de garrafa de refrigerante adquirida para consumo, é evidente a exposição negativa à saúde e à integridade física do consumidor.

7. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1768009/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 09/05/2019) (Grifos nossos).

Observa-se que, diante da presença de corpo estranho no alimento, há a violação do dever de não acarretar riscos ao consumidor, o que enseja a reparação por dano moral, além do material.

Por fim, no acórdão publicado em 25 de março de 2021, a Terceira Turma do STJ entendeu, novamente, sobre a configuração de dano moral em biscoito recheado contendo corpo estranho, sem ingestão.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE PRODUTO (BISCOITO RECHEADO) CONTENDO CORPO ESTRANHO EM SEU INTERIOR (LARVAS). NÃO INGESTÃO.

EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. DANO MORAL CONFIGURADO. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

PRECEDENTES. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 326/STJ.

VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Tendo o acórdão recorrido decidido em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incide na hipótese a Súmula n. 83/STJ, que abrange os recursos especiais interpostos com amparo nas alíneas a e/ou c do permissivo constitucional.

Precedentes.

2. Não ficou configurada a violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

3. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1901134/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021) (Grifos nossos).

De outro lado, contrariamente ao referido posicionamento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser necessária a ingestão do alimento com o corpo estranho para ensejar a indenização por dano moral:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. INGESTÃO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. AUMENTO. DESCABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. “A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de **que, ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável**. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ” (AgInt no REsp n. 1.597.890/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2016, DJe 14/10/2016).

2. Indevida a condenação fixada em primeira instância, mantida somente em observância ao princípio da non reformatio in pejus, não há falar em aumento do quantum indenizatório estabelecido.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1018168/SE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 18/04/2017) (Grifos Nossos).

Ainda nesse sentido, em julgado publicado em 26 de abril de 2021:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM PRODUTO. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura, em regra, hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no REsp 1814761/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2021, DJe 26/04/2021) (Grifos Nossos).

Observa-se que, por esse entendimento, é necessário que o consumidor tenha ingerido o produto impróprio para que o dano moral seja indenizado, sendo considerado mero dissabor o encontro de corpo estranho em produto.

Entretanto, há a necessidade de ponderar que a indenização por dano moral decorrente da presença de corpo estranho em alimento não deve ser condicionada à ingestão ou não do alimento.

O consumidor possui o direito de proteção à saúde e à integridade física, visando à proteção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enfatiza, em seu artigo inicial, o fundamento da dignidade da pessoa humana. Esse fundamento deve reger todas as relações, dentre elas a relação existente entre o fornecedor de alimentos e o consumidor.

A exposição da saúde do consumidor a risco que não é inerente ao produto, como o risco de encontrar corpos estranhos em alimento de consumo, fere a legítima expectativa de aquisição de alimento bem condicionado, higienizado e armazenado, e de sua segurança.

Ao se adquirir um produto alimentício, espera-se o consumo dentro das normas de segurança. Não se espera que haja um corpo estranho no alimento. Nesse sentido, há a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, diante da exposição da saúde a risco, tendo em vista que há vários corpos estranhos que, se consu-

midos, podem causar intoxicações do consumidor e outros riscos à saúde. A mera exposição a risco não esperado, principalmente risco à saúde do consumidor, enseja reparação por dano moral.

Humberto Theodoro Jr. relaciona o princípio da dignidade da pessoa humana com a boa-fé e lealdade: “o certo é, contudo, que boa-fé e lealdade, como objeto de preceitos éticos de notável valor nas relações negociais, se justificam como mandamentos derivados imediatamente da dignidade da pessoa humana” (THEODORO JR., 2017, p.43).

A boa-fé objetiva, que deve estar presente em todas as relações, inclusive nas do direito do consumidor, está relacionada diretamente com a dignidade da pessoa humana. Assim, no caso do encontro de corpo estranho em alimento, o fornecedor deve ser responsabilizado pelo dano moral existente, sob consequência de desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva das relações consumeristas. Ainda, o fornecedor tem o dever de colocar em circulação produtos com a destinação e em condições devidas, não podendo oferecer riscos externos ao produto, em situações que não são esperados.

Nesse sentido, o princípio do *venire contra factum proprium* sintetiza a ideia da proibição de comportamentos contraditórios. O referido princípio é, por vezes, aplicado ao direito contratual.

Analisando o referido princípio, Thiago Fernandes Carvalho enfatiza que:

decorrente da boa-fé objetiva é o *venire contra factum proprium* [...]. A expressão oriunda do latim corresponde à proibição do comportamento contraditório. [...] pretende evitar a ocorrência de situações nas quais uma das partes assume determinado comportamento, criando na outra uma legítima expectativa, e posteriormente haja de modo contrário, ferindo as expectativas da outra causando danos, sejam eles materiais ou morais. (CARVALHO, p. 7, 2014).

Assim, nas relações de consumo nenhuma das partes pode agir diferentemente do esperado e suportado pela outra.

A existência de corpo estranho em alimento, independentemente da ingestão do produto, enseja a reparação em danos morais, tendo em vista que resta configurado o potencial risco à saúde, dada a exposição a uma situação não segura e o dever do fornecedor de colocar em circulação somente produtos seguros. Além disso, viola a boa-fé objetiva das relações e configura comportamento contraditório, visto que ao adquirir um alimento o consumidor espera poder o consumir em segurança.

A situação infringe a dignidade da pessoa humana. Assim, a ingestão do alimento não há de ser identificada como requisito para ensejar a reparação por dano moral.

A presença de corpo estranho no alimento, por si só, já acarreta dano moral ao consumidor, que sentirá repulsa do alimento e recordará da situação por lapso de tempo indeterminado, ferindo sua dignidade, além de lhe causar insegurança no consumo de alimentos similares. Ainda, provocará insegurança no consumidor ao ingerir determinados alimentos, o que fere diretamente a moral e os direitos da personalidade do consumidor.

Em relação à dignidade da pessoa humana, Lorraine Silva destaca que “o princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado à garantia de proteção do consumidor, em seus atributos **morais e materiais**, com atendimento das suas necessidades básicas de **saúde, segurança** e melhoria da sua qualidade de vida.” (SILVA, 2018, p. 25).

Observa-se que a dignidade do consumidor deve ser respeitada, destacando-se sua proteção no âmbito moral e material, da saúde e da segurança.

Por fim, observa-se que não se pode transferir ao consumidor o ônus de conferir os alimentos a serem ingeridos antes da ingestão,

cabendo essa responsabilidade tão somente ao fornecedor e produtor de alimentos, que somente poderá colocar em circulação alimentos com a segurança que é esperada, devendo respeitar a dignidade da pessoa humana, seu direito à saúde e segurança.

5. Considerações finais

O presente trabalho buscou verificar o dano moral existente no encontro de corpo estranho em alimento destinado a consumo. Para tanto, analisou-se a relação de consumo, as responsabilidades dos fornecedores e produtores, bem como os deveres de respeito à dignidade da pessoa humana, à saúde do consumidor e à sua segurança.

O encontro de corpo estranho em alimento frustra qualquer expectativa legítima do consumidor que adquire o produto para ingestão. Há a violação da boa-fé objetiva e do respeito à dignidade do consumidor.

O dano moral decorrente dessa situação não deve depender de comprovação de ingestão do alimento contaminado.

O consumidor, ao visualizar o corpo estranho no alimento antes da ingestão, possui o privilégio e oportunidade de não se expor a risco, de não expor sua integridade e saúde diante da ausência de segurança promovida pelo fornecedor do alimento. Contudo, a obrigação de fornecer produtos adequados e respeitar a saúde do consumidor é do fornecedor.

O encontro do produto contaminado por corpo estranho, por si só, já enseja reparação por dano moral. Inicialmente há a violação direta da dignidade do consumidor. Há, ainda, a exposição da saúde do consumidor a riscos não esperados naquela relação, além da violação da confiança presente na relação e da proibição de comportamento contraditório.

A destinação do produto alimentício é a ingestão por quem o adquire. A presença de corpo estranho em alimento já demonstra o descumprimento pelo fornecedor do alimento do dever de fornecer segurança ao consumidor e evitar a exposição a riscos não esperados.

É necessário, assim, o reconhecimento do dano moral existente no encontro de corpo estranho em alimento. O dano moral presente nessa situação independe da ingestão do alimento, tendo em vista que a presença do corpo estranho já lesa a moral do consumidor e sua dignidade.

Por fim, destaca-se que, conforme demonstrado no desenvolvimento do presente artigo, o Superior Tribunal de Justiça ainda não possui pacificação no entendimento sobre a existência de dano independentemente da ingestão. Parte do referido tribunal entende ser necessária a ingestão para a existência do dano moral. Doutro lado, outra Turma entende ser desnecessária, sendo certo que a mera presença do corpo estranho já ensejará dano moral, independentemente de sua ingestão.

6. Referências

ALMEIDA, Fabrício Bolan de. Direito do Consumidor esquematizado. Coordenação Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2013.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2004, v. 90. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/0>. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL, 1934. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 maio 2019.

BRASIL, 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL, 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL, 2017. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1644405/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9 nov. 2017. Publicado em 17 nov. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201603274185&dt_publicacao=17/11/2017. Acesso em: 3 jul. 2019.

BRASIL, 2018. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 253.506/PR. Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma. Julgado em 23 out. 2018. Publicado em 29 out. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201202355881&dt_publicacao=29/10/2018. Acesso em: 5 jul. 2019.

BRASIL, 2019. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 17680009/MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7 maio 2019. Publicado em 9 maio 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201802143042&dt_publicacao=09/05/2019. Acesso em: 4 jul. 2019.

BRASIL, 2020. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1814761/MG. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19 abr. 2021. Publicado em 26 abr. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901394226&dt_publicacao=26/04/2021. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL, 2021. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1901134/CE. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22 mar. 2021. Publicado em 25 mar. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002707303&dt_publicacao=25/03/2021. Acesso em: 15 maio 2021.

CARVALHO, Thiago Fernandes. A importância do venire contra factum proprium na esfera administrativa: o dever de lealdade nas relações jurídicas entre Estado e particular. Artigo apresentado no Curso de Pós-graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/ThiagoFernandesCarvalho.pdf. Acesso em: 5 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. O processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito. In: VILELA, Alexandra; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges. (Org.). As novas fronteiras do Direito. 1. ed. Porto: Universidade Lusófona, 2018, v. 1, p. 91-106.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. Ampl e atual. Salvads.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Direitos do Consumidor. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor. 10. ed. ver. atual. Salvador: Juspodvim, 2016.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830. Acesso em: 19 jul. 2016

Artigo

A presença de corpo estranho em alimento industrializado e o princípio da dignidade da pessoa humana

Normelia Miranda | Leticia Athayde Santos de Carvalho

MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito. In: Revista de Direito Público, Londrina. v.2, n.6, 2007. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11367>. Acesso em: 12 maio 2019.

REZENDE, Márcio Lana. O Tempo e o Direito: análise do dano temporal nas relações de consumo. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6750>. Acesso em: 7 jul. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso Cível Nº 71008416612, Primeira Turma Recursal Cível. Relator Roberto Carvalho Fraga, Julgamento em 30 abr. 2019. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=71008416612&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 5 jul. 2019.

SILVA, Lorraine Rodrigues Campos. A Reconstrução da atuação do Estado nas relações de Consumo. Dissertação apresentada para o programa de Mestrado da Universidade FUMEC, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6743>. Acesso em 6 jul. 2019.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

THEODORO JR., Humberto. Direitos do consumidor. 9.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Artigo recebido em 19/08/2019.

Artigo aprovado em 10/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.384>

43 - 61
Artigo

**LIMITAÇÃO DOS JUROS
CONVENCIONAIS NOS CONTRATOS
DE MÚTUO BANCÁRIO:
REFLEXÕES À LUZ DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

LIMITAÇÃO DOS JUROS CONVENCIONAIS NOS CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO: REFLEXÕES À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LIMITATION OF CONVENTIONAL INTEREST ON MUTUAL BANKING CONTRACTS:
REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE CONSUMER PROTECTION CODE

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais | Belo Horizonte, Brasil
nacurlucas@gmail.com

RESUMO: A limitação dos juros convencionais nos contratos bancários é um tema recorrente no sistema jurídico penal brasileiro, especialmente por se tratar de uma das principais causas do superendividamento das famílias neste país. O tema é nebuloso, tendo em vista a contraposição de interesses entre partes extremamente desiguais: de um lado o forte poderio das instituições financeiras e, de outro, os consumidores, hipossuficientes faticamente, que muitas vezes sequer compreendem com suficiência o instituto dos juros e o seu cálculo. Destarte, o presente artigo propõe uma abordagem crítica acerca do modo como vem sendo trabalhada a questão pelos tribunais superiores, propondo, ao final, uma nova forma de pensar o tema de forma mais justa, com base na doutrina nacional. Metodologicamente, privilegia-se a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: limitação dos juros; juros convencionais; juros remuneratórios; cláusula abusiva; relação de consumo.

ABSTRACT: The limitation of conventional interests in banking contracts is a recurrent theme in the Brazilian criminal law system, especially because it refers to one of the principal causes of overindebtedness of this country's families. The theme is nebulous, in view of the contraposition of interests between extremely unequal parties: from one side the strong power of financial institutions and from another the consumers, who are, in fact, financially inferior and often do not even comprehend sufficiently the institute of interests and its calculation. Thus, the present article proposes a critical approach about the mode how the matter has been worked by the superior tribunals, proposing, in the end, a new way of thinking the theme in a more fair and balanced manner, based on national doctrine. Methodologically, the bibliographic revision will be privileged.

KEYWORDS: interests limitation; conventional interests; compensatory interests; abusive clause; consumer relationship.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de contrato e mútuo bancário; 3. Dos Juros no Código Civil; 4. Limitação dos juros remuneratórios nos tribunais superiores; 5. Da existência de relação de consumo; 6. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade analisar, sob o aspecto jurídico-social, o regime atribuído aos juros convencionais aplicados aos contratos de crédito bancário, tendo em vista as altas

taxas encontradas no mercado e o alto índice de endividamento dos consumidores em âmbito nacional que, segundo a Confederação Nacional do Comércio de bens, serviços e turismo (CNC), superou os 60% em meados de 2018.

Em dezembro de 2018, de acordo com a pesquisa de endividamento e inadimplência do consumidor (PEIC), apurada pela CNC, a proporção de famílias com dívidas no cheque pré-datado, cartão de crédito, cheque especial e carnê de loja, entre outros, teve uma pequena queda para 59,8%, o que evidencia uma melhora no cenário. Em que pese a pequena melhora, fato é que tais pesquisas, que serão expostas no decorrer do presente trabalho, evidenciam um elevado percentual de inadimplência, já que mais da metade da população encontra-se endividada.

A partir da situação exposta, far-se-á uma revisão bibliográfica e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de limitação dos juros convencionais nos contratos bancários, que, sem dúvida, são o principal fator para o alto índice acima mencionado, uma vez que vêm sendo cobrados em valores muito elevados.

Primeiramente, será analisado o conceito de contrato de mútuo bancário, bem como a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida, será verificado, ainda, o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, de modo a permitir a verificação sobre como a limitação dos juros convencionais vem sendo tratada no campo jurisprudencial.

Ao final, objetiva-se propor uma reflexão séria sobre a necessidade ou não de haver uma postura mais ativa do Poder Judiciário no que tange à limitação dos juros cobrados pelas instituições financeiras nos contratos de crédito bancário.

2. Conceito de contrato e mútuo bancário

O conceito de contrato é tão antigo como o próprio ser humano, tendo surgido a partir do momento em que os indivíduos começaram a relacionar-se, formando as primeiras sociedades. Inicialmente, a feição do instituto era fundada na realidade empírica, com pouca técnica jurídica e formalidades.

Atualmente, com a evolução vivida através dos anos, o conceito de contrato também evoluiu. Sobre o tema, observa-se que o Código Civil de 2002, assim como o seu antecessor (Código Civil de 1916), não trouxe uma definição do que seja o contrato. Em razão disso, ficou o encargo para a doutrina.

De acordo com Tartuce (2016), em uma visão clássica, o contrato pode ser conceituado como um “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”. Tal conceito é acompanhado na doutrina nacional por autores como Azevedo (2002) e Diniz (2009).

Há, ainda, na doutrina nacional (NALIN, 2005) os que propõem um conceito pós-moderno de contrato. Vejamos:

O contrato constitui a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. (NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1ª edição. Curitiba: editora Juruá, 2005. p. 255)

Trata-se de um conceito ligado à famosa Escola do Direito Civil Constitucional, que se fundamenta na busca pela máxima realização da solidariedade social e dignidade da pessoa humana, propiciando que situações existenciais prevaleçam sobre as patrimoniais (PERLINGIERI, 2007).

Outrossim, no que se refere aos contratos de mútuo, a definição pode ser encontrada no art. 586 do Código Civil de 2002, que repete redação do art. 1.256 do Código Civil de 1916, assim dispondo: “O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

Especificamente quanto ao mútuo oneroso, isto é, no qual há a cobrança de juros, assim dispõe o artigo 591 do Código Civil: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

Veja-se, portanto, que o próprio Código Civil prevê uma limitação expressa para a cobrança de juros legais no mútuo feneratício, tema este que será desenvolvido no tópico a seguir.

3. Dos juros no Código Civil

Como se sabe, os juros são tratados no Direito Civil como frutos civis, sendo devidos pelo uso do capital alheio. Os juros podem ser moratórios ou remuneratórios, sendo este último o objeto de estudo do presente trabalho científico.

Os juros moratórios são aqueles devidos em decorrência do atraso na devolução do capital (RIZZARDO, 2015). Por sua vez, de acordo com Tartuce (2016), os juros remuneratórios, também chamados de juros compensatórios, são aqueles que decorrem de uma utilização consentida do capital alheio.

No que diz respeito aos juros moratórios, a partir da leitura do artigo 591 do Código Civil, verifica-se que não havendo convenção entre as partes, presumem-se devidos os juros, que, no entanto, não podem exceder o limite do previsto no artigo 406 do mesmo Código. Tal dispositivo impõe que quando não forem

convencionados, ou não tiverem uma taxa previamente estipulada, os juros serão fixados segundo a taxa em vigor para a mora relativa ao pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Sobre o tema, há forte divergência na jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de aplicar a taxa SELIC como referência ou o art. 161, §1º do Código Tributário Nacional. A questão é tão controversa que, em 2013, foi publicada edição informativa pelo próprio tribunal com o título “SELIC ou não SELIC”, com a finalidade de deixar clara toda a controvérsia sobre a matéria.

Não obstante, de acordo com a melhor doutrina (TARTUCE, 2016), prevalece que a taxa mencionada é aquela prevista no artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional, qual seja: 1% ao mês, correspondente a 12% ao ano.

Tal posicionamento conta, inclusive, com enunciado doutrinário, que rechaça a aplicação da taxa SELIC, sob o argumento de que esta não confere segurança jurídica, tendo em vista que sofre constantes alterações, de modo que impede o prévio conhecimento dos juros. Outrossim, não seria operacional, podendo, inclusive, resultar em juros reais superiores a 12% ao ano. Vejamos a íntegra do enunciado, que é autoexplicativo:

Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil: Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio co-

1 Existem alguns julgados no Superior Tribunal de Justiça aplicando a taxa SELIC como limitação. Nesse sentido, por todos: STJ, EDcl no REsp 717.433/PR, 3ª turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Dje 24/11/2009.

2 <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100654407/selic-ou-nao-selic-eis-a-questao>

3 Art. 161, CTN, § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

nhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano. (BRASIL, Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal - CJF. 2002)

Assim, parte-se, no presente trabalho, da premissa de que os juros moratórios, quando não convencionados, podem ser fixados no quantum máximo de 12% ao ano nos contratos de mútuo, inclusive nos contratos bancários, conforme súmula 379 do Superior de Tribunal de Justiça que assim dispõe: “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês”. No mesmo sentido é a redação da Lei de Usura, que não deixa dúvidas: “Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de um por cento e não mais”.

Pois bem, ao contrário do que ocorre com os juros moratórios, no que diz respeito aos juros remuneratórios, o Código Civil foi omissivo, não dispondo sobre a limitação dos valores a serem pactuados.

No que diz respeito a essa convenção acerca do valor dos juros compensatórios, mister é conferir destaque ao artigo 1º da Lei de Usura (Lei nº 22.626 de 1933), que dispõe: “É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal”.

Aqui surge o ponto alto do presente trabalho, que é estabelecer qual seria essa “taxa legal” para fins de cálculo do valor máximo a ser cobrado por juros remuneratórios.

De acordo com a doutrina (RIZZARDO, 2015), historicamente, o § 3º do art. 1º do Decreto nº 22.626 disciplinava que, na falta de estipulação por escritura pública ou escrito particular, “en-

tender-se-á que as partes acordaram nos juros de seis por cento ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial”.

Contudo, como já visto acima, com o vigente Código Civil, segue-se a previsão da lei que fixa a taxa para os créditos devidos à Fazenda Nacional, que, hodiernamente, é de um por cento ao mês. Daí, pois, ter passado a taxa máxima para 1% ao mês, deixando de vigorar a constante no § 3º do art. 1º do Decreto nº 22.626.

Portanto, mesmo que não tenha sido estipulada a taxa, será ela de 1% ao mês, pois assim é nas dívidas tributárias não pagas no devido tempo, segundo o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

Por conclusão, sendo a “taxa legal” de 1% ao mês, isto é, 12% ao ano, aplicando o artigo 1º do Decreto 22.626 de 1933, conclui-se que a taxa máxima a ser cobrada nos mútuos feneratícios seria de 2% ao mês, não podendo ultrapassar 24% ao ano. Com esse entendimento, Tartuce (2016) é categórico em afirmar:

(...) no tocante aos juros convencionais, no máximo, por força de convenção no instrumento obrigacional, poderá ser exigida a taxa em dobro da taxa legal - 2% ao mês ou 24% ao ano -, pela previsão do artigo 1º da Lei de Usura, que não foi revogada, em combinação com o artigo 406 do CC. (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 6ª edição. editora Método. 2016. p. 468)

Entretanto, não obstante à previsão legal e ao entendimento acima exposto, no que se refere aos contratos de mútuo bancário, esta não foi a interpretação dada pelos tribunais, que acabam tratando de modo diverso quanto o detentor do capital emprestado é uma instituição financeira. Vejamos:

Direito processual civil e bancário. Recurso Especial. Ação revisional de cláusulas de contra bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. (...) Delimitação do julgamen-

to: (...) Orientação 1: juros remuneratórios. a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação de juros remuneratórios prevista na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), súmula 569/STF; b) estipulação de juros remuneratórios superiores à 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406, CC/02 (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.061530/RS, 2ª seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado 22/10/2008, Dje 10/03/2009)

Percebe-se, portanto que, de modo lamentável, diferentemente dos juros moratórios, no que diz respeito aos juros remuneratórios cobrados nos contratos de mútuo bancário, o entendimento que vem sendo aplicado pelos tribunais é o de que não incide a limitação legal, de forma que se considera inaplicável a Lei de Usura às instituições financeiras quanto a este tema, conforme se pode ver mais detidamente no capítulo que se segue.

4. Limitação dos juros remuneratórios nos Tribunais Superiores

De acordo os tribunais superiores, bem como parte da doutrina (RIZZARDO, 2015), quando se fala especificamente do mútuo feneratório praticado pelas instituições bancárias, a taxa de juros compensatórios a ser aplicada não se submete à limitação legal acima descrita, resultante da combinação do Código Civil, Código Tributário Nacional e Lei de Usura.

Aqui vale apontar a nítida diferença vista por Rizzardo (2015), que entende que quanto às instituições financeiras, que integram o Sistema Financeiro Nacional, estas submetem-se ao Conselho Monetário Nacional, que tem competência para estabelecer, entre outras atribuições, as taxas de juros. De acordo com o autor, ao contrário dos mútuos onerosos em geral, quando se trata de uma instituição financeira, cabe ao Conselho Monetário

Nacional, conforme artigo 4º, IX, da Lei 4.595 de 1964: “Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil (...)”.

Nesse mesmo sentido, assim dispõe a súmula 596 do Supremo Tribunal Federal:

As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 596)

Assim, de acordo com esse entendimento, as partes podem pactuar livremente a taxa de juros remuneratórios, não incidindo a limitação legal de 24% ao ano, nos moldes do que foi explanado no tópico acima.

Também, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, segue-se a mesma linha de entendimento:

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada — por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos —, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor (BRASIL. Superior de Tribunal de Justiça. Súmula 530. 2ª seção. em 18/5/2015)

Portanto, segundo o entendimento, ainda predominante nos tribunais, em regra, o contrato bancário deve prever expressamente a taxa dos juros compensatórios, podendo superar o previsto na Lei de Usura, já que esta não se aplica aos mútuos bancários. Caso não esteja prevista expressamente a taxa, deverá ser utilizada a taxa média de mercado, que é divulgada pelo Banco Central.

Tal entendimento leva em consideração que se trata de modalidade de mútuo feneratício, ou seja, há o empréstimo de quantia pela instituição financeira com o intuito principal de obtenção de lucro para os detentores do capital emprestado. Sem dúvidas trata-se de uma interpretação bastante em prol do mercado, em detrimento dos consumidores, estes últimos altamente endividados, envolvidos em verdadeiras “bolas de neves” nos juros cobrados pelos bancos e legitimados pelos tribunais.

5. Da existência de relação de consumo

Como se sabe, adota-se como regra geral no Direito do Consumidor a Teoria Finalista, também conhecida como Teoria Subjetiva. Tal afirmativa pode ser extraída da expressa redação do artigo 2º do Código Consumerista, que afirma que consumidor é todo aquele que é destinatário fático e econômico de um produto ou serviço.

No que diz respeito ao mútuo bancário, fica nítido que na maioria esmagadora das vezes são pessoas físicas que obtêm os empréstimos, seja diretamente com o banco ou por meio de utilização do “cheque especial”. A rigor, a consequência é a mesma, o consumidor obtém o dinheiro e, em troca, remunera a instituição financeira com juros compensatórios convencionados.

Assim, fica nítida a destinação final fática e econômica, já que tais consumidores não utilizam, em regra, os valores obtidos para obter lucro. Outrossim, ainda que tais indivíduos venham a ter tal intenção - obtenção de lucro -, é tamanha a disparidade econômica e técnica entre consumidor e banco, que se torna forçoso o reconhecimento da hipossuficiência fática e a vulnerabilidade existente na relação, de modo que, mesmo que assim seja, restaria caracterizada a relação de consumo, pela aplicação da Teoria Finalista Mitigada (ou Aprofundada). Com esse entendimento, desde que presente a prova da hipossuficiência, no caso

concreto, é possível o reconhecimento da relação de consumo, inclusive, com pessoas jurídicas no polo ativo do mútuo, isto é, tomando o empréstimo.

Sobre a adoção da Teoria Finalista de forma mitigada, vejamos elucidativo precedente do Superior Tribunal de Justiça, em situação em que houve mútuo bancário para pequena empresa, com a finalidade de obter dinheiro para a aquisição de máquina produtiva:

CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA. I – O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. (...) (STJ, REsp 445.854/MS, 3ª turma, Rel. Min. Carlos Filho, Dje 19/12/2003. p. 453)

No mesmo sentido de caracterização da relação de consumo, colocando-se ponto final à discussão, temos a súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Assim, estabelecida a existência de relação de consumo entre o mutuante e o mutuário, torna-se evidente a necessidade de adequar o entendimento que vem sendo adotado nos tribunais superiores acerca da taxa máxima a ser fixada em relação aos juros compensatórios.

Ora, se a regra é a limitação dos juros nos contratos de mútuo oneroso em 24% ao ano - dobro da taxa legal (artigo 1º do Decreto 22.626/33) -, por coerência com o regime protetivo do Direito

do Consumidor, que pressupõe relações entre partes desiguais, é preciso aplicar, no mínimo, a mesma limitação.

Veja-se que não se esta a propor a limitação total da cobrança de juros, mas apenas a limitação ao dobro da taxa legal, com fundamento nos artigos 491 e 406, ambos do Código Civil, artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional e artigo 1º da Lei de Usura. O quantum de 24% é, sem dúvidas, um valor suficiente para remunerar a atividade bancária e, principalmente, sem expor o consumidor - parte vulnerável na relação - às excessivas taxas de juros atualmente praticadas no mercado.

Sobre a taxa média que atualmente vem sendo cobrado, apenas a título ilustrativo, vejamos tabela disponibilizada pelo Banco Central contendo as “Taxas médias de juros por modalidade - pessoas físicas - ao mês”:

Taxas médias de juros por modalidade - Pessoas físicas - Mensal - Ano 2018		
	Cheque especial	Empréstimo pessoal não consignado
Janeiro	12,8	6,9
Fevereiro	12,8	7,0
Março	12,8	7,0
Abril	12,7	7,0
Maió	12,5	6,6
Junho	12,4	6,6
Julho	12,3	6,7
Agosto	12,3	6,8
Setembro	12,3	6,9
Outubro	12,3	7,0

Fonte: Banco Central - BACEN - janeiro a outubro de 2018

4 Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtms%2Fnotecon2-p.asp>

Vejamos, ainda, as taxas médias anuais em 2018, também fornecidas pelo Banco Central, na tabela que traz as “Taxas médias de juros por modalidade - pessoas físicas - ao ano”:

Taxas médias de juros por modalidade - Pessoas físicas - Ao ano - 2018		
	Cheque especial	Empréstimo pessoal não consignado
Janeiro	324,7	122,6
Fevereiro	324,1	125,7
Março	324,7	125,0
Abril	321,0	124,9
Mai	311,9	114,7
Junho	304,9	114,7
Julho	303,2	118,5
Agosto	303,2	121,4
Setembro	301,4	122,2
Outubro	300,4	126,0

Fonte: Banco Central - BACEN - janeiro a outubro de 2018

Analisando as tabelas disponibilizadas no sítio do Banco Central, fica nítida a abusividade das taxas atualmente praticadas. Veja, a título exemplificativo, que são percentuais de 300% ao ano para a modalidade cheque especial, bem como mais de 100% ao ano para a modalidade crédito pessoal não consignado.

Portanto, diante da inegável abusividade dos juros que vêm sendo praticados pelas instituições financeiras, assim como levando-se em consideração todos os fundamentos acima expostos, especialmente a incidência do Código de Defesa do Consumidor a tais relações de mútuo bancário, é mister a conclusão de que é necessária urgente reformulação do entendimento atual adotado pelos tribunais.

Sugere-se, por meio do presente trabalho, a adoção da taxa máxima para os contratos de mútuo bancário de 24% ao ano, sendo 2% ao mês, com aplicação do que dispõe o artigo 1º da Lei de Usura e dos artigos 406 e 491 do Código Civil, que combinados com o artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional, resultam no quantum acima mencionado.

Assim, posiciona-se no sentido de que ao se deparar com juros compensatórios em contratos de mútuo bancário convencionados acima do quantum de 24% ao ano, deve o julgador declarar a cláusula nula de pleno direito, com fundamento no artigo 51, IV e XV, desde que presente a relação de consumo, por óbvio.

Tais práticas configuram prática abusiva, nos termos do artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

Vale destacar que tais cláusulas devem ser declaradas nulas ex officio, já que apesar da vedação contida na súmula 381 do Superior de Justiça, trata-se de nulidade que deve ser declarada pelo julgador, sob pena de negar vigência ao artigo 1º do Código de Consumidor, que aduz ser norma de ordem pública - portanto, cogente - e de interesse social, nos termos do artigo 5º, XXXII e 170, V, ambos da Constituição Federal.

5 Art. 51, Código de Defesa do Consumidor. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de janeiro de 1990).

6 Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

7 XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

8 V - defesa do consumidor.

A propósito, no mesmo sentido ora defendido, Tartuce em co-autoria com Neves (2016), em obra denominada “Manual de Direito do Consumidor”, afirmam sobre a forma como os tribunais vêm julgando o tema que: “Em verdade, vive-se um total paradoxo no Brasil, eis que os Tribunais Superiores concluíram pela incidência do Código de Defesa do Consumidor para os contratos bancários e financeiros”.

Mais adiante, seguem os autores (TARTUCE, 2016), em cirúrgica exposição, afirmando que muito embora o Código de Defesa do Consumidor tenha como escopo a proteção da parte mais vulnerável, a vedação à lesão, ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa, as instituições bancárias e financeiras, do modo como tem sido julgado, podem cobrar as excessivas taxas de juros de mercado, que, saliente-se, são elas mesmas que fixam. E assim conclui: “espera-se que essa infeliz realidade seja alterada nos próximos anos”, sentimento do qual compartilha o autor deste trabalho.

6. Conclusão

O presente trabalho teve por finalidade analisar, sob o aspecto jurídico-social, o regime atribuído aos juros convencionais, mais especificamente os juros remuneratórios aplicados aos contratos de crédito bancário, tendo em vista as altas taxas encontradas no mercado e o alto índice de endividamento dos consumidores em âmbito nacional que, segundo a Confederação Nacional do Comércio de bens, serviços e turismo (CNC), superou os 60% em meados de 2018.

A partir da exposição de pesquisadoras sobre a situação de elevado percentual de inadimplência da população, fez-se uma revisão bibliográfica e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de limitação dos juros convencionais remuneratórios nos contratos bancários, bem como do patamar ideal, já que, como demonstrado, trata-se do principal fator para o alto índice de endividamento experimentado no Brasil.

Para tanto, primeiramente, analisou-se o conceito de contrato de mútuo bancário e o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, de modo que foi possível verificar como a limitação dos juros convencionais vem sendo tratada com descaso no campo jurisprudencial.

Em seguida, aferiu-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários de mútuo.

Dentro do que permite a extensão e natureza do presente trabalho, propôs-se, com fundamento nos artigos 491 e 406, ambos do Código Civil, artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional e artigo 1º da Lei de Usura, a utilização, como quantum máximo permitido para a fixação de juros convencionais remuneratórios nos contratos de crédito bancário, o percentual de 24% ao ano, valor este que se entende suficiente para remunerar a atividade econômica, sem onerar excessivamente o consumidor vulnerável.

Ao final, vislumbrou-se a necessidade de uma reflexão séria, sem esgotar o assunto, sobre a imprescindibilidade de haver uma postura mais ativa do Poder Judiciário no que tange à limitação dos juros cobrados pelas instituições financeiras nos contratos de crédito bancário, na esperança de futura reversão jurisprudencial sobre o tema.

7. Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos típicos e atípicos. São Paulo: editora Atlas, 2002.

BRASIL. Superior de Tribunal de Justiça. Súmula 530. 2ª seção. em 18/5/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 596. 2ª seção. em 18/5/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 445.854/MS. 3ª turma, Relator Ministro Carlos Filho. Dje. 19/12/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200797549&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 16/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061530/RS, 2ª seção, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado 22/10/2008, Dje 10/03/2009. Disponível em: Acesso em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4382151&num_registro=200801199924&data=20090310&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21/04/2019.

BRASIL. Superior de Tribunal de Justiça. Súmula 297. 2ª seção. em 8/9/2004.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de janeiro de 1990. Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 16/01/2019.

BRASIL. Lei 4.595, de janeiro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm. Acesso em: 16/01/2019.

BRASIL. Lei de Usura, Lei 4.595, de janeiro de 1964. Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências. Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm. Acesso em: 16/01/2019.

BRASIL. Confederação Nacional do Comércio. Endividamento recua pela segunda vez consecutiva em dezembro. Disponível em: <http://cnc.org.br/noticias/economia/endividamento-recua-pela-segunda-vez-consecutiva-em-dezembro>. Acesso em: 16/01/2019.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Nota para a imprensa - tabelas 20 e 20-A. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtms%2Fnotecon-2-p.asp>. Acesso em: 16/01/2019.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de janeiro de 2002. Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15/01/2019.

BRASIL. Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal - CJF. 2002. Em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>. Acesso em: 15/01/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 717.433/PR, 3ª turma, Relator Min. Vasco Della Giustina, Des. convocado do TJ/RS. Dje 24/11/2009.

BRASIL. Superior de Tribunal de Justiça. Súmula 379. 2ª seção. em 22/4/2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria geral das obrigações contratuais e extra-contratuais - vol. 3. 25ª edição. São Paulo: editora Saraiva. 2009.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1ª edição. Curitiba: editora Juruá, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª edição. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 15ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense. 2015.

Artigo

**Limitação dos juros convencionais nos contratos de mútuo bancário:
reflexões à luz do código de defesa do consumidor**

Lucas Nacur Almeida Ricardo

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 6ª ed. São Paulo: editora Método, 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual: volume único. 5ª edição. editora Método. 2016.

Artigo recebido em 06/12/2019.

Artigo aprovado em 02/07/2023.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.411>

62 - 110

Artigo

**FORÇA NORMATIVA,
TEORIA ESPECULAR E
IMPERATIVO CONSTITUCIONAL**

JOÃO GASPAR RODRIGUES

FORÇA NORMATIVA, TEORIA ESPECULAR E IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

NORMATIVE FORCE, SPECULAR THEORY AND CONSTITUTIONAL IMPERATIVE

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Amazonas | Manaus, Brasil

joaorodrigues@mpam.mp.br

RESUMO: O ensaio tece considerações sobre a relação conceitual e estrutural entre três propriedades fundamentais do constitucionalismo moderno: força normativa, postulado de atualização (vertido numa teoria especular) e crença coletiva no imperativo constitucional. Ao longo das páginas, na medida do possível, tenta-se explicar o caráter relacional das representações conceituais apresentadas, de modo que o conhecimento em análise seja capaz de interferir na realidade ou, no mínimo, compreendê-la melhor.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; força normativa; supremacia constitucional; teoria especular; imperativo constitucional.

ABSTRACT: The essay makes considerations about the conceptual and structural relationship between three fundamental properties of modern constitutionalism: normative force, postulate of updating (translated into a specular theory) and collective belief in the constitutional imperative. Throughout the pages, as far as possible, we try to explain the relational character of the conceptual representations presented, so that the knowledge under analysis is capable of interfering in reality or, at least, understanding it better.

KEYWORDS: Constitution; normative force; constitutional supremacy; specular theory; constitutional imperative.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O valor pragmático da Constituição e a teoria especular; 3. Forças desdemocratizantes e o imperativo constitucional; 4. Constituição e as restrições ao poder da maioria; 5. O sentimento da predominância e da supremacia das normas constitucionais: o imperativo constitucional; 6. Constituição e alfabetização política do povo; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. Introdução

A interpretação de qualquer norma jurídica extrai sua força, em última análise, da Constituição e de seus comandos fundamentais. Por entre seus artigos a vida vai seguindo o seu caminho, descobrindo suas soluções, racionalizando o poder decorrente das relações sociais. A Constituição é, num sentido figurado, o centro de um imenso globo em relação ao qual todos os cida-

dãos estão equidistantes, e essa equidistância significa que o texto fundamental garante, ao mesmo tempo, a razão, a justiça, a liberdade e a igualdade de todos. Garante não apenas ordem no caos, mas um equilíbrio vantajoso entre estabilidade e variabilidade (talvez as mais vitais táticas constitucionais¹), conduzindo através de suas normas e princípios o futuro da sociedade; e é um estatuto singular de mínima certeza e exatificação na pluralidade de possibilidades da vida pós-moderna².

A Constituição, sob o enfoque do atual constitucionalismo, é o órgão mais seguro de estabilidade social e política no mundo e símbolo da supremacia da lei sobre os órgãos do governo e das garantias do indivíduo (enquanto unidade psicofísica moral e política) com relação à máquina administrativa (POUND, 1958, p. 22; VIAMONTE, 1959, p. 14). Através dela é possível transformar o incerto em certo, o confuso em claro, o inseguro em seguro, o instável em estável, o imprevisível em previsível, a competição em cooperação, o ideal em real e o teórico em prático. E talvez, aqui e acolá, por um faux pas institucional do próprio sistema, abrace a magnificência de valores opostos e mantenha um equilíbrio dinâmico entre o necessário e o possível (daí os princípios acolhidos como o da razoabilidade, proporcionalidade, reserva do possível, etc.). Mas, de qualquer modo, não é um “instrumento de governo”, senão um instrumento da soberania popular. Seu conteúdo não se esgota no político, estendendo-se ao social, cultural, econômico, etc. Seu âmbito excede, em muito, o puramente governamental, e suas normas são aplicáveis à ordem privada dos indivíduos, do mesmo modo que às relações destes com o Estado.

A característica distintiva da atividade prática do dia a dia, como dizia o filósofo John Dewey (1952, p. 6), é, precisamente, sua

1 “Tática” aqui tomada no sentido grego, como a arte de pôr em ordem (BENTHAM, 1991, p. 61).

2 Vida pós-moderna dotada de uma realidade algo fluida, sem estrutura nem contorno, sem princípio nem direção definidos.

incerteza. O juízo relativo às ações a realizar nunca poderá obter mais que uma probabilidade precária. A atividade prática se ocupa de situações individualizadas e únicas, que nunca se repetem de forma idêntica, e acerca das quais, por conseguinte, não pode abrigar-se uma segurança completa. Para contrabalancear essa incerteza intrínseca à vida social e conferir um mínimo existencial de segurança, ergue-se, em especial, um ente forjado pela razão democrática ponderada: a Constituição escrita moderna³.

É o homem em sociedade quem dá origem à perturbação da regularidade; é nele que se rompe a harmonia legal, fruto da certeza e da ordem. E para resgatar (ou preservar) essa harmonia cria um documento fundamental chamado Constituição, que, nos tempos modernos, se tornou uma força viva da democracia. Nota-se aqui um paradoxo digno de ser ressaltado (paradoxo que a lógica pura não é capaz de tolerar). O homem/sociedade, movido por um princípio de racionalidade, lança o instrumento constitucional para assegurar estabilidade e variabilidade dentro de um esquema pré-definido, mas é o primeiro a infringir essas normas racionais. A prova de sua racionalidade (“razão democrática ponderada”) é também o espelho de sua limitação e radical imperfeição, dado que é confrontada com sua conduta imprevisível guiada pelo erro, pela ignorância e outras insuficiências próprias da condição humana.

Garantir estabilidade e variabilidade⁴ é o certificado de qualidade de uma Constituição e parte da dinâmica fundamental do universo constitucional. Todavia, o verdadeiro teste de funcionalidade às necessidades de uma comunidade é o tempo, é a longevidade do documento, revelando-se uma estrutura útil para enfrentar as incertezas, que regem não apenas o mundo natural (em que

3 Constitucionalismo escrito há sido um dos eixos da cultura democrática ocidental.

4 Carga semântica da Constituição é, em grande parte, responsável por sua variabilidade. Se não é uma condição suficiente para tanto, certamente é necessária (justamente porque carregada de valores).

a causalidade newtoniana cedeu o passo à probabilidade quântica), mas principalmente as coisas humanas. Em relação a essas propriedades há uma possibilidade que, para ser efetiva, carece da adesão de seus aplicadores. A potência de estabilidade/variabilidade só se converte em realidade se houver a convicção firme no imperativo constitucional. A Constituição propõe esses fins (estabilidade/variabilidade), mas o meio social, político e institucional dispõe.

A força normativa da suprema *lex* representa o elemento de estabilidade, enquanto o chamado postulado de atualização (ou teoria especular) agasalha o vetor de variabilidade. Este vetor sempre estará presente em qualquer sociedade livre, como destaca Thomas Sowell (2011, p. 164):

É duvidosa a existência de indivíduos, se de fato existe algum, numa sociedade livre qualquer, que se encontrem completamente satisfeitos com todas as políticas e as instituições sob as quais vivem. Praticamente todas as pessoas são, em graus e tipos variados, favoráveis às mudanças.

O documento fundamental é uma espécie de DNA (código genético do Estado) – ou, na expressão evocativa de Viamonte, um *fiat lux* institucional –, que contém todas as instruções básicas (ou mensagens normativas) para a construção orgânica das instituições públicas, a estrutura completa de governo (com os limites da autoridade legítima dos diversos órgãos), a delimitação dos direitos fundamentais e das liberdades públicas (com mecanismos de proteção), o modo de fazer leis e quem é competente para fazê-las, bem como a respectiva procedimentalização funcional (VIAMONTE, 1959, p. 14; CAVALCANTI, 1977, p. 13; POUND, 1958, p. 103-104). O requisito mais importante é a existência de um processo que garanta a replicação exata das ditas instruções: intérpretes e aplicadores compromissados com o processo democrático e o governo das leis.

Não é a grandiloquência de um líder político, o carisma de um governante específico ou os desejos – muitas vezes não benevolentes – da multidão ruidosa que garantem estabilidade no cenário do macrocosmo político. A principal e determinante garantia é a Constituição e sua fiel aplicação. Mas para que essa aplicação seja “fiel”, impõe-se uma cultura quase religiosa de homenagem e de submissão consciente ao documento supremo (e aos valores consagrados por ele).

Não sem profunda razão, os antigos atenienses atribuíam sua grandeza política à sua Constituição. Celebravam-na em todos os tons e consagravam a ela uma devoção poucas vezes vista na história política de um povo. Em sua “Oração Fúnebre”, Péricles diz com bastante ênfase:

Temos uma Constituição que não se modelou em nenhuma outra, mas que é, antes, um modelo para as outras. (apud CROISET, 1918, p. 110).

E depois dessa orgulhosa declaração sobre o caráter único, original, verdadeiramente autóctone da Constituição ateniense, o orador assinala os seus traços essenciais: igualdade entre os cidadãos, império da lei⁵, respeito aos direitos, amor e entusiasmo pela justiça, dedicação às questões de ordem pública, moralidade política, preocupação com a paz social, etc. Essa primazia de Atenas, digna de atenção pela posteridade, é inseparável de sua Constituição política e um farol, cujo facho luminoso atravessou os séculos rumo à atualidade.

Assim, seguindo por essa senda e sob uma linha multívoca de argumentação, iremos abordar neste estudo a relação conceitual e estrutural entre algumas propriedades fundamentais da Constituição: força normativa, postulado de atualização (vertido numa

5 “O que se chamou de paixão dos gregos pela lei era a paixão pela conduta sistemática do governo de conformidade com esse ideal” (POUND, 1958, p. 6).

teoria especular, que iremos explicar em pormenores) e crença coletiva no imperativo constitucional. Tentaremos destacar ao longo das páginas, na medida do possível, o caráter relacional das representações conceituais apresentadas, de modo que o conhecimento em análise seja capaz de interferir na realidade, modelando-a, ou na pior das hipóteses, compreendendo-a melhor.

2. O valor pragmático da Constituição e a teoria especular

Uma Constituição parece ser apenas, por si mesma, um quadro abstrato e insubstancial (ou folhas de papel com símbolos linguísticos gravados). Não apresenta um valor intrínseco absoluto, vale o que valerem seus aplicadores⁶. A prática da Constituição depende ainda da constituição (moral, política, social, cultural, etc.) de cada um (BARTHOU, 1946, p. 144; SCHMITT, 2009, p. 46). Ela se firma pela abundância de seus partidários fiéis, e como toda fórmula política pouco significa fora do uso que dela se faz. Movida por sua própria força, sem a crença dos aplicadores e sem o empenho (engajamento) deles, ela não prevalece e pode, até mesmo, ser sabotada. O modo pelo qual ela é interpretada, absorvida (internalizada na comunidade política) e aplicada, constitui o ponto importante e a verdadeira realidade, reveladora de uma tendência francamente democrática (ou não). Ultrapassadas essas etapas e ajustadas as prioridades, e por uma singular combinação de qualidades, torna-se assim: 1) o mais puro e belo produto da razão democrática ponderada (que conduz as vontades e preside as instituições); 2) um laboratório que ajuda a preparar o público para a democracia e mostra-lhe o caminho a percorrer; 3) um filtro das forças vivas que despontam, sem

6 Diz Woodrow Wilson (1963, p. 15) com transbordante pragmatismo: “[...] os governos serão sempre governos de homens, e parte alguma de qualquer governo é melhor do que os homens aos quais essa parte está entregue. A bitola da excelência não é a lei sob a qual agem os funcionários, mas a consciência e inteligência com que a aplicam [...]. A luta em prol do governo constitucional importa na luta em prol das boas leis, sem dúvida, mas também a favor de tribunais inteligentes, independentes”.

cessar, na sociedade; 4) um instrumento que confere um sentimento de pertencimento nacional. De uma à outra extremidade, não há como fugir dessas evidências que fazem da Constituição não um amontoado de promessas, mas de realidades.

Extraída de seu puro confinamento formal, a Constituição não é apenas um documento vazado em termos exortatórios⁷, promitentes ou ad usum Delphini, nem um castelo de areia completamente indefeso. Ela cria mecanismos baseados num sistema de controles e de equilíbrios que garantem sua sobrevivência, sua observância e sua supremacia (força normativa⁸). Não há falar em força livre, autocentrada e suprema, no sentido de irrestrita ou absoluta, em um mundo de múltiplas forças, em que cada força somente atua da melhor maneira possível quando ajustada da melhor forma às forças que a cercam.

Dentre esses “mecanismos de controle e de equilíbrio” estão estruturas jurídicas (tribunais e outros órgãos afins – e não apenas o direito inerente de resistência ou de insurreição do povo) e políticas (poderes executivo e legislativo) para captar os inputs sociais ou institucionais e convertê-los em decisões que assegurem a inviolabilidade e a essencialidade das normas constitucionais⁹.

7 “As garantias da liberdade nas constituições americanas não são nem se pode pensar que sejam exortações quanto à maneira pela qual se deva conduzir o governo ou fazer-lhe funcionar os diversos órgãos. São preceitos da lei da terra, apoiados pelo poder dos tribunais de recusar que entrem em vigor atos do legislativo ou do executivo que lhes sejam contrários” (POUND, 1958, “preface”, V). Na pág. 105 do mesmo trabalho, Roscoe Pound ensina que a prescrição de limites e as garantias constitucionais seriam insignificantes se se considerassem tão só como piedosas exortações ou apelos à paciência e bom julgamento do legislativo ou do executivo, como se demonstra pelo destino das “Constituições latino-americanas”.

8 A emergência da força normativa é uma das glórias que coroam o constitucionalismo moderno (Cf. WILSON, 1963, p. 6), mas, por se achar condicionada por circunstâncias históricas, resulta relativa em seu valor.

9 Uma Constituição não provocada ou demandada, ou seja, em desuso, torna-se um fóssil jurídico-político imprestável. “A agitação faz parte da essência de um sistema constitucional [...]” (WILSON, 1963, p. 31-32) e os movimentos e as ações decorrentes dela aliviam a energia acumulada, restaurando ou mantendo a estabilidade sociopolítica. Nas formas não constitucionais de governo, não se dispõe de nenhum escape à ação, podendo daí resultar uma espécie de fúria de desamparo, cuja louca consequência dê em resultado a destruição do próprio governo.

Vê-se, portanto, que a própria Constituição cria uma ponte entre seu texto e a sociedade para garantir-lhe uma energia normativa essencial e, paralelamente, sua evolução.

Esses órgãos e essas autoridades públicas (com legitimidade para fazer respeitar as normas constitucionais) não são elementos isolados, forças independentes vagando em torno de seus próprios interesses, mas mecanismos de uma força cuja fonte – a Constituição – lhes confere autoridade. São servomecanismos¹⁰ ou pontes entre a Constituição e a sociedade constituinte, cujo ofício concretiza uma função especial pela qual serve o interesse coletivo de salvaguardar o imperativo constitucional.

Na Magna Carta de 1215, documento constitucional imposto pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, já constava, em germen, a necessidade de um mecanismo para fazer observar o acordo. Eis o que propunham os nobres:

Dê-nos a promessa solene, como monarca, de que este documento lhe servirá de guia e regra em todas as relações conosco, confirme essa promessa pela solene aposição de seu sinete, admita alguns dentre nós como comissão que acompanhe a observância deste acordo [...] (WILSON, 1963, p. 4-7).

Sete anos após a Magna Carta, em 1222, os nobres na Hungria obtiveram do seu rei um documento de orientação semelhante, a “Bula Dourada”, para a qual se voltavam todos os que lutavam por privilégios na Hungria, como fizeram os ingleses com a Magna Carta. Mas os húngaros não conseguiram um governo constitucional e o motivo determinante foi o de não terem montado um mecanismo para a manutenção e a observância do acordo, como fizeram os ingleses.

Os ingleses da época de João Sem Terra possuíam o instinto prá-

¹⁰ “As instituições governantes não são agentes independentes, mas refletem a distribuição de poder existente na sociedade em geral” (CHOMSKY, 2002, p. 22).

tico de ver que promessas no papel são apenas promessas no papel, salvo se a parte que pedir privilégio se mantiver tão vigilante e pronta à ação como a parte que exercer o poder. Não basta formular os mais valiosos direitos, reuni-los e dispor deles num documento jurídico (Constituição ou lei). Só assumem imperatividade e supremacia jurídica se puderem ser executados ou garantidos por meios próprios. É lei, em sentido amplo, tão só aquilo que pode ser executado (ou garantido) por meio de mecanismos particularmente criados para esse desiderato.

Algumas Constituições escritas, ao não preverem esses mecanismos de observância, traziam em si sua própria ruína (e pouca força normativa). A Constituição norte-americana foi salva dessa sorte por conta de engenhosa construção jurisprudencial, no famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, em que foram fixadas as bases da judicial review.

De fato, é a eventual possibilidade de sanção e a possível intervenção judicial e da força pública que permite distinguir as regras jurídicas (incluindo-se as constitucionais) de preceitos morais ou usos sociais. Sem dúvida, as normas constitucionais têm, por si mesmas, uma eficácia “racional ou intelectual”, visto que se trata de fazer reinar a ordem e a justiça, e estes ideais superiores exercem um certo apelo sobre o espírito dos homens. Ademais, se não houvesse, na maioria dos casos, uma obediência espontânea, e se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível (HAURIOU, 1971, p. 29-30)¹¹. Portanto, as normas jurídicas, em especial as constitucionais, para serem cumpridas, carecem despertar em cada um a crença de que devem ser observadas por representar os elevados ideais de racionalidade, de ordem e de justiça. Quanto maior e mais disseminada essa

11 Não são os tribunais e as forças policiais que constroem os cidadãos a pagar suas dívidas, a fazer o serviço militar e não emprestar dinheiro a juros exagerados. Estes constrangimentos são leis criadas sob o pálio da Constituição (PÉCAUT, s/d, p. 205).

crença, menos será necessário o recurso à intervenção judicial e à coerção externa ao sistema.

É preciso ressaltar, todavia, que a força normativa da Constituição não pode ser medida, simplesmente, pelo grau de aceitação ou obediência espontânea da norma constitucional na comunidade, mas pelo nível de efetividade na realidade jurídica e política da referida comunidade. Qualquer poder só se impõe (ou se legitima) pela sua efetividade. Logo, à escoteira, a obediência natural não fornece um teste preciso da força normativa dos dispositivos constitucionais. Há um inafastável ingrediente de efetividade institucional.

Suponhamos dois sistemas constitucionais. Um provido com os mecanismos institucionais de proteção do imperativo constitucional e outro carente de tais controles. O exemplo é dado por Roscoe Pound (1958, p. 8-9). No primeiro sistema, os dispositivos constitucionais obrigam igualmente cidadão e funcionário, sendo vigiados pelos tribunais por processos ordinários (ou especiais – controle de constitucionalidade) a pedido das pessoas agravadas (ou dos atores institucionais legítimos). Determinado governo tomou conta de um negócio particular por meio do Exército. Os proprietários entraram imediatamente em juízo com ação ordinária contra os que agiram imediatamente, questionando a legalidade da apropriação, e obtiveram sentença favorável do tribunal. Compare-se este caso com o incidente da prisão de deputados (membros da câmara do corpo legislativo) por Napoleão III, então presidente da França. Um dos deputados adiantou-se à frente dos soldados e leu-lhes a Constituição. Mas o executivo foi o juiz de seus próprios poderes. Nada mais era possível fazer senão protestar. O executivo prevaleceu. No primeiro sistema, o remédio contra a ação em excesso dos poderes legais é a ação judicial, o processo de interdito ou o mandado exhibitório. No segundo, é a insurreição, rebelião ou revolução.

A carga normativa e principiológica da Constituição permite às Cortes Constitucionais atuarem, virtualmente, como uma convenção constituinte permanente, adaptando o texto constitucional às necessidades das épocas posteriores (SCHWARTZ, 1979, p. 193; BAUM, 1987, p. 206-207), expandindo ou contraindo padrões constitucionais. Afinal, cada geração possui a sua própria escala de valores¹² e uma Constituição, como obra humana, não pode ser compreendida ou aplicada isolada do contexto histórico, independente do tempo. Um exemplo enfático é a Suprema Corte dos Estados Unidos e suas decisões históricas que ajudaram o país a enfrentar os seus diversos desafios, como: integração racial nas escolas, reformulação do número de legisladores, aborto, reza nas escolas, etc.

Eliminados os mecanismos de observância do imperativo constitucional e garantidores da atualização da suprema lex, tem-se que a força normativa não remanesce. Ignorada essa base de apoio, nenhuma energia normativa pode ser razoavelmente mantida. Portanto, qualquer Constituição desacompanhada dessas propriedades apaga parte das conquistas do constitucionalismo moderno e polui a convicção na supremacia da norma constitucional.

Esses mecanismos que asseguram a força normativa da Constituição devem ter um sistema de valores que motiva suas atividades, sendo o principal deles a fé no próprio imperativo constitucional. Essa “fé” consiste basicamente em viver na e pela Constituição, enquanto instrumento de estabilidade e de progresso social (na medida em que o instrumento constitucional apresenta razoável grau de eficiência em alcançar os fins dispostos). Nutrir essa convicção no imperativo constitucional é útil, na proporção em que estimula os outros a também observarem igual comportamento. É possível, como reflexo da experiência com a natureza humana,

12 Se um determinado fato da vida é, em um lugar e tempo dados, considerado justo, pode ser em outro tempo e lugar tido por injusto. Isto se deve a que o juízo do justo e do injusto inclui a consideração de diferentes circunstâncias (COHEN, 1956, p. 336-337) que não podem ser aprisionadas definitivamente num documento fundamental.

educar e modelar as mentalidades pelo exemplo (o “exemplo arrasta”), estimulando os múltiplos atores a agirem de um modo socialmente desejável. O imperativo constitucional, de um lado, substitui e mantém, e de outro lado precede e desperta o sentimento e a ideia de que há deveres que exigem estrita observância.

Tudo o que diz respeito ao ser humano encontra na confiança um dos valores mais altos da vida, capaz de criar um ciclo perpétuo de retroalimentação de uma poderosa sugestão. A coexistência pacífica dos homens baseia-se em primeiro lugar na confiança mútua¹³, e só depois sobre instituições como a Justiça ou a polícia (EINSTEIN, 1981, p. 101). Por exemplo, a disposição das pessoas em pagar impostos depende em sua fé ou confiança na administração tributária (de que os tributos recolhidos reverterão em bens e serviços universais). Na Lógica, também, o apelo ao argumento de autoridade é perfeitamente legítimo quando a autoridade é digna de confiança para lastrear a conclusão (com um julgamento apoiado em evidências objetivas). Com a Constituição, enquanto magna instituição humana, não é diferente, a confiança do público – adquirida a partir de uma efetividade institucional – empresta vigor à essencialidade de suas normas.

A Constituição, como conquista moderna da razão democrática ponderada, substitui, de certa forma, a ideia predominante no passado, em que o indivíduo, na busca por segurança, sacralizava qualquer coisa carregada de algum poder extraordinário, dotada de alguma qualidade protetora. E como objeto sagrado moderno, a suprema lex leva inscrita a seguinte recomendação: “Trate com cuidado” ou *noli me tangere*¹⁴. Não é por outro motivo que se encontra rodeada de uma série de prescrições, limitações e formalidades para admitir qualquer alteração em seu conteúdo.

13 “A sociedade não poderia existir sem a confiança na retidão e na habilidade dos outros, e, por isto, esta confiança está profundamente gravada no nosso coração” (FICHTE, 2014, p. 73).

14 Fato é que, uma vez violada por pessoal não autorizado, a Constituição perde a “garantia do fabricante”.

Outro aspecto que assemelha a Constituição com objetos sagrados do passado primitivo é o fato de, por conta de sua sobrecarga de força, para aproximar-se dela não serem suficiente precauções rituais, mas uma atitude de submissão e de respeito, ou seja, a convicção “quase religiosa” em sua supremacia.

Apesar disso, sem uma garantia institucional e judicial de observância do imperativo constitucional, só resta ao documento supremo reter em si mesmo as condições de sua própria firmeza. E aqui, sem contar ao menos com a fé secular e não transcendente do coletivo em sua supremacia, resta muito pouco ou quase nada de sua força normativa. Fato é que sem os mecanismos institucionais de observância, o concomitante elemento subjetivo e coletivo de crença social fundamental em sua superioridade e o postulado de atualização, a posteriori, não há falar em força normativa constitucional imanente¹⁵.

O que vem a ser esse postulado de atualização constitucional? É o espelhamento dos padrões dinâmicos de mudança do mundo social, por meio dos mecanismos institucionais previstos na própria Constituição. Daí porque também pode ser chamado de teoria constitucional especular. A experiência cotidiana, a reflexão e o contraste com os fatos são o combustível dessa atuação institucional, o princípio dinâmico que move o sistema. O movimento de mudança (ou de atualização especular do instrumento constitucional) é gerado, espontânea e naturalmente, pelo fluxo de inputs sociais¹⁶. Esse postulado pode ser imperfeito, carregado de interesses e contradições, mas sempre será útil e necessário

15 A força normativa decorre da Constituição, é consequência de seus comandos normativos, mas de um modo relacional extrínseco. Sem essa “relação extrínseca”, a imanência dessa força normativa é mera idealização de um sistema jurídico estabelecido sob o princípio da autossuficiência ou de uma simplificação radical feita para convencer. Se persiste a crença nesse postulado de força imanente, resta o aprisionamento da Constituição a si mesma dentro de um princípio de autossuficiência normativa tornado obsoleto pela história do constitucionalismo moderno.

16 Nenhuma instituição democrática pode se furtar ao controle público, sob pena de restringir a democracia. O postulado de atualização e os inputs sociais constituem a cunha do escrutínio público que se insinua no constitucionalismo.

ao enriquecimento do espírito constitucional. Se, por um lado, promove a purificação dos elementos desdemocratizantes, por outro estimula a identificação do conteúdo normativo constitucional com a estrutura social envolvente.

A fé secular e não transcendental aludida acima (destituída, obviamente, do caráter messiânico) pressupõe uma convicção compartilhada de ideias, interpretações e valores que tornem viável o imperativo constitucional. A sociedade precisa de paradigmas firmemente estabelecidos (GELLNER, 1996, p. 34), principalmente sob os auspícios da razão e do capital cognitivo sedimentado nas camadas mais profundas. Não há ordem social íntegra sem alguns padrões racionais aceitos universalmente e esgrimidos como uma segunda natureza, que se impõem sem o látego do medo, da coerção ou da superstição.

A ideia do Direito simbolizada em sua cúspide constitucional, se por um lado fortalece os oprimidos, por outro desarma os possíveis opressores. A força proveniente dessa crença no inabalável império do Direito é toda ela espiritual e íntima, possuindo a autoridade da ideia reconhecida como válida, verdadeira e justa. A sociedade relacionalmente organizada não pode passar sem o auxílio de crenças e convicções na funcionalidade e na legitimidade de suas instituições fundamentais. Abolir essas crenças já assimiladas por completo seria destruir a sociedade. As ranhuras e as rupturas aparecem quando, por um motivo ou por outro, essas convicções sofrem abalos.

A sociedade precisa de regras que estabeleçam deveres. Os deveres se apresentam quando existem regras sociais que, naturalmente, os estabelecem (DWORKIN, 2002, p. 79-80). Essas regras sociais surgem se as condições para a sua prática estão satisfeitas. Tais condições verificam-se quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento constitui uma regra social e impõe um dever. Suponha-

mos que um grupo de igrejeiros siga a seguinte prática: a) todo homem tira o chapéu antes de entrar na igreja; b) quando lhe perguntam por que tira o chapéu, ele se refere à “regra” que lhe exige que proceda assim; e c) quando alguém esquece de tirar o chapéu ao entrar na igreja, é criticado e até mesmo punido pelos demais. Assim, temos um dever e uma aceitação tácita desse dever por parte da comunidade. Mutatis mutandis, a comunidade “tem” uma regra social que estabelece o documento fundamental como um imperativo a ser respeitado, acolhido e observado em todos os momentos¹⁷. Essa regra, ao criar um dever, retira a questão relativa a respeitar ou não a Constituição, em qualquer circunstância, da esfera mais geral das questões que podemos debater em termos do que é recomendável que façamos. A existência de uma regra social neste sentido é, portanto, a existência do dever, é simplesmente uma circunstância factual.

As duas forças (de estabilidade e de progresso) que animam as normas constitucionais dirigem-se e somam-se para ressaltar o imperativo constitucional na consciência de todos. Funcionam como um teste de tornassol para destacar a energia construtiva do constitucionalismo, apoiada e sustentada pela força coletiva. A regra social de obediência à Constituição é uma das tantas instituições¹⁸ não estabelecidas em leis ou na suprema lex que surge e se desenvolve naturalmente por impulso próprio, no seio de uma determinada comunidade.

A definição do poder normativo da Constituição dissociada dos mecanismos de defesa, da hipótese especular e da convicção no imperativo constitucional (como elemento subjetivo muito característico e imponderável) pode ser logicamente correta, mas ra-

17 A aceitação desses padrões ocorre como expressão da ordem, da racionalidade, da justiça e da segurança pressupostas na suprema lex.

18 Em termos de história política, uma instituição é simplesmente uma prática estabelecida, método habitual de haver-se com as circunstâncias da vida ou dos encargos do governo. Podem existir instituições firmemente estabelecidas de que a lei nada saiba (WILSON, 1963, p. 12).

cionalmente defeituosa. Fixar essa característica força normativa imanente sem o apelo a instituições e mecanismos externos seria como “levantar-se puxando pelas alças das próprias botas” – como diz a expressão inglesa *lift oneself by one’s own bootstraps* – ou agir como nos contos do Barão de Münchhausen, que conseguia desenterrar-se da lama puxando-se a si próprio pelos cabelos.

Obviamente, não podemos confundir a ordem lógica com a ordem racional (COURNOT, 1946, p. 60). Esta se refere à essência das coisas (consideradas em si mesmas) e deve ser a expressão fiel das relações que elas têm entre si, em virtude de sua natureza e de sua essência própria. A ordem lógica refere-se à construção das proposições (forma e linguagem) e é um instrumento do pensamento, traduzindo um enfoque artificial dependente de certas criações de nosso espírito. O peculiar à realidade, ou seja, sua fluidez, seu dinamismo, sua temporalidade, é inacessível à ordem lógica. Em termos lógicos e geométricos, é plenamente correto asseverar que a energia normativa da Constituição é proveniente de si mesma; mas pelo ângulo sistêmico, multirrelacional e prático das coisas, em termos racionais, o esquema para ser efetivo e factível exige outras propriedades que se ligam à substancialidade da experiência da vida¹⁹. Temos, portanto, uma classificação artificial, verbal e puramente lógica (força normativa imanente) e racional (teoria especular – ou postulado de atualização – e convicção no imperativo constitucional).

A aplicação das normas legais não é, nem pode ser, totalmente lógica, exigindo certo julgamento moral. No caso das normas constitucionais, há ainda um inafastável julgamento político, uma vez que todas elas estão abertas à interpretação de toda a sociedade.

19 A vida da lei não pode ser a lógica, mas sim a experiência (SOWELL, 2011, p. 156; SCHWARTZ, 1979, p. 202). Não obstante, a lógica deve permanecer como um dos pontos básicos de qualquer sistema de interpretação jurídica. Interpretar uma parte de um documento – quer seja uma Constituição, uma lei ordinária, um contrato ou um testamento – de maneira que não seja logicamente compatível com outras partes do mesmo documento é, para dizer o mínimo, violar os cânones de uma interpretação sólida e objetiva.

Assim, o papel desempenhado pela Constituição não é fácil, de forma a ser compreendido imediatamente pelo seu aplicador.

Embora a Constituição, através dos mecanismos criados por si, logre autopreservar-se (por meio de sua força normativa relacionalmente extrínseca), não consegue, por um processo que poderíamos chamar de “autofecundação” (ou autossuficiência normativa), evoluir e entregar sempre novas soluções adaptadas ao momento, pois careceria de agentes externos que fornecessem os estímulos (inputs) necessários; careceria de “pautas que conectam”. Não por acaso, qualquer pessoa afetada pela infração de um direito ou garantia assegurada pela Constituição tem à sua disposição um remédio judicial, pelo qual o direito pode ser restaurado (SCHWARTZ, 1979, p. 197). Sem tal remédio não teríamos meios de assegurar a força normativa da Constituição nem seu postulado de atualização. A ação social (ou institucional) é constitutiva da existência constitucional e tem aplicação universal.

O desenvolvimento constitucional é dualístico, determinado tanto por sua força normativa, quanto pela teoria especular ou de atualização (ou ainda “mecanismo de constante adaptação”). Destaque-se, todavia, que a força normativa é impossível de manter-se sem a teoria especular, daí porque essas duas propriedades constitucionais podem ser utilizadas de maneira quase intercambiável, embora designem etapas distintas do evoluir simétrico da Constituição. Não esqueçamos que todo passo evolutivo ou de desenvolvimento implica um acréscimo de informação a um sistema já existente.

Constituição nenhuma evolui quando lançada (ou retida) num vácuo social: ela extrai energia dos estímulos externos (nem sempre favoráveis à sua estrutura, como se dão com as “forças desdemocratizantes”) e se fortalece no entrelaço reivindicativo de forças convergentes, superpostas ou antagônicas, com um mínimo de atrito e desperdício. Mas sempre busca sua razão de ser no lago comum denominado “meio social”. O embasamento

social da Constituição é tal que, sem ele, seus comandos cairiam no vazio: virariam, efetivamente, símbolos inúteis gravados numa folha de papel. Se o documento fundamental estrutura a sociedade, é, por sua vez, modelado por ela, por meio de padrões que surgem conforme as circunstâncias de tempo e de espaço sempre mutáveis. A sociedade subministra, em última análise, os padrões a que tem de amoldar-se, em definitivo, o contexto constitucional, resultando em um produto social (numa espécie de “simbiose social”) e em um produto do seu tempo.

E por que a Constituição muda (ou evolui) a partir de um postulado de atualização que lhe é externo? Por conta da experiência de cada dia, da reflexão e do contraste com os fatos. A realidade social é descontínua, com muitas rupturas, plural, dialética, enfim, dotada de uma mecânica própria. E para estabilizar esse tecido, a suprema *lex* precisa desenvolver-se continuamente, criando um esquema de possibilidades e um cenário normativo ligado ou permeável ao futuro.

Sem espelhar os padrões dinâmicos de mudança do mundo social, nenhuma instituição é capaz de ter vida longa. Tudo, atualmente, é variável, vertiginosamente variável, pertencendo ao passado as estruturas sociais ou políticas estáticas. E nada é absoluto nas coisas políticas ou sociais, exceto a moralidade interior dessas mesmas coisas (BARTHOU, 1946, p. 133)²⁰. O movimento de mudança não é gerado pela força normativa da *Lex*, *per se*, mas decorre, naturalmente, dos inputs sociais. E assim, ganha vida e um impulso rumo ao futuro, à variabilidade, solucionando os problemas que vão surgindo, numa espécie de atividade estruturante.

Todos os comandos constitucionais estão sempre na iminência de trânsito da possibilidade ao ato concreto, de transformar-se em realidade, mediante o postulado de atualização e dos inputs

20 O avanço da experiência social grava traços decisivos na sociedade e ecoa na forma como a Constituição é interpretada e aplicada.

que adentram no sistema. Através da teoria especular, o futuro impõe-se ao presente ou faz-se presente. Sem atualização especular, a riqueza normativa constitucional transforma-se em miséria. As possibilidades constitucionais precisam tocar a realidade, sob pena de recaírem no vazio formal da sua pura normatividade.

As noções a respeito do nosso meio natural, social ou individual não são definitivas: estão todas em movimento, todas são provisórias e prontas a serem substituídas ou aperfeiçoadas a qualquer momento. Sempre é concebível que possa surgir uma nova situação em que nossas ideias, por mais firmemente estabelecidas que estejam, resultem inadequadas (BUNGE, 1981, p. 33). Portanto, propriedades como fluidez, plasticidade, adaptabilidade e atualidade ajudam a conferir longevidade a um documento constitucional, convertendo-o em um “sistema de transformações” ou de “possibilidades”.

Não se presta a ser, a Constituição, um documento de uma geração morta a reger os destinos de uma geração viva. Deixa a cada geração de homens a determinação do que hão de fazer de suas vidas, como a conduzirão ao futuro e como estabelecerão a busca pela felicidade pessoal e coletiva. Toda geração desenvolve uma teoria própria da Constituição. Não se podem fixar os ideais da liberdade de geração em geração, diz Woodrow Wilson (1963, p. 6); cada uma sente a existência de uma maneira determinada e somente a sua concepção pode ser a imagem ampla do que é. Liberdade fixada em lei inalterável não é absolutamente liberdade. O governo forma parte da vida e, com a vida, tem de mudar, não só os objetivos como as práticas; somente este princípio deve ficar inalterado – este princípio de liberdade, segundo o qual deve existir o mais livre direito e oportunidade de ajustamento. A liberdade política consiste no ajustamento que melhor se possa praticar entre o poder do governo e o direito do indivíduo; e a liberdade de alterar o ajustamento é tão importante quanto ele próprio para a facilidade e progresso dos negócios e contentamento do cidadão.

A cada estímulo ou provocação, a Constituição oferece uma resposta. E cada resposta (ou decisão) bem-sucedida (no sentido de estabilizar as relações sociais) produz um novo desequilíbrio²¹ a exigir novos ajustes criativos (é mais ou menos como se passa no método científico, em que cada resultado é fonte de novas perguntas e de novas inquietações), mas sempre a partir de seu contexto normativo (parece ser esta a sina de todo instrumento político, produzir algumas instabilidades que procura dissolver). Esses “desequilíbrios” ou “instabilidades” acontecem porque o texto constitucional não é um espelho plano, liso e bem polido, que reflete com objetividade imutável a realidade que se põe diante dele, dependendo, para isso, do alcance cognitivo e interpretativo de seus aplicadores (não por acaso, dissemos no início deste ensaio, parafraseando T. Jefferson, que “as normas valem o que valerem seus aplicadores”). Mas somente assim, de problema a problema, de uma solução a uma nova solução, o sistema constitucional ascende e evolui, atraindo a confiança da sociedade e, engenhosamente, ampliando seus limites normativos²². Esse postulado de atualização é um ativo valioso para a manutenção da contemporaneidade (e, portanto, da funcionalidade) do sistema constitucional, dividindo a cena com uma ética do dever que leva à adesão convicta no imperativo constitucional.

A elaboração e a evolução da Constituição estão condicionadas pela estrutura histórica e social. O instrumento fundamental não se divorcia de seu tempo, caminha lado a lado, na plenitude de suas determinações variáveis, fluidas e concretas. Através de seus mecanismos de controle e de equilíbrio está sempre pronto para servir às exigências históricas, já que o reino da realidade que é a vida, é essencialmente temporal e móvel. A

21 Um desequilíbrio ou um problema sempre estabelece um movimento dialético de superação e de perfeição.

22 Um sistema constitucional é, acima de tudo, sensível a estímulos sociais, e a eles responde, entregando normatividades estabilizadoras e que, em certos momentos, proporcionam um salto no futuro.

lógica que guia uma Constituição não é a meramente formal, mas a lógica do real, de uma realidade que se oferece como universal e essencialmente dinâmica.

Do ponto de vista jurídico, não há nada de supérfluo nas linhas de uma Constituição. Nenhum desperdício ou inutilidade (na esteira do axioma aceito universalmente de que “não há palavras inúteis na lei”). Tudo apresenta um sentido e um fim. Este cenário indica, deterministicamente, sua força normativa. Todavia, se o sistema constitucional extrair sua força normativa apenas do texto fundamental corre o risco de fechar-se em si, esterilizar-se, degradar-se com o tempo (por falta de estimulação dos inputs²³) e perder o vigor de sua complexidade interna.

Restringir a energia normativa da Constituição aos seus elementos normativos formais, além de ser uma “falácia vital” (pois pressupõe uma crença conveniente sem qualquer vislumbre de fundamento racional ou empírico), implica um inevitável empobrecimento, assim como ignorar a realidade (decididamente polimorfa). Implicaria, ainda, converter a Constituição em objeto de si mesma. Entretanto, se essa almejada “autossuficiência” normativa for complementada (ou enriquecida) por um sistema mais complexo gerando interconexões (inputs/outputs) ou pautas conectivas com a sociedade, ganha elasticidade, fluidez, adaptabilidade e atualidade. O contrário é evidente, como já dito: sem o postulado de atualização, a Constituição tem sua força normativa diminuída ou até derruída, acabando por se tornar, realmente, uma “folha de papel” ou um “ruído sem substância”²⁴. O valor ou o significado fático, como diz Mario Bunge (1981, p. 11), assinalado aos objetos formais (no caso, a Constituição), não é uma propriedade intrínseca dos mesmos. A obediência à simples lógica jurídica interna da Constituição sem referência ao contexto social pode esvaziá-la de sentido e de alcance.

23 Toda fiscalização, participação política ou demanda jurídica é um estimulante para qualquer Constituição e fonte perene de atualização.

24 Sem o lastro social, há uma espécie de “entropia constitucional”, em que a suprema lex esteriliza-se e perde funcionalidade, deixando de criar possibilidades para apenas consumi-las.

Por si só, solta, sem amarras, sem missão, sem mecanismos de defesa e de fluxo social (inputs/outputs), a Constituição não tem sentido, nem força normativa. E nada mais antinatural que uma Constituição despojada de sua “essencial possibilidade”. É como descarnar um corpo deixando à mostra uma pura e ressequida ossatura, um caput mortuum.

No mundo jurídico, nada existe por si nem tem em si sua própria causa. Tudo é relacional: uma coisa só pode definir-se (e existir efetivamente) em relação com outras ou por uma cadeia de conexões. Nada tem significado se não for visto ou situado em algum contexto (BATESON, 1997, p. 25; COURNOT, 1946, p. 106; BUNGE, 2017, p. 353; WAGENSBERG, 1989, p. 46)²⁵. Não é diferente com a Constituição, instrumento jurídico fundamental do Estado, que não pode manifestar-se com plenitude se não estiver vinculada ou conectada com outros meios. Assim, a autossuficiência normativa da Constituição ameaça anulá-la, em vez de exaltá-la, se não for seguida de mecanismos institucionais que a façam ser observada e cumprida (ressaltando sua supremacia). Sem esses meios, a lex é vassala e refém de si mesma, não senhora.

Força normativa e atualização institucional/social, embora elementos separados, se conectam e são modelados um pelo outro num recorte multirrelacional. Assim como a natureza, uma Constituição só pode construir (evoluir, progredir) sobre o já existente, sobre uma estabilidade intrínseca. Ela não existe ou progride por si, autocentrada em seu texto normativo ou introspectivamente, mas na relação estabelecida com a sociedade constituinte (e seus múltiplos players), onde deita raízes suficientemente

25 Realidade, como diz o astrofísico vietnamita Trinh Xuan Thuan (2018, p. 317), é o resultado da participação de um número ilimitado de condições e de causas que mudam sem cessar. Os fenômenos não são nada em si mesmos. Obtêm sua natureza da dependência mútua. De sorte que a realidade não pode ser considerada como fragmentada e localizada: está interconectada e deve ser apreendida em seu conjunto. O mundo, enfim, apresenta-se como um conjunto de coisas interconectadas. O “todo não é senão a resultante dessas relações” (PIAGET, 1979, p. 11). Na mesma linha F. Capra (1982, p. 75): “O mundo apresenta-se, pois, como um complicado tecido de eventos, no qual conexões de diferentes espécies se alternam, se sobrepõem ou se combinam, e desse modo determinam a textura do todo”. Há muitos séculos, F. Bacon (NICOL, 1989, p. 72) já advertia que a razão humana empresta uma fixidez substancial às coisas que são fluidas.

profundas para resistir às tempestades políticas (que não poderia conseguir por nenhum outro meio). Funda-se uma Constituição, portanto, sobre realidades e conduz a realidades, destacando seu aspecto objetivo e excedendo-se a si mesma.

Em um contexto social, acolhedor ou refratário, uma Constituição goza de amplo significado ou de nenhum valor. Logo, não é somente o texto em si, a palavra isolada ou a norma lançada no papel, que tem valor ou força, mas o contexto em que estão inseridos e para o qual devem atuar. A palavra contexto é uma palavra apropriada, necessária, para esclarecer ou fixar o valor, o significado, o sentido e o peso de uma Constituição, como fenômeno jurídico e político de uma determinada sociedade.

Quando reduzimos a Constituição a uma fundamental e intrínseca força normativa, perdemos a capacidade de entender as atividades coordenadoras do sistema constitucional como um todo. Deixamos escapar a existência de outros ingredientes que, em conjunto e relacionalmente (ou contextualmente), respondem por essa energia normativa imperativa.

A energia normativa da Constituição goza, no atual contexto constitucional, de um grau máximo de “assertividade garantida”; é algo incontestável e necessário para dotar o feixe de normas de supremacia e essencialidade (e não um conjunto de prédicas morais lançadas a ouvidos moucos), mas essa força não é gerada pelo simples movimento em torno do seu eixo normativo; não é autoirradiada ou autocentrada. Sua essência e sua perdurabilidade não são atributos simplesmente endógenos. O fator de validade desse feixe de normas e produtor de sua energia jurídica não é uma hipotética e metafísica norma fundamental²⁶ não

26 Esta NHF é o “nada metafísico”. E do nada, nada provém (ex nihilo nihil fit). A norma pode ser irredutível ao fato (como afirmava Kelsen), mas sua aplicação não o é. A estrutura jurídica em forma de rede algébrica falha em sua cúspide, na norma que funda a legitimidade do todo e em particular da Constituição. A que unir a “norma fundamental” se ela não resulta do ato de “reconhecimento” por meio do qual os sujeitos, de direito, lhe conferem sua validade? (PIAGET, 1979, p. 86).

histórica ou extra-histórica (decorrente de um legislador ideal ou de qualquer outra fictitious entity política, econômica ou filosófica), e sim o povo (titular do originative power, o legislador racional real) e suas múltiplas – e sempre renovadas – exigências individuais, comunitárias e sociais.

Sem o vetor povo, comunidade ou sociedade, como titular do poder original, escapa-se-nos a justificação racional e moral para a existência da ordem jurídica e para a aspiração da justiça social. Sem essa realidade como pano de fundo das instituições públicas, a ideia de justiça seria uma abstração para deleite dos teóricos, e não um factum histórico a permear a ordem real. Não há como negar, portanto, a relação que se estabelece entre a teleologia humana e a etiologia jurídica. De um lado, temos o sentimento permanente de justiça, e por outro um conceito variável do justo; há uma vontade social e uma ação individualista e arbitrária do Estado. Tudo parece desembocar em fins (sociedade) e meios (Estado e instituições).

A força normativa não surge ex nihilo, mas em virtude de uma construção histórica que alia mecanismos de defesa, postulado de atualização e fé coletiva (e institucional) no imperativo constitucional. Como essa especial força é uma noção que só pode definir-se em relação a essas três variáveis, ela não possui realidade por si mesma (é uma fecunda ficção, como tantas outras criadas pelos seguidores entusiásticos do positivismo jurídico). E mais: a força normativa passa a existir quando as variáveis referidas tornam-se efetivas (temos, então, um maximum de força normativa). Assim, faltando todas, inexistente força; faltando uma ou outra, reduz-se seu alcance (temos um minimum de força normativa).

A “verde árvore da vida” é muito superior à “cinzenta teoria”. Res non verba (“ações e não palavras”). Assim, a força normativa constitucional jaz na ação (interpretação, aplicação, mutação, etc.), e não no formalismo e no virtuosismo da palavra aprisio-

nada. É possível afirmar que a Constituição atualiza sua força normativa por meio das forças sociais (e políticas) e mediante sua múltipla relação com outros mecanismos. Logo, a verdadeira noção de substância constitucional é extraída da ação, situada fora de seu puro contexto normativo.

Sem esse amparo social, a Constituição não pode erguer-se muito além de suas raízes. Mas uma coisa não exclui a outra (na verdade, complementam-se, correlacionam-se, interconectam-se): a força normativa da lei fundamental e seu postulado de atualização. Há uma coevolução do sistema constitucional e da sociedade: é uma relação autorreforçadora. Os inputs da sociedade enriquecem o espírito constitucional e os outputs constitucionais consolidam as mudanças sociais. Mas o sistema é muito mais o que entra e o que sai²⁷, sendo o que permanece, a estrutura normativa dotada de uma potencial eficácia.

Somente o povo (essa espécie de “arma definitiva”), seja na estabilidade, seja em momentos de crise profunda – por meio de seu poder constituinte, eletivo, fiscalizador ou de resistência –, tem o direito, incontestável, inalienável, irrogável e irreversível de alterar, modificar ou reformar a estrutura política básica ou fundamental, quando sua proteção, segurança, prosperidade e felicidade o exigirem²⁸. O povo sempre será o melhor guardião das próprias liberdades (além de juiz de sua própria causa e responsável por seu destino) e, em regra, o mais confiável, pois como reconhece o senso comum “o povo sabe onde lhe aperta o sapato, quais os agravos que lhe pesam mais”.

Quanto mais exposto está o exercício do poder político a um sem número de tentações, tanto mais poderosos motivos con-

27 A estrutura do que entra (demanda, input) deve, de algum modo, refletir na estrutura do que sai (decisão, output).

28 O povo pode mudar a Constituição, mas enquanto ela existir e cumprir suas funções de estabilidade e variabilidade, o povo deve cumprir suas determinações.

vém dar aos que têm a função de combatê-las. Neste sentido, a vigilância do público é o mais constante e universal de todos os que detêm essa função. O público forma um tribunal cujo valor excede a todos os outros juntos (BENTHAM, 1991, p. 72). É possível que seus decretos sejam desprezados ou que suas opiniões sejam tidas como flutuantes e divergentes, destruindo-se umas às outras; mas esse tribunal, ainda que capaz de erro, é incorruptível, aspirando incessantemente a instruir-se, detendo toda sabedoria e justiça de uma nação.

O sentimento popular, seja de aprovação ou de censura, é fator básico para, decididamente, influenciar instituições e decisões. Entre instituições democráticas há uma especial sensibilidade a esse sentimento (ou medo à “grande fera”), tendência a respeitar o humor social e constante sujeição ao teste de legitimidade. Quando se manifesta (através de passeatas, manifestações de rua, etc.), a ação coletiva reflete um poder incapaz de ser contido.

Embora uma Constituição, como todo artefato humano, seja obrigatoriamente imperfeita (não há meios cem por cento efetivos de evitar os inconvenientes nos negócios humanos), ela é dotada de perfectibilidade²⁹ por meio dos debates, das lutas, das dificuldades e da constante vigilância (o processo criador do Direito, em si, implica luta e confrontação que se inserem num contexto mais amplo de cooperação). O entorno social e sua dinâmica exercem uma persistente pressão seletiva sobre a atualidade das normas constitucionais, indicando a sua direção evolutiva e a sua versátil mutabilidade.

O controle do público e a exigência de responsabilidade perante o verdadeiro soberano (povo) imprimem novas nuances ao edifício constitucional. Os conflitos e as contradições típicos de uma sociedade móvel, diversificada e anônima encontram melhor reso-

29 Uma das grandes virtudes da Constituição não está em uma suposta perfeição, mas na perfectibilidade. E por isso abriga um ingrediente de mudança que não pode ser eliminado.

lução nos mecanismos de um sistema alavancado num equilíbrio dinâmico (irradiação normativa + vitalidade social) do que em decisões rígidas guiadas pelo tradicionalíssimo formalismo jurídico.

A realidade constitucional, por conta desse lastro social que lhe confere vida e dinamismo, se apresenta em camadas mais do que em superfícies planas e definitivas, reunindo num sistema (o sistema constitucional) propriedades que suas partes ou componentes carecem. O sistema constitucional, por exemplo, apresenta-se aberto e fluido a uma interpretação evolutiva, enquanto o texto constitucional (preso em si) apresenta um formalismo geométrico. O texto constitucional não abarca tudo, há muita coisa fora dele, mas dada a sua plasticidade pode ser ampliado em seu alcance. Exemplo disso são os direitos fundamentais e a cláusula de emenda prevista no art. 5º, § 2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”).

Um sistema constitucional é um sistema vivo e aberto. Expectativas, necessidades e interesses fluem para dentro dele (inputs), enquanto decisões e comandos fluem para fora (outputs). Na Constituição existem vaguezas que carecem ser colmatadas; contradições que desafiam precisão; exageros que requerem moderação; e tudo isso passa a girar num fluxo de atualização interminável (curso inacabável)³⁰. Esse fluxo constante revela a espantosa capacidade que o sistema constitucional tem para melhorar a si próprio, para evoluir e atravessar o tempo (para perdurar, enfim). Evolução que se dá à luz da reflexão e da experiência hauridas a partir de um locus social por via de conduto institucional.

Em torno de uma Constituição escrita, anota Woodrow Wilson (1963, p. 18-19), desenvolve-se um corpo de práticas que che-

30 Em termos técnicos, isso recebe o nome de sistema aberto (chamando a atenção também para a “textura aberta” das disposições constitucionais) (HART, 2009, p. 175).

gam a modificar as estipulações escritas do sistema por muitas maneiras sutis, tornando-se instrumento da opinião para efetivar lenta transformação. Se assim não fosse, o documento escrito se tornaria roupagem por demais rígida para organismo vivo. Por esse modo especial, as instituições são criaturas das opiniões e das práticas habituais do povo. O pensamento de cada homem é parte da substância vital das instituições. Com a mudança do pensamento dele, podem mudar as próprias instituições. Tal o motivo que torna a cidadania tão responsável e solene.

Ao integrar um sistema aberto, a Constituição está evidentemente em estado de fluidez, é uma Constituição viva (na expressão de Bagehot, uma “living Constitution”). Normas, conceitos e princípios são moldados para reger situações díspares que vão surgindo ao longo do tempo compatíveis com o paradigma irregular da sociedade pós-moderna. Paralelamente a isso, tudo o que se pode dizer com segurança é que estamos atravessando um tremendo desenvolvimento evolucionário, destinado ainda a produzir mudanças na defesa dos direitos constitucionais tão profundas como as que ocorrerão na sociedade em geral (SCHWARTZ, 1979, p. 218). Como sistema aberto, o direito constitucional consegue sobreviver e atravessar todas essas instabilidades produzidas.

A Constituição é mais construtiva do que reflexo passivo da sociedade; ela envolve a criação de alternativas racionalizadoras, que vão além do estabelecido e das demandas momentâneas do ambiente social. Assim, são propriedades fecundas de uma Constituição: fluidez (capacidade de enfrentar novos problemas), plasticidade ou elasticidade (capacidade de evoluir), adaptabilidade (expandindo e contraindo padrões constitucionais para atender as exigências móveis da sociedade), coerência (isenta de contradições insuperáveis³¹), completa (isenta de lacunas) e atualidade ou contemporaneidade (dada a contínua interpretação e reinterpretção de novos fatos por meio de mecanismos criados por si).

31 O direito constitucional tem de submeter-se, todo ele, à exigência de que todas as suas partes sejam mutuamente coerentes – e coerentes consigo mesmas.

3. Forças desdemocratizantes e o imperativo constitucional

Aplicadores sem compromisso com essa cultura de respeito e de submissão não se detêm perante violações constitucionais favorecedoras de seus próprios interesses (sinister interests) e de suas manipulações de curto alcance. Interesses derivados tão bem defendidos que se tornam obras-primas de esperteza. Esses intérpretes/aplicadores parecem providos com o poder de dispensa a todas as regras e obrigações da moral, no momento em que interpretam os dispositivos constitucionais como lhes apraz e os aplicam de acordo com a própria métrica; indivíduos para os quais não há outro centro na vida que o do seu próprio interesse. Mas isso não pode ser motivo para desanimar da fé no imperativo constitucional. Sabe-se que todo regime de liberdade faculta aos maus instintos da natureza humana maior número de meios para se manifestar³² (CROISET, 1918, p. 226) e que em todas as coisas humanas se veem luzes e sombras. Forças desdemocratizantes e vulnerantes à Constituição sempre existirão e sempre estarão à espreita, mas o fator decisivo não está nessa funesta atuação ou expectativa de ação, mas na capacidade das instituições fundadas pelo Texto Maior de resistir e impor limites a elas. Afinal, as regras só são quebradas quando se pode fazê-lo impunemente.

Se tudo o que serve para tornar a democracia possível é realmente democrático, por um raciocínio reverso tudo o que funciona para tornar a democracia impossível caracteriza-se como força desdemocratizante. Um cenário no qual a maioria não tem nenhuma ou pouca convicção no imperativo constitucional, os piores (constituídos numa minoria) serão os únicos capazes de sentir (e de protagonizar) intensamente essas forças desdemocratizantes de que falamos.

32 Uma sociedade democrática está mais predisposta do que outras sociedades ao reconhecimento de uma pluralidade de valores. É também mais vulnerável do que outras sociedades, em virtude dos conflitos potenciais e latentes em tal pluralidade (HOOK, 1964, p. 128).

Esses maus instintos (“forças desdemocratizantes”) existem antes, durante e depois de qualquer regime constitucional e democrático, mas a liberdade democrática gera um contraste que os faz se destacar à luz do dia. A publicidade destrava a atuação de forças democráticas conservadoras, neutralizadoras ou canalizadoras, obrigando os “oficiantes do mistério” a submeter-se às formas previstas em lei.

Não se prendem leões com teias de aranha ou fios de seda. Para fazer frente a essas energias desdemocratizantes é necessário o apelo à força normativa da Constituição devidamente amparada por uma aplicação fiel. De nada vale uma norma forte, se não for efetivamente aplicada. Controle e equilíbrio são palavras essenciais para um governo sadio e duradouro. Esse binômio tem numa Constituição republicana o seu locus de garantia e de proteção, e por meio dele preservam-se o processo e a autoridade democráticos.

É exigido do intérprete e do aplicador da norma fundamental, sob o influxo desse imperativo constitucional, um elevado grau de devoção, não sendo possível desincumbir-se de sua missão se não crê nela apaixonada e assertivamente. Essa necessária “devoção” é pré-condição essencial para várias atividades sociais como estudos filosóficos, investigações científicas e para a conduta normal de uma vida.

4. Constituição e as restrições ao poder da maioria

Uma função básica da Constituição é tirar certas decisões do processo (político) democrático ou condensar em suas entranhas os fatores objetivos de poder. É justamente por isso que a lei fundamental não obedece a uma tradição rotineira (wisdom of our ancestors), mas evolui como um organismo vivo (living Constitution), *pari passu* com o perpétuo movimento social. Um sistema constitucional pode ser teoricamente belo, inteiramente

geométrico, mas sempre será um sistema morto e entrópico, se não for alimentado pelas exigências da vida. Neste sentido, há certos assuntos que, pela altíssima relevância, são extraídos das vicissitudes da política destrutiva e colocados fora do alcance das maiorias mutáveis e do corpo burocrático (com a sempre presente subcultura de corrupção lateral), e estabelecidos como princípios a serem respeitados pelos tribunais (as chamadas “cláusulas pétreas”³³). O direito de cada um à vida, à liberdade e à propriedade, à liberdade de expressão, a uma imprensa livre e outros direitos fundamentais não podem ser submetidos ao voto: não dependem do resultado de nenhuma eleição, nem do humor de maiorias ou minorias empoderadas.

A democracia não é o domínio absoluto da maioria do momento³⁴, nem uma arena adequada para a concessão de poderes ilimitados. Toda espécie de experiências demonstra que grande número de indivíduos oprimem grande número de outros indivíduos; os partidos, muitas vezes, senão quase sempre, oprimem outros partidos, e as maiorias quase universalmente as minorias. Tudo o que esta observação pode significar, em consistência com qualquer aparência dos fatos, é que o povo jamais concorda unanimemente em oprimir a si mesmo. Mas se um partido concorda em oprimir outro, ou a maioria a minoria, então o povo estará oprimindo a si próprio, porquanto uma parte dele está oprimindo a outra.

Há, realmente, alguns indivíduos cuja vida e cujas narrativas demonstram que, em todo pensamento, palavra e ato, conscientemente respeitam os direitos de outem. Há um grupo, maior ainda, que no conteúdo geral de seus pensamentos e atos revela princípios e sentimentos semelhantes e que, entretanto, erra fre-

33 As cláusulas pétreas constituem um mecanismo jurídico para balancear o poder absoluto contido nas maiorias eventuais (Cf. PRZEWORSKI, 2010, p. 245). As maiorias inclinam-se a hesitar de dia para dia e a oscilar à feição de um pêndulo, de um lado para outro (ADAMS, 1964, p. 180).

34 O regime absoluto de certa maioria acaba sendo o domínio absoluto do chefe da maioria.

quentemente. Se, a partir dessas evidências, admitirmos que a maioria dos homens se acha sob o domínio da benevolência e de boas intenções, deveremos, ainda assim, confessar que vasta maioria frequentemente pratica transgressões; e, o que fere mais diretamente o ponto, não só a maioria mas quase todos confinam sua benevolência a suas famílias, seus parentes, seus amigos pessoais, sua aldeia, sua cidade, e poucos são os que realmente a estendem imparcialmente a toda a comunidade humana. Aceita essa verdade, fica a questão decidida (ADAMS, 1964, p. 133-134). Se uma maioria é capaz de preferir seus próprios interesses particulares ou os de suas famílias, nada mais sensato que na Constituição existam certos direitos imunes aos humores da maioria de turno e que se estendam ao bem público e a todos indistintamente, sem apelo a considerações particulares e parciais.

5. O sentimento da predominância e da supremacia das normas constitucionais: o imperativo constitucional

O constitucionalismo apodera-se do reino antes reservado exclusivamente à religião, às crenças e aos tabus primitivos. A narrativa sofre profunda mudança, antes traduzida num estilo fantástico e sobrenatural, passa a um discurso racional, obedecendo aos cânones da lógica interpretativa e, mais recentemente, à razão democrática ponderada. A “religião da legalidade”, dos cânones constitucionais, em que o povo exprime seus impulsos por meio de instituições criadas pelo sistema constitucional.

É bem de religião que é preciso falar, com efeito, se quisermos exprimir que o respeito das leis deve dominar os homens e uní-los num mesmo sentimento (PÉCAUT, s/d, p. 209). Qualquer que seja a ilegalidade, é sempre a aceitação do reinado da injustiça, da arbitrariedade. Se ela se generaliza por imitação, não há causa mais ativa de decadência moral e material para um povo.

Um sistema constitucional que não desperte ou estimule uma crença fundamental no valor da sua observância e respeito – uma espécie de catecismo constitucional –, acaba não estabelecendo as condições necessárias para o valioso equilíbrio entre variabilidade (por progresso gradativo) e estabilidade na sociedade. Muito de sua força normativa esvai-se com a falta dessa fundamentalíssima crença. O verdadeiro governo dos homens não se exerce simplesmente pelas leis, mas pelos valores que eles adotam e que regem suas vidas e inspiram suas leis.

Um povo que acredita na virtude da força vinculativa suprema das normas constitucionais está pronto a reconhecer o valor e depositar sua obediência à justa aplicação delas, legitimando, por arastamento, todo o ordenamento jurídico. A compreensão da dignidade do ser humano repousa, em termos jurídicos e em última instância, nos artigos, incisos, alíneas e parágrafos da Constituição. Mesmo no fracasso ou na derrota, é fácil o consolo quando se sabe que o dever – proveniente da lei maior – foi cumprido até o fim, permanecendo-se fiel às tradições e aos valores constitucionais.

Esse sentido vívido da liberdade haurido das certezas conferidas pela cultura de respeito constitucional e pelo acúmulo de interessantes (e nobres) verdades eleva os cidadãos acima de si mesmos, inspirando-lhes um ardor de obediência inteiramente novo, nem fruto do arbítrio nem da pura força, mas de uma vontade livre, lúcida e razoável, somente alcançável quando reunidos numa comunidade que persegue um fim comum valioso. Quando confrontados por circunstâncias de conflito, mostram-se à altura e cada qual, feliz por lutar pela própria liberdade e pelos direitos purificados à luz constitucional, revelam-se prontos a todos os sacrifícios. Na luta política não se pode recolher benefícios sem afrontar riscos (BARTHOU, 1946, p. 27). Este espírito resiliente só é conquistado quando as pessoas percebem, em seu íntimo, uma generalizada submissão à fé constitucional pelas instituições públicas, principalmente aquelas predispostas a serem os primeiros bastiões de garantia (os guardiões constitucionais).

Essa “fé constitucional” não pode ser visualizada apenas pela visão central, exige uma visão periférica ou tangencial, visto que a Constituição extrai sua força de elementos de atualização jacentes na sociedade (e não em seu próprio corpo formal – dado o caráter evolutivo, mutável e movediço desses elementos de atualização). Formalmente, o texto constitucional pode até ser geometricamente belo, teoricamente robusto, mas será um construto bastante fraco se não for fortalecido pela substância da vida social, pelos seus inputs. O fluxo eterno das coisas menospreza produtos sem conexão essencial com a vida multifária, derivados apenas de concepções arbitrárias e incompletas da realidade. Logo, ela (fé constitucional) é o coroamento de um edifício diverso, tentacular e evolucionário, que em sua extensão, largueza e anchura deve ser capturado e submetido a análise constante.

É necessário compreender, por essa perspectiva, que a Constituição é um fenômeno histórico e cultural, e como tal evolui e avança no tempo, mesmo que sua letra permaneça intocada. E avança por meio de múltiplos e aparentes impulsos conflitantes, mas que acabam sendo cooperantes no grande projeto do constitucionalismo. Sem a vis attractiva constitucional, desejos, impulsos e propósitos se movimentariam em todas as direções e não chegariam a lugar algum. Constituiriam um puro dispêndio de energia, sem ordem nem concerto³⁵.

Se o sentimento da predominância e da supremacia irresistível das normas e dos princípios constitucionais não encontra solo fértil para estender suas raízes e nutrir a cultura jurídica de um país, em constante expansão, abre-se um largo caminho para a dissolução de toda a ordem política e social³⁶, para uma guerra de todos

35 Constitui um dos paradoxos da vida numa sociedade livre, que ações de natureza aparentemente tão destrutivas, pelo teor de conflituosidade inerente, possam ter como resultado um ato de criação, de contributo para a grande obra constitucional.

36 “Um Estado cujas leis sejam mal obedecidas e em que reine uma desobediência civil endêmica é um Estado doente e em vias de decomposição” (POLIN, 1976, p. 63).

contra todos, para um estado de coisas no qual apenas o egoísmo puro e o interesse pessoal têm a última palavra. Na pior das hipóteses, essa cultura ajuda a medir a capacidade de resistência do ordenamento jurídico em relação aos movimentos (e contramovimentos) que tendem a perturbá-lo ou desestabilizá-lo.

O sentimento mais ou menos forte dessa cultura constitucional pode gerar um círculo virtuoso ou vicioso; assim, quanto maior o respeito e a reverência pelas normas fundamentais, mais perfeita será a ordem social, e quanto menor o sentimento da prevalência constitucional, mais frágil a ordem daí advinda. Ademais, num meio social ou institucional composto de indivíduos ou agentes com forte personalidade autoritária (cujas posições jurídicas são de imposição arbitrária e segundo categorias rígidas), um sistema popular de governo tem muitas dificuldades para sobreviver e prosperar.

A observância institucional constante e linear dos padrões constitucionais estabelecidos cria, aos poucos, uma cultura de respeito à Constituição que penetra, por contínua infiltração, nas profundas camadas do povo. E isso faz com que esse povo experimente uma forma mais poderosa de liberdade, aquela derivada da certeza dos limites e das restrições impostas a todos. Aberta essa senda, é fácil penetrar o pensamento popular, banhando-o numa educação moral e política. Seria imprudente generalizar essa observação, de modo a torná-la uma lei rigorosa de aplicação universal, esperando extrair os efeitos desejados.

A pouca afeição ou o gritante desapego às fórmulas constitucionais se revela sob dois prismas: 1) oposição ao conteúdo real dos dispositivos constitucionais (o que gera, por exemplo, o paradoxo da superioridade da lei sobre a Constituição); 2) utilização de certos direitos previstos na Constituição de modo oposto ao verdadeiro sentido que eles apresentam. É preciso ressaltar que, em termos de realidade jurídica brasileira, a desafeição constitucional

se insere num espectro maior de crise de alguns conceitos essenciais da dogmática jurídica como: rigidez constitucional, segurança jurídica, irretroatividade das leis, princípio da legalidade, etc.

Uma das funções da ordem jurídica é traçar limites claros à atuação de suas instituições. A clareza é imanente ao poder delimitador do Direito e liga-se ao seu conceito de compartimentalização da liberdade. Se há uma tábua de direitos fundamentais inscrita na Constituição, há o correspondente dever de suas instituições de cumpri-la e fazer cumpri-la em qualquer situação. Apenas nesse sentido, teremos uma cultura de supremacia constitucional efetiva. A Constituição só é ficção quando encarada, por um motivo ou outro, como um “castelo de areia” ou uma representação abstrata de um ideal distante.

É importante observar, realisticamente, que a Constituição, embora traga uma extensa tábua de direitos fundamentais, não tem uma fórmula capaz de eleger um, diante de valores conflitantes. Estima no mesmo espaço normativo, tanto a liberdade de expressão quanto o direito à vida privada. Não nos diz, todavia, qual dos dois direitos tem prioridade, quando entram em colisão. Exprime os valores que vão servir de guias na aplicação de regras e proibições gerais. Mas de maneira alguma formula diretrizes específicas de prioridade, quando esses valores, regras ou proibições entram em conflito. A Constituição, como toda obra humana, é falível e tem suas limitações (HOOK, 1964, p. 54), e não importa quão frequentemente emendada, não é um documento de receitas sobre a maneira de como misturar ou equilibrar os direitos individuais ingredientes.

De qualquer modo, os limites traçados pela ordem jurídica, tendo em sua cúspide a lei fundamental, confere unidade e definição à comunidade nacional contida no raio de abrangência do Estado. Mas é preciso reparar que um país, uma nação, um povo, não é costurado apenas por uma Constituição, um sistema legal e instituições políticas adequadas. Não se pode confundir cultu-

ra com instituições; a cultura de um povo é mais que a soma de suas instituições políticas, jurídicas ou econômicas.

A Constituição, enquanto não reforçada por outros aspectos da sociedade, restringe-se realmente a uma folha de papel. Talvez não seja possível enumerar em estudo tão breve os pré-requisitos de um Estado de Direito³⁷ ou de uma democracia estável, mas certamente a reverência ao predomínio constitucional se insere entre os mais importantes. Se determinado povo não tem uma cultura constitucional ou a tem numa versão frágil, não atribuindo a importância devida à Constituição e sendo incapaz de compreendê-la como uma norma suprema e estável (e dotada de força estabilizadora), inviabiliza grandemente o princípio democrático ou cria uma perigosa fissura no Estado de Direito.

A implementação e o estímulo a tal cultura ou sentimento, que não é difícil de ser alcançado como se imagina, contribuirá para fazer cessar todo conflito suscitado por motivos egoístas entre o interesse dos indivíduos, da sociedade ou do Estado, fazendo refluir a causa principal dos crimes, dos vícios, das arbitrariedades³⁸ e dos privilégios. O aperfeiçoamento dessa cultura proporciona a uma poliarquia (governo da maioria) um locus especial para o ajuste pacífico de conflitos entre diferentes grupos de interesse.

6. Constituição e alfabetização política do povo

É através de instituições fundadas pela Constituição que se abre o ensejo de aprendizagem e de alfabetização política do povo.

37 Decorrem logicamente do Estado de Direito: estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, afirmação dos direitos humanos fundamentais, existência de uma legislação para a personalidade jurídica, responsabilidade da Administração Pública e controle jurisdicional da legislação (DÍAZ, 1972, p. 29 e seg.).

38 Não é demais lembrar que o Direito é o conjunto das condições universalmente exigidas para que o livre-arbítrio de cada um se concilie com o dos outros, contendo-os em limites previamente definidos.

O bom senso coletivo nutre-se, em boa medida, dos assuntos públicos assentados e regulados na suprema lex. A concórdia e o espírito aberto ao diálogo, se não encontram origem na fundação constitucional, certamente robustecem-se na letra e no espírito de uma Constituição democrática, onde tudo se acha organizado em vista da paz e da solução pacífica dos conflitos.

A alfabetização política de um povo não é um fato consumado, um produto acabado, nem uma planta importada procedente de qualquer ponto, mas uma obra em curso (work in progress), um processo, um continuum, sendo produzida no solo constitucional e se expandindo na atmosfera da liberdade democrática. É uma batalha que se ganha a longo prazo. Nesse processo, o povo vai habituando-se a deliberar (criticando, induzindo, julgando³⁹, fiscalizando, participando ou votando) sobre grandes questões públicas, saindo do imobilismo típico de uma mediocridade existencial que vê apenas as vantagens imediatas e ingressando, pelo hábito da efetiva participação política, no campo das ideias livres, ousadas e responsáveis.

O hábito da liberdade democrática desenvolve a inteligência natural do povo, como prova a história em relação aos antigos atenienses. E confere, sem sombra de dúvida, uma arma eficaz para o empoderamento do povo, principalmente diante de elites habituadas ao comando. Inexistindo esse continuum de educação, ao fim não se tem um povo, mas uma população estúpida, dócil e submissa à ribaldaria dos demagogos de plantão⁴⁰. Um governo democrático, como dizia Madison (CHOMSKY, 2002, p. 60), sem

39 Como diz Aristóteles (1995, p. 29), quando o povo é senhor dos julgamentos, é senhor da cidade.

40 A descrição sobre as massas de Emerson é emblemática: “Deixe de lado esta conversa hipócrita a respeito das massas. As massas são rudes, deficientes, informes, perniciosas em suas demandas e influência... Não quero conceder nada a elas, mas domá-las, subjugá-las, dividi-las e desintegrá-las, e retirar delas indivíduos... Não desejo nenhuma massa, mas apenas homens honestos... e nada de milhões de lazzaroni bebedores de gin e de inteligência curta. Não quero o louvor das massas, mas o voto de homens isolados que nele depositam sua honra e sua consciência” (apud WARREN, 1975, p. 21).

informação popular ou sem meios de adquiri-la, não é senão o prólogo de uma farsa ou de uma tragédia; talvez de ambas.

Assim como a mente, ao ser mantida em uso, apresenta poderes inesgotáveis, do mesmo modo um povo participando continuamente dos assuntos públicos sob a proteção de sua Constituição expande sua cultura política e transforma-se no grande fiador da liberdade. Neste aspecto específico, a Constituição é, indiscutivelmente, um guia emancipador e mobilizante; um guia de civilização, enfim.

Em um povo imerso nesse processo de aprendizagem por muito tempo, o espírito público será elevado a uma altura maior, pois quanto mais os homens se instruírem sobre os interesses públicos, mais terão uma noção exata de quão importantes são. As boas ideias serão mais comuns e as ideias nocivas serão impugnadas publicamente; haverá um domínio ou uma vigilância maior sobre os enganos dos demagogos e as ilusões dos impostores (BENTHAM, 1991, p. 74-75). Em todas as classes penetrará um hábito de razão e de moderada discussão, com respeito recíproco e tolerância à diferença.

Uma opinião pública forte e rigorosa, como existe em alguns lugares de costumes austeros, sustenta o indivíduo, ampara as boas ações públicas e reprova as más condutas (PÉCAUT, s/d, p. 57). Se a opinião relaxa, tornando-se excessivamente indulgente, o indivíduo acaba entregando-se a si mesmo e aos primeiros impulsos.

Com o sufrágio universal e a educação pública, as pessoas comuns, normalmente apáticas e passivas, se organizam e se empoderam, tentando entrar na arena política em busca de seus interesses e demandas, ameaçando o status quo, o establishment. Isso desperta um fenômeno curioso entre as elites dirigentes que, em regra, designam de “crise da democracia”. O antídoto para esse medo pânico foi a criação de meios de propaganda e de captura da opinião pública, colocando o público no seu devido lugar como espectador e consumidor da ação (não de participante e coprodutor).

Por meio de recursos propagandísticos, a minoria arranca da maioria um “consentimento sem consentimento”. Cria-se um sistema de controle remoto das cabeças e dos corações, em que se busca “cativar primeiro as mentes dos homens para depois escravizar-lhes os corpos” (HANKIN, 1963). Uma era tecnocrônica de homens condicionados, de robôs programados e felizes. Derrotar esse sistema de desinformação pressupõe reforçar as trincheiras da informação, da publicidade ativa e da opinião democrática (fruto do debate e da contradição).

Todavia, o povo não é uma “grande fera que precisa ser domada”, como dizia Alexander Hamilton (CHOMSKY, 2002, p. 52); precisa antes ser respeitado e acolhido, convertendo-se de espectador passivo em participante na arena política.

A sociedade, quanto ao grau de participação política, divide-se em três classes (BENTHAM, 1991, p. 81): 1) a primeira, mais numerosa, se ocupa pouquíssimo dos negócios públicos, não tendo tempo nem disposição para ler e discutir; 2) a segunda é composta por aqueles que criam um juízo, mas um juízo emprestado, sobre opinião alheia, sem ter a capacidade de formar um juízo por si mesmos; 3) a terceira, menos numerosa, é constituída por indivíduos mais bem instruídos que julgam por si mesmos, de acordo com informações colhidas em fonte própria (são elites formadoras de opinião e que abastecem a segunda classe).

Só há três formas de uma população, inconsistente por essência, tornar-se consciente, esclarecida e funcional ao seu papel político, convertendo-se na nobreza que se convencionou chamar de “povo” ou de uma sociedade constituída de indivíduos responsáveis: 1) pela educação política; 2) quando sabiamente dirigida ou guiada; 3) quando há imprensa livre. Ou seja, por trás de todo grande povo há um bom estadista, uma imprensa livre ou um sistema constitucional que proporciona um locus para o contínuo – e estável – aprendizado político. Locus onde o povo adquire o

conhecimento dos seus direitos e dos seus erros, assim como o poder de esgrimir os primeiros e de corrigir os segundos, sempre dentro das linhas geométricas traçadas pela Constituição.

Não há na política ou na sociedade partes separadas ou incomunicáveis, embora sejam distinguíveis. Compete a essas três categorias políticas (sistema constitucional, estadismo e imprensa livre) empregar todas as medidas e adotar todas as precauções possíveis para propagar e perpetuar essa saudável alfabetização política. E isso pressupõe um trabalho contínuo, paciente e interatuante, geração após geração. Educar um povo não exige pressa e não é o tipo de coisa que possa ser acelerado.

A satisfação do devotamento ao imperativo constitucional é a regra de ouro que distingue um bom estadista. Não se exige de um bom estadista que seja um “filósofo benevolente” ou um “sábio ilustrado”, mas que saiba distinguir, com nitidez e em todas as circunstâncias, o interesse privado do dever público, e por este se guie. Além disso, bons estadistas e gestores detêm amplas informações sobre a natureza dos homens, as necessidades da sociedade e a ciência da boa governança. Sem eles e a influência benéfica que exercem, o povo pode agir injusta, leviana, brutal, bárbara e cruelmente como qualquer outro tirano, como provam os anais da história.

A imprensa, cuja liberdade é zelosamente garantida na Constituição, é um meio valioso de educação política do povo, estando estreitamente vinculada à democracia. Através da instrução e das escolas, da imprensa e dos demais meios de comunicação, o homem comum torna-se consciente de seus direitos e consciente do seu poder para organizar-se na defesa de seus interesses (BECKER, 1947, p. 86; SIMON, 1951, p. 137; DUVERGER, 1975, p. 238; HANKIN, 1963, p. 14). Além destes préstimos, a imprensa livre desempenha relevante papel na proteção da sociedade contra os abusos do poder (VIÑAS, 1983, p. 202). Em consequência,

é prudente não criar obstáculos à distribuição do material produzido pela imprensa, mas, ao contrário, estimular a circulação de livros, revistas, jornais e periódicos.

Sobre o papel da imprensa em uma grande democracia como os Estados Unidos, vale a pena transcrever as palavras de Merrick Bobb:

Uma imprensa livre com um apetite insaciável de responsabilizar funcionários eleitos e nomeados é indispensável em uma democracia que funcione adequadamente. A imprensa americana tem uma reputação merecida por seu jornalismo investigativo, ceticismo, obstinação e ousadia diante da intimidação. A imprensa derrubou presidentes por meio da exposição de escândalos. Por exemplo, o presidente Nixon acabou renunciando depois que o Washington Post expôs Watergate⁴¹. (BOBB, 2021).

O grande risco da imprensa é ser cooptada por grupos políticos ou econômicos (perdendo sua independência) e se render aos reclamos econômicos, fazendo dos fatos artigos para o mercado. Mas como a educação das massas não é monopólio da imprensa, os outros atores podem contrabalancear eventual desequilíbrio decorrente da teoria liberal democrática.

A ignorância, seja a nível individual ou social, seja a nível científico ou político, é uma grande causa de ruína dos indivíduos e das sociedades. Sempre que conhecimento e sensibilidade gerais prevalecem entre o povo, decrescem e desaparecem, proporcionalmente, o governo arbitrário e toda espécie de opressão. A participação política, alavancada e alimentada pelo conhecimento numa relação circular, tem sido, sempre que existiu liberdade, a causa da própria liberdade. O consentimento esclarecido dos governados é a pedra de toque de uma sociedade livre e democrática.

⁴¹ No original: "A free press with an insatiable appetite to hold elected and appointed officials accountable is indispensable in a properly functioning democracy. The American press has a well-deserved reputation for its investigative journalism, skepticism, doggedness, and boldness in the face of intimidation. The press has brought down Presidents through exposure of scandal. For example, President Nixon ultimately resigned after the Washington Post had exposed Watergate".

O ponto de coesão desse consentimento esclarecido é avaliado pela confiança coletiva na prevalência da Lei Fundamental e em sua capacidade de estabilização e de progresso ordenado. Destaca John Adams (1964, p. 4-12), em clássico estudo político, que não se pode preservar a liberdade sem a existência de conhecimentos gerais entre o povo. Além disso, o povo tem direito indiscutível, inalienável e irrevogável a esta outra temida e invejada espécie de conhecimento: o do caráter e da conduta de seus governantes. Estes nada mais são que representantes, agentes e administradores do povo; e se a causa, o interesse e a confiança forem insidiosamente traídos ou temerariamente desperdiçados, o povo tem o direito de revogar essa autoridade que ele mesmo cedeu e de constituir outros agentes representantes e administradores. E a preservação dos meios de conhecimento entre as classes inferiores é, para o público, de maior importância que as propriedades de todos os homens ricos do país.

Toda a educação e todo o esclarecimento cívicos precisam, antes de tudo, ter fins práticos na gestão dos assuntos públicos: reforma de abusos, correção de erros e eliminação de preconceitos. Nada corrige melhor e mais rapidamente o rumo político do que a severidade de juízo de uma nação bem alfabetizada e exercitada na discussão dos negócios públicos.

Se o povo se encontrar universal e profundamente esclarecido, dificilmente se deixará enganar por artifícios políticos. E isso contribui para criar um círculo virtuoso: povo esclarecido elege governantes capazes e dignos; e bons estadistas, com suas resoluções sábias e acomodadas às circunstâncias, contribuem para a plenitude cidadã, amparando a liberdade de imprensa como impulso necessário às liberdades públicas.

7. Conclusão

O Direito detém um poder moral, além do que é sempre uma técnica a serviço da ética – pelo menos de parte considerável dela – e da liberdade. No caso da Constituição, essa potência moral jaz não tanto em sua suposta força normativa intrínseca, mas na crença, distribuída entre todos que lhe estão sujeitos, no predomínio irrevogável de seus dispositivos e de seus comandos. Assim como qualquer instituição social, a suprema lex está condenada se não é acolhida pela consciência coletiva ou quando não se impõe às vontades como devendo ser realizada, respeitada e protegida.

A Constituição é um documento versátil, pois funciona como um pêndulo que oscila entre estabilidade e variabilidade, ordem e liberdade, tradição e inovação. É um documento que afeta não apenas o presente, mas também as expectativas e as possibilidades do futuro, inserindo-se como parte de um sistema montado para romper o tempo. De suas normas saem os comandos e as instruções para a criação e a validação de todo o ordenamento jurídico. É como um projeto básico de toda a estrutura jurídica do Estado (ela é o “conteúdo máximo” de estruturação do Estado de Direito); o passo seguinte é executar com precisão as instruções contidas no texto constitucional. Neste ponto, avulta em importância a fé jurídica, política e social na essencialidade constitucional como meio de garantir as virtudes necessárias para o progresso de uma determinada sociedade.

A catalogação de direitos na Constituição e sua força normativa leva o país apenas por parte do caminho (estabilidade⁴²). O resto da jornada exige uma participação efetiva de diversos atores com suas interpretações, inquietações, demandas, estímulos e inputs (variabilidade). De qualquer modo, estabilizar o presente é já

⁴² A estabilidade alcançada pela Constituição não é do tipo estático, mas de equilíbrio dinâmico (dada a necessidade vital, para a sociedade, de variabilidade).

um primeiro passo – de uma longa e árdua caminhada – rumo às contingências do futuro.

O cenário constitucional, em seu conjunto, forma um campo de observação política extremamente rico. Dele não ressaem apenas ferramentas de controle social, mas elementos de progresso social (estabilidade versus variabilidade). É um guia jurídico-político para a fundação ou refundação do Estado, vitalizado por uma energia normativa engenhosamente produzida e sujeita a uma constante atualização social. Que seria de uma Constituição sem fortes reservas sociais e sem uma firme convicção em sua supremacia, onde renovaria a sua força normativa? De um ponto de vista estritamente lógico-racional, a força normativa constitucional não é uma qualidade intrínseca, mas multirrelacionada a mecanismos externos de atuação obrigatória.

A força normativa de uma Constituição é uma ideia persistentemente indefinível – e dotada de certo grau de abstração – se não recorremos a três postulados: 1) mecanismos de observância da supremacia constitucional (arranjos institucionais); 2) postulado de atualização (ou teoria especular); e 3) convicção coletiva no imperativo constitucional. Isso porque são essas variáveis que estruturam a força normativa constitucional e possibilitam à Constituição alcançar seus vitais objetivos de estabilidade e de variabilidade. Sem a concorrência delas, num mundo onde reina o azar e a imprevisibilidade, a lei fundamental não seria o rochedo em que se edificam a segurança, a certeza e a regularidade.

A principal ponte – e obviamente não a única – entre a força normativa da Constituição e seu postulado de atualização são os tribunais (fazendo, paralelamente, da ordem constitucional uma ordem judicialmente mantida⁴³). A contínua interpretação, reinterpretção e revisão judiciais – em comunhão com os outros

⁴³ “Uma Constituição se faz estável quando há uma potestade estabelecida para protegê-la”, diz Jeremy Bentham (1991, p. 104).

players (teoria aberta da ordem jurídica) – capitaliza o potencial de atualização da *suprema lex*, desempenhando um papel ativo na evolução do sistema constitucional e político.

8. Referências

- ADAMS, John. Escritos políticos de John Adams. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- ARISTÓTELES. A Constituição de Atenas. Tradução de Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.
- BAGEHOT, Walter. The English Constitution. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/4351/4351-h/4351-h.htm>>. Acesso em: 4 mar. 2021.
- BARTHOU, Louis. El político. Tradução de Martín Rivas. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.
- BATESON, Gregory. Espíritu y naturaleza. Tradução de Leandro Wolfson. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997.
- BAUM, Lawrence. A Suprema Corte Americana. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BECKER, Carl L. Modern democracy. New Haven: Yale University Press, 4. ed., 1947.
- BENTHAM, Jeremy. Tácticas parlamentarias. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.
- BOBB, Merrick. Internal and External Police Oversight in the United States. Disponível em: <<https://www.prearesourcecenter.org/sites/default/files/library/internalandexternalpoliceoversightintheunitedstates.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2021.
- BUNGE, Mario. La ciencia: su método y su filosofía. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1981.
- BUNGE, Mario. Matéria e mente. Tradução de Gita K. Guinsburg. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. A ciência, a sociedade e a cultura emergente. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1982.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Manual da Constituição. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- CHOMSKY, Noam. O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e orgem global. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- COHEN, Morris R. Razón y naturaleza. Tradução de Eduardo Loedel. Buenos Aires: Paidós, 1956.
- COURNOT, A. Tratado del encadenamiento de las ideas fundamentales en las ciencias y en la historia. Tradução de Reggy Levi Villier. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1946.
- CROISSET, A. Les démocraties antiques. Paris: Ernest Flammarion Éditeur, 1918.
- DEWEY, John. La busca de la certeza: un estudio de la relación entre el conocimiento y la acción. Tradução de Eugenio Imaz. México: Fondo de cultura económica, 1952.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Edicusa, 1972.

DUVERGER, Maurice. As Modernas Tecnodemocracias. Tradução de Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EINSTEIN, Albert. Como vejo o mundo. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FICHTE, Johann Gottlieb. O destino do erudito. Tradução de Ricardo Barbosa. São Paulo: Hedra, 2014.

GELLNER, Ernest. Condições da liberdade: a sociedade civil e seus rivais. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

HANKIN, Francis. A democracia em ação. Tradução de Jordano Bruno Piubel. São Paulo: Ibrasa, 1963.

HART, H. L. A. O conceito de Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HAURIUO, André. Derecho constitucional e instituciones políticas. Tradução de José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1971.

HOOK, Sidney. The paradoxes of freedom. Berkeley: University of California Press, 1964.

NICOL, Eduardo. Historicismo y existencialismo. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

PÉCAUT, Pierre-Félix. Elementos de Philosophia Moral. Tradução de Benedicto Costa. Rio de Janeiro: Garnier, s/d.

PIAGET, Jean. O estruturalismo. Tradução de Moacir Renato de Amorim. Rio de Janeiro: Difel, 1979.

POLIN, Raymond. Iniciação política: O Homem e o Estado. Tradução de João dos Santos. Mira-Sintra (Portugal): Publicações Europa-América, 1976.

POUND, Roscoe. The development of constitutional guarantees of liberty. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1958.

PRZEWORSKI, Adam. Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

SIMON, Yves. Philosophy of Democratic Government. Chicago: The University of Chicago Press, 1951.

SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

SCHWARTZ, Bernard. Os grandes direitos da humanidade. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

SOWELL, Thomas. Os intelectuais e a sociedade. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.

THUAN, Trinh Xuan. La plenitud del vacío. Tradução de Antonio Francisco Rodríguez. Barcelona: Kairós, 2018.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. Manual de derecho político: los problemas de la democracia. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

VIÑAS, Antoni Rovira. El abuso de los derechos fundamentales. Barcelona: Península, 1983.

WAGENSBERG, Jorge. Ideas sobre la complejidad del mundo. 2. ed. Barcelona: Tusquets, 1989.

WARREN, Robert Penn. Democracia & Literatura. Tradução de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.

WILSON, Woodrow. Governo constitucional nos Estados Unidos. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963. (Coleção "Clássicos da democracia", n. 4)

Artigo recebido em 12/04/2021.

Artigo aprovado em 25/08/2023.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.443>

111 - 140

Artigo

**BREVE ANÁLISE DO
JUIZ DAS GARANTIAS
E SUA INFLUÊNCIA NO
SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO**

LUCAS MENDES FERREIRA PEREIRA

BREVE ANÁLISE DO JUIZ DAS GARANTIAS E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

BRIEF ANALYSIS OF THE ROLE OF THE JUDGE OF GUARANTEES
AND ITS INFLUENCE ON THE BRAZILIAN ACCUSATORY SYSTEM

LUCAS MENDES FERREIRA PEREIRA

Pós-graduado em Direito

Ministério Público do Estado de Minas Gerais | Belo Horizonte, Brasil

lucasmendesfpereira@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho explora o juiz das garantias no Brasil e discute as dificuldades para efetivá-lo no Poder Judiciário brasileiro. Antes de tudo, é importante estudar os sistemas processuais, tal como o inquisitivo e o acusatório, a partir do surgimento do Código de Processo Penal de 1941. Para tanto, esta pesquisa buscou examinar as dificuldades na efetivação dessa nova competência funcional, em cotejo com o que é praticado em outros países com realidades distintas da brasileira. Este estudo proporcionará algumas soluções, reputando como primordial a implementação gradual do juiz das garantias, a começar pelos grandes centros urbanos, depois pelas regiões metropolitanas, e, por fim, nas pequenas comarcas de vara única, sem abrir mão das soluções apresentadas por um grupo de juristas ao Conselho Nacional de Justiça. Assim, o Judiciário brasileiro não sentirá o impacto da nova competência funcional, o juiz das garantias.

PALAVRAS-CHAVE: sistema penal; inquisitório; acusatório; princípios constitucionais; juiz das garantias.

ABSTRACT: The current work delves into the role of the Judge of Guarantees in Brazil and addresses the challenges in its effective implementation within the Brazilian Judiciary. To achieve this, it is imperative to initially examine procedural systems, including the inquisitorial and accusatory models, tracing back to the emergence of the Penal Procedure Code of 1941. This research seeks to analyze the hurdles associated with integrating this novel functional competence, drawing comparisons with practices in other countries characterized by differing realities from Brazil's context. The study will propose potential solutions, with particular emphasis on the gradual adoption of the Judge of Guarantees's role. This process should initiate within major urban centers, subsequently expanding to metropolitan regions, and eventually encompassing smaller jurisdictions. These solutions have been presented by a group of legal experts to the National Council of Justice. Consequently, the Brazilian judiciary can more effectively adapt to the implications brought forth by the introduction of this new functional competence, the Judge of Guarantees.

KEYWORDS: penal system; inquisitorial; accusatory; constitutional principles; Judge of Guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Processo Penal Brasileiro e os Sistemas Processuais Penais; 2.1 O Sistema Processual Penal Inquisitivo; 2.2 O Sistema Processual Penal Acusatório; 3. Princípios Constitucionais Penais; 3.1 Contraditório e ampla defesa; 3.2 Imparcialidade do juiz; 4. O juiz das garantias e sua influência no sistema acusatório brasileiro; 4.1 A suspensão do juiz das garantias pelo STF; 4.2 A adoção do juiz das garantias em outros países; 4.3 O juiz das garantias no Brasil; 4.4 O problema estrutural da justiça brasileira; 4.5 Implementação de forma responsável no Brasil; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

A legislação penal e o sistema processual penal brasileiro sofreram notáveis alterações em seus dispositivos legais. Em 24 de dezembro do ano de 2019, por sinal, véspera das festividades natalinas no país, o Presidente da República, no uso de suas atribuições, sancionou a Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como pacote anticrime, com “vacatio legis” de trinta dias da data de sua publicação oficial. Entre as inúmeras mudanças, o legislador inovou ao trazer uma nova competência funcional, conhecida como juiz das garantias, até então vista somente nos meios acadêmicos e em outros territórios internacionais.

Antes de mergulhar no tema principal é importante ter uma compreensão do momento em que surgiu a lei processual penal brasileira, em 1941, no governo de Getúlio Vargas, uma época conturbada em que o país vivia um estado ditatorial conhecido como “Era Vargas”. Importa, pois, analisar o sistema processual penal e seus modelos, inquisitivo bem como acusatório.

Por conseguinte, será necessário fazer uma análise histórica do sistema processual penal e de seus modelos, além de estudar alguns dos princípios constitucionais do sistema penal acusatório em vigência no país: contraditório, ampla defesa e imparcialidade, princípios esses que possuem familiaridade com o juiz das garantias e foram grafados na Carta Política de 1988, sinal dos avanços da legislação penal pátria.

O juiz está investido de imparcialidade para julgar os litígios levados ao órgão jurisdicional e representa um dos três poderes da República brasileira. Vale lembrar que o princípio da imparcialidade estriba na Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã de 1988, e é um importante direito fundamental para o cortejo processual penal, afinal de contas garante maior lisura e segurança ao devido processo, já que direitos fundamentais como liberdade, vida, honra, entre outros, serão decididos pelo personagem togado.

O juiz das garantias, introduzido no Código de Processo Penal, é tido como algo inovador na sistemática processual brasileira; entretanto, sua funcionalidade foi suspensa, já que o ministro Luiz Fux, vice-presidente da Corte à época, e atualmente presidente do Supremo Tribunal Federal, decidiu suspender a eficácia do referido instituto por tempo indeterminado. O entendimento é que deve haver um maior prazo para os tribunais se adequarem e, assim, aplicarem com maior eficiência a norma inovadora, em especial nas regiões mais longínquas e de difícil acesso onde haja somente um juiz.

É em relação ao juiz das garantias que será delimitado todo o trabalho.

Procura-se, com este artigo, trazer elucidações ao problema criado pelo legislador, pois o Poder Judiciário não possui uma estrutura adequada para a implementação imediata do juiz das garantias. A presença de dois magistrados dentro de um mesmo processo, com atuações em momentos distintos, acarretará transtornos no funcionamento do Judiciário brasileiro, visto que um dos problemas é o pequeno número de juizes. Tal instituto, portanto, necessita de um melhor estudo e de maiores debates pela sociedade jurídica.

Nesse diapasão, é necessário também fazer um cotejo entre o juiz das garantias aplicado nos estados estrangeiros e o modelo adotado no Brasil. Afinal de contas, são realidades distintas, que não cabem em um país com dimensões continentais, ao que se agrega um Judiciário obsoleto. Por último, e não menos importante, algumas soluções serão esmiuçadas, entre as quais a de que se possa implementar de forma gradual diante da complexidade que envolve esse novo personagem do sistema processual penal.

Dessa maneira, este artigo espera oferecer uma mínima contribuição para a construção de uma ideia que possa vir a ser sedimentada e, assim, poder introduzir-se o juiz das garantias em

nosso ordenamento jurídico. Pensando bem, será um importante passo para a efetiva modernização das ciências penais; afinal, nossa lei processual já tem mais de oitenta anos e realmente carece de mudanças, mas de forma responsável.

Serão ainda abordados alguns conceitos, enfatizando-se as peculiaridades da doutrina, jurisprudência e legislação complementar, e comentários dos mais variados trabalhos científicos e revistas jurídicas do país. Assim, depois de percorrer o contexto histórico até se chegar ao tema elementar do estudo, importantes tratativas serão apresentadas ao final.

2. O Processo Penal Brasileiro e os Sistemas Processuais Penais

O Código de Processo Penal surgiu em meio ao regime ditatorial em 1941, ano em que entrou em vigor com o Decreto-Lei nº 3.689/41. Esta norma foi criada à sombra da lei processual penal italiana, que trazia consigo um legado de austeridade, haja vista que a Itália passava então por um regime fascista¹.

Giacomolli explica em breves linhas a ambientação existente no Brasil quando foi elaborado o CPP vigente:

Em 1930, o Brasil foi tomado pelo fenômeno do populismo Vargas, verificado, principalmente, nos setores previdenciário e trabalhista [...] Em 1937, Vargas instaurou uma ditadura sem precedentes na história brasileira, denominada de Estado Novo, a qual perdurou até 1945. Nesse período foi posta em prática uma brutal repressão policial, uma rígida censura à imprensa e uma máquina de propaganda em defesa do regime ditatorial, através do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) [...]. Sob o argumento de que os comunistas tomariam o poder, outorgou-se a Constituição de 1937 (“polaca”), sob forte inspiração do fas-

1 O fascismo é uma ideologia política caracterizada por poder ditatorial, repressão da oposição por via da força e forte arregimentação da sociedade e da economia.

cismo italiano, tendo como um dos autores intelectuais Francisco Campos, o mesmo que assina a exposição de motivos do CPP de 1941, ainda referenciado pelo fundamentalismo processual contemporâneo. (GIACOMOLLI, 2015, p. 145-146).

Dessa forma, percebe-se que a legislação processual penal brasileira herdou resquícios do regime fascista da ditadura de Benito Mussolini, sobretudo por ter um processo penal em que muitas vezes a liberdade não seria a regra, mas a exceção, colocando a reprimenda cautelar como prioridade. Tudo isso estampado na matriz de um código nascido na “Era Vargas²”.

2.1 O Sistema Processual Penal Inquisitivo

O sistema inquisitivo é o primeiro de dois sistemas que serão estudados, haja vista a importância dessa compreensão antes de adentrar o tema principal do trabalho. Aponta Lima (2019, p. 40-41) que o sistema inquisitorial nasceu no direito canônico e tem como atributo a reunião de vários personagens do processo criminal num único personagem: as figuras do acusador, do defensor e do julgador se concentram todas no juiz acusador, ou juiz inquisidor.

Este modelo compromete a marcha processual e a lisura do órgão jurisdicional. Afinal, o magistrado, como personagem acusatório, já terá feito um juízo de valor acerca da demanda processual; caminha assim na contramão de toda e qualquer Bíblia Política de origem democrática e dos órgãos internacionais de direitos humanos, maculando também um direito fundamental, que é o da imparcialidade (LIMA, 2019, p. 40-41).

Logo, vê-se a imparcialidade jurisdicional comprometida, consequentemente não assegura o exercício da ampla defesa e o

² Era Vargas é o período que vai de 1930 a 1945, quando Getúlio Vargas governou o Brasil de forma contínua.

contraditório, direitos esses que se estribam na Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV; por sinal, direitos constitucionais ineficientes neste sistema. Em outras palavras, não haveria possibilidade de um processo justo com paridades de arma entre acusação e defesa e um juiz distante dos embates jurídicos (LIMA, 2019, p. 40-41).

Além do mais, o juiz assume o papel de acusador, ou melhor de “Parquet”³ ao requerer que sejam produzidas provas, entre outras ações. Entretanto, trata-se de atribuições do membro do Ministério Público concomitante às representações da autoridade policial. Assim sendo, ao requisitar de ofício diligências de conotação probatória, compromete totalmente a probidade do processo criminal (LIMA, 2019, p. 40-41).

Recentemente o processo penal brasileiro sofreu várias alterações, uma delas foi na redação do artigo 311, que noutro tempo autorizava a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz; todavia, o referido diploma legal sofreu mudanças no final de 2019, no qual ao magistrado não é mais permitido a segregação cautelar sem ser provocado pelo Promotor de Justiça, pelo querelante, pelo assistente de acusação ou pelo delegado de polícia.

É válido trazer as lições do professor e Promotor de Justiça Rogério Sanches Cunha, acerca da inércia do juiz:

[...] ao juiz é dado o poder de julgar e se, para tanto, deve manter uma posição de equidistância e imparcialidade, seria mais adequado que se deixasse às partes a possibilidade de requerer a prisão preventiva (inclusive durante o curso do processo), evitando-se, com isso, qualquer ação do juiz ‘sponte propria’. (CUNHA, 2020, p. 259).

3 Na França, o Ministério Público (procuradores-gerais, procuradores da República e substitutos) é designado como le Parquet, no Judiciário.

Diante das inúmeras violações que ocorreram nesse sistema, o juiz inquisidor sequer poderia ter legitimidade de decidir o destino de outras vidas; afinal, julgará com abusividade e autoritarismo. Se isso não bastasse, ainda mais grave é a obtenção de provas por meio de torturas, violações desumanas sem precedentes, indo na contramão de tratados internacionais e de direitos fundamentais. Muitas das vezes, o acusado assumiria uma culpa que nem mesmo era sua, somente para se livrar das dores sofridas (LIMA, 2019, p. 40-41).

Não longe disso, importante são os ensinamentos do Marquês de Beccaria⁴;

A tortura é, muitas vezes, um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, malgrado a dureza dos seus costumes, reservaram exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado. (BECCARIA, 2017, p. 42).

Desse modo, fica evidente que o sistema inquisitório é bárbaro e procura meios de obtenção de provas que infringem inúmeros direitos e se assemelha ao regime político absolutista. O juiz inquisidor detém ilimitados poderes no curso do processo e da investigação (LIMA, 2019, p. 40-41).

O modelo inquisitivo não está em harmonia com o modelo de justiça garantista idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli e estampado na Constituição da República de 1988. Além do mais, a um juiz contaminado com as provas produzidas não se pode exigir de sua toga uma imparcialidade sem vícios, donde inúmeros direitos são violados (LIMA, 2019, p. 40-41).

⁴ Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, nascido em 1738, economista e jurista italiano.

2.2 O Sistema Processual Penal Acusatório

O sistema penal acusatório vai na contramão do inquisitivo, uma vez que nele a figura da defesa já é vista com as mesmas armas da acusação. O Professor Gustavo Henrique Badaró ensina de forma cristalina:

O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro 'actum trium personarum', sendo informado pelo contraditório. E, além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da presunção de inocência, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida a sentença condenatória irrevogável. (BADARÓ, 2018, p. 101)

Nesse sistema se encontram alguns atributos que legitimam ainda mais o devido processo criminal, como a oralidade e a publicidade, em conjunto com os princípios de direitos fundamentais constitucionais. Enquanto no sistema inquisidor a regra era que o acusado permanecesse preso, o sistema acusatório é dissemelhante, visto que a regra é a liberdade; assim, responderá a todo o traslado processual em liberdade, a depender da situação fática (LIMA, 2019, p. 42).

Outro ponto que merece menção é que o órgão jurisdicional não pode requerer de ofício a produção de provas, o que incumbe às partes, ou seja, a acusação e a defesa requerem atos probatórios e, posteriormente, levarão ao juiz as provas produzidas. Dessa forma, preserva-se a imparcialidade do personagem togado, que proferirá a decisão sem nenhuma arranhadura e, ainda que em algum momento processual sejam possíveis atos probatórios praticados pelo magistrado, o será de forma excepcional, diferentemente do que ocorria no sistema inquisitivo. Assim sendo,

as principais características desse modelo é a igualdade de condições entre a defesa e a acusação (LIMA, 2019, p. 42).

Ainda no tema de atos probatórios, em 2008 ocorreu uma pequena reforma na legislação processual penal pátria. No entanto, o artigo 156 da lei processual penal, ao ser interpretado o seu dispositivo, chama a atenção, uma vez que o magistrado usufrui do direito probatório, trazendo resquícios de um sistema inquisitivo (OLIVEIRA, 2019, p. 11).

Nesse diapasão, a forma acusatória foi adotada em nossa Carta Política, na qual o Ministério Público é o titular da ação penal pública; portanto, a ação penal somente tem início com o recebimento da denúncia vinda do “Parquet”. Após isso, defesa será instada a se pronunciar no processo criminal. O magistrado se torna um espectador e não participante de atos probatórios, como é no outro modelo, garantindo a lisura da marcha processual e, conseqüentemente, aguardando o momento de amadurecimento dos atos para que tenha uma convicção acerca da decisão a ser proferida (LIMA, 2019, p. 42).

O professor e Promotor de Justiça Renato Brasileiro de Lima reforça que na forma acusatória ocorrerá a paridade de armas entre os personagens do processo, inclusive já suscitado tal argumento. Ao magistrado cabe presidir todos os atos processuais sem participar dos atos probatórios.

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova. (LIMA, 2019, p. 42).

O tema principal deste trabalho está na Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como “Pacote Anticrime”, em especial o artigo 3-A, que, apesar de sua eficácia ter sido suspensa, logo passará a vigorar em todo o território brasileiro.

Nesse cenário é importante trazer os ensinamentos de Aury Lopes Júnior, que leciona que:

[...] a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 60).

Para finalizar esse dilema, temos as interpretações doutrinárias pátrias de um lado, os princípios e dispositivos constitucionais com valores fundamentais do outro, somada a legislação processual penal. Portanto, não resta nenhuma dúvida de que o Brasil possui um sistema acusatório vigorante, havendo paridade de armas entre acusação e defesa, devido processo legal e um juiz mais equidistante dos personagens do litígio. Entretanto, ainda é o personagem togado a presidir as duas fases do processo penal, assim como a pré-processual e a do processo de instrução e julgamento.

3. Princípios Constitucionais Penais

Em uma breve abordagem, diante dos inúmeros princípios constitucionais penais amparados na Carta Política de 1988, é importante analisar alguns princípios constitucionais que com toda certeza traduzem o sistema acusatório adotado no Brasil, como o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz.

3.1 Contraditório e ampla defesa

Inicialmente é importante esclarecer que entre contraditório e ampla defesa não há hierarquia; propiciam um devido processo legal, sem que haja abuso, e os atos processuais são praticados pelos atores do processo penal (acusação e defesa), ficando ao juiz o nobre encargo de julgar.

Nessa senda, não se pode deixar de explanar que na Bíblia Política de 1988 os princípios do contraditório e da ampla defesa estão estampados no artigo 5º, inciso LV, entre os direitos fundamentais. A paridade de armas entre contraditório e ampla defesa é evidente, pois ambos os institutos estão alocados no mesmo dispositivo constitucional (AVENA, 2020, p. 117).

Fernando Capez leciona muito bem sobre a bilateralidade do contraditório e ampla defesa:

A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida. Por isso, o princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação. (CAPEZ, 2016, p. 97).

Percebe-se, portanto, que o contraditório e a ampla defesa são instrumentos do sistema acusatório. Por isso Paulo Rangel (2015, p. 18) esclarece: “Ressalte-se que o contraditório é inerente ao sistema acusatório, onde as partes possuem plena igualdade de condições, sofrendo o ônus de sua inércia no curso do processo”.

3.2 Imparcialidade do juiz

O princípio da imparcialidade surte efeito em todas as searas do Direito, como na esfera civil, administrativa, tributária, trabalhista, penal, nos direitos difusos e coletivos, enfim, essas citadas dogmáticas jurídicas são exemplos de algumas entre tantas outras matérias que carece de um juiz imparcial e distante dos personagens do processo. O magistrado é o personagem solitário no sistema processual, necessário para aplicar um julgamento equânime.

O doutrinador Paulo Rangel ilustra bem os respectivos papéis dos personagens no processo:

[...] juiz, acusador (Ministério Público ou o ofendido) e réu (sujeito ativo do fato). Porém, na medida em que o Estado-juiz chamou para si a tarefa de administrar a justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões (cf. art. 345 do CP), exige-se do órgão julgador um desinteresse por ambas as partes. Ou seja, deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição suprapartes. (RANGEL, 2015, p. 20).

Segundo Luigi Ferrajoli (2006, p. 534), citado por José Adriano Gandarela Pereira, os três perfis da imparcialidade são:

Princípio do juiz natural, que é a garantia de ter o seu processo julgado por um ente: imparcial (através da distinção das atividades de acusar e julgar e da equidistância das partes); independente (independência externa em relação aos poderes executivo, legislativo, à mídia, além da independência interna no próprio poder judiciário); e definido previamente à ocorrência do delito (competência prévia definida em lei, para fins de coibir a formação de juízos de exceção essencialmente parciais, formados após os fatos). (PEREIRA, 2017, p. 34).

Nada obstante, veem-se nos tempos atuais algumas violações processuais praticadas por juízes na avidez de condenar, muitas

das vezes produzindo provas inexistentes. Contudo, essas premissas não cabem mais na atual conjuntura do sistema processual brasileiro.

O princípio da imparcialidade está elencado na Constituição de 1988, na condição de direito fundamental. O Estatuto da Magistratura ainda reforça:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

I – A audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado;

II – O tratamento diferenciado resultante de lei.

Por fim, a imparcialidade jurisdicional é de tamanha importância que está estribada na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 10:

Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

4. O juiz das garantias e sua influência no sistema acusatório brasileiro

É apregoado que o processo penal brasileiro adota o sistema acusatório. Esse tema foi esgotado em tópicos anteriores. O juiz das garantias tem sua competência limitada até o recebimento da denúncia; portanto, será o responsável pela averiguação dos atos praticados na fase investigativa, sendo competente para analisar pedidos oriundos da autoridade policial e do Promotor de Justiça, bem como pedidos de prisões, interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outras demandas. Além disso, o juiz das garantias vem para assegurar constitucionalidade nos atos praticados.

Por outro lado, o juiz da instrução será o competente para presidir os atos instrutórios e proferir sentença; não terá contato com os autos que foram gerenciados pelo juízo das garantias. Importantes são as lições do Promotor de Justiça Rogério Sanches Cunha, que assim explica:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para pensamentos em apartado. (CUNHA, 2020, p. 100).

4.1 A suspensão do juiz das garantias pelo STF

O juiz das garantias foi implantado no Brasil pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, vulgarmente conhecida como “Pacote Anticrime”. Com a introdução da referida lei ficou ainda mais evidente a paridade de armas entre acusação e defesa. Todavia, o eminente Ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia do juiz das garantias, em razão da sua importância e da complexidade que envolve a aplicabilidade desta competência funcional.

O digníssimo ministro paralisou por tempo indeterminado a aplicabilidade do juiz das garantias, elencada entre os artigos 3º-A e 3º-F do Código de Processo Penal Foram propostas quatro ADI⁵, onde o ministro se manifestou pela suspensão da aplicação, com o seguinte raciocínio:

Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na redação concedida pela Lei n. 13.964/2019 (Juiz das garantias e normas correlatas):

I – O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição);

II – O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas;

III – A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição;

IV – Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”;

5 A ação direta de inconstitucionalidade, mais especificamente ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI ou ADIn), é um instrumento utilizado no chamado controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante o Supremo Tribunal Federal. A ação direta de inconstitucionalidade é regulamentada pela Lei nº 9.868/99.

V – É cediço em abalizados estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando-se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução;

VI – A complexidade da matéria em análise reclama a reunião de melhores subsídios que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal;

Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidades formal e material).

4.2 A adoção do juiz das garantias em outros países

É oportuno esclarecer que, apesar de ter havido uma inovação jurídica em relação ao juiz das garantias, este referido instituto já é aplicado nos tribunais europeus e em outros países do continente americano. Diante disso, antes de analisar com maior robustez o instituto no sistema processual brasileiro e seu impacto causado, é importante fazer um apanhado do que ocorreu em outros países.

O professor e Promotor de Justiça Mauro Andrade, membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, elaborou um importante estudo sobre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), no qual afirma que na Europa o juiz das garantias tem maior pertinência, pois a atividade do juiz lá é feita de uma forma mais minudenciosa, ou seja, os magistrados analisam com maior profundidade os pedidos de atos probatórios (ANDRADE, 2011).

De forma cronológica, importa citar o juiz das garantias já implantado em alguns países, a começar pela Alemanha, onde foi criado em 1970 e são conhecidos como juiz de investigação, em alemão Ermittlungsrichter, responsáveis por decidir os pedidos relacionados às questões que envolvam direitos à intimidade, à liberdade, entre outros atos probatórios. Até então, é o mesmo procedimento do Brasil, com uma diferença em relação à segunda fase, onde é uma turma de magistrados que sentenciará (MILITÃO, 2020).

Portugal também possui a figura do juiz das garantias em sua lei processual penal, criada em 1987. Trata-se de um instituto muito similar ao inserido no ordenamento jurídico brasileiro, com uma divergência no tocante às medidas pleiteadas que envolvam atos que irão de encontro aos direitos fundamentais, como, por exemplo, liberdade e intimidade. Em situações desta monta, o juiz das garantias lusitano somente autorizará que se execute o ato se houver irrefutáveis indícios contra o investigado, na contramão do que ocorre no Brasil (MILITÃO, 2020).

Na Itália, nos Estados Unidos e no Reino Unido também já existe o juiz das garantias, cada qual com as suas peculiaridades. Na Itália, após a conclusão da fase pré-processual, a denúncia será analisada por três magistrados. Nos Estados Unidos, cada estado é regido por suas próprias leis e assim possui um sistema diferenciado. A fim de exemplificar, no estado de Nova York existe um corpo de jurados que é presidido por um juiz; são esses jurados que decidem acerca dos pedidos de atos probatórios vindos do Ministério Público, e posteriormente novos jurados decidirão se recebem ou se rejeitam a denúncia. Já o Reino Unido adota um sistema similar ao americano, com um corpo de jurados para dirimir as questões (MILITÃO, 2020).

Por fim, a Argentina também possui em sua legislação processual penal o juiz das garantias, que aliás desperta atenção pela forma como foi implementado no país. A aplicabilidade do juiz de garantias iniciou-se em 1991, gradualmente, uma sábia decisão

por parte dos juristas e legisladores argentinos, pois um instituto de tamanha complexidade e que altera a estrutura de um poder como o Poder Judiciário requer cautela e zelo para a implementação; sendo gradual, não gerará danos na estrutura judiciária do país (MILITÃO, 2020).

De fato, o legislador brasileiro trouxe uma inovação jurídica para o país, espelhando-se em outros países que já implementaram ou estão em processo de implementação do juiz das garantias, buscando assim resguardar a imparcialidade do magistrado da instrução e ratificando a lisura do devido processo legal. Além do mais, o sistema brasileiro tem características semelhantes à legislação portuguesa, contudo com as devidas peculiaridades de cada um dos respectivos territórios.

4.3 O juiz das garantias no Brasil

A nossa Carta Política de 1988 possui princípios constitucionais penais que enraízam o sistema acusatório no Brasil, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a imparcialidade do juiz, já exaustivamente tratados aqui. Com o surgimento da Lei nº 13.964/19, isso ficou ainda mais cristalizado, agora na lei processual penal em seu artigo 3-A:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em consequência, é imprescindível fazer uma hermenêutica análise de alguns dispositivos da Lei nº 13.964/19, de maior abrangência e importância, demandando assim mais zelo na leitura e na interpretação.

Enquanto o artigo 3º-A elege o sistema acusatório na condução do cortejo processual penal, o artigo 3º-B, acompanhado dos respectivos incisos e alíneas, esmiúça o instituto do juiz das garantias. A este personagem togado incumbe controlar os atos probatórios praticados na investigação presidida pela autoridade policial em procedimento conhecido como inquérito policial, que tem como objetivo apurar a suposta infração penal, angariando elementos para que o “Parquet” tenha condições de propor a denúncia. Desse modo, sempre que for necessário, o magistrado será instado a se manifestar acerca de um pedido e a garantir que os direitos fundamentais e individuais estejam resguardados (CUNHA, 2020, p. 77). É o que estatui o art. 3-B da referida lei:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Verifica-se que o dispositivo 3º-C abrange dois momentos; primeiro mencionou o juizado especial criminal, no sentido de excluí-lo da competência do juiz das garantias, isto é, não abrange crimes de menor potencial ofensivo – por sinal, salutar foi a decisão do legislador em não incluir tais tipos penais; e, na segunda parte do dispositivo, deixou cristalino o limiar do juiz das garantias, ou seja, o limite de sua atuação. A tal respeito:

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Além disso, o referido dispositivo, em seus parágrafos § 1º e § 2º, norteia a atuação do juiz da instrução e julgamento, e salta aos olhos que deverão ser reexaminadas as medidas cautelares em curso oriundas da fase investigatória autorizada pelo juiz das garantias. E embora nada impeça que o juiz da instrução seja instado a se pronunciar acerca de outros novos pedidos de atos probatórios, isso jamais poderá ocorrer de ofício, pelo magistrado. Para arrematar, segundo o professor Rogério Sanches Cunha:

[...] após o recebimento da inicial, que demanda apenas juízo de prelibação, a competência deveria ser, incontinenti, do juiz da instrução, responsável pelo juízo de delibação. (CUNHA, 2020, p. 99).

Dito isso, não há dúvidas de que a Lei nº 13.964/19 trouxe avanços na legislação processual penal brasileira. No fim das contas, quando for interrompida a suspensão do juiz das garantias e sua eficácia for restabelecida, solidificar-se-á ainda mais o sistema acusatório no país, deixando cristalina a paridade de armas entre acusação e defesa. Essa nova competência funcional garantirá o resguardo dos direitos fundamentais e individuais do investigado, sem, contudo, emitir um juízo de valor acerca da demanda processual. À vista disso, o juiz da instrução ficará blindado e conseqüentemente proferirá uma decisão sem qualquer contaminação, sem vícios.

E ainda o art. 3º-D, parágrafo único, tenta solucionar o problema das comarcas de pequeno porte, ou vara única, criando um sistema de rodízios entre os magistrados. No entanto, o legislador empenhou-se em criar uma solução para um problema que o próprio criou, por não ter feito um estudo do Poder Judiciário

brasileiro. Por conseguinte, o denominado Pacote Anticrime foi sancionado com um período curto de *vacatio legis*, uma vez que causaria uma enorme mudança no mundo jurídico. Afinal, modificou dezessete leis entre legislação penal e processual penal, sem dúvidas uma das maiores alterações dos últimos tempos de que se tem notícia, uma minirreforma nas ciências penais. Sendo assim, não haveria tempo hábil para adequar-se às mudanças, conforme dito. O legislador, antevendo o problema que causaria, poderia ter debatido mais o projeto com juristas de todo o país antes de aprová-lo. Assim, ao enviar a lei para sanção presidencial, levaria junto a solução.

4.4 O problema estrutural da justiça brasileira

É essencial fazer um cotejo entre o juiz das garantias e a realidade do desafortunado Poder Judiciário brasileiro. Afinal, em quais condições se encontra o Judiciário para receber essa nova competência funcional? Importante ainda ressaltar que neste trabalho ficou claro que o juiz das garantias possui inúmeros benefícios, mas é preciso analisar se há condições para implementá-lo.

Segundo dados do “Justiça em Números”, de 2020, o Poder Judiciário brasileiro é subdividido em 10.680 varas estaduais, trabalhistas e federais (72%); 1.436 (9,7%) juizados especiais; 2.644 (17,9%) zonas eleitorais; 19 auditorias militares da União; e 13 auditorias militares estaduais. Importante observar que a maior parte das unidades judiciárias pertence à Justiça Estadual, que possui 9.545 varas e juizados especiais e 2.677 comarcas (48,1% dos municípios brasileiros são sede da Justiça Estadual). A Justiça do Trabalho está sediada em 624 municípios (11,2% dos municípios) e a Justiça Federal em 278 (5% dos municípios) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020a, p. 23).

Outro dado alarmante da justiça brasileira é que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em

tramitação, que aguardavam uma solução definitiva. Desses, 14,2 milhões, ou seja, 18,5%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, e esperavam alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final de 2019, existiam 62,9 milhões ações judiciais. Verifica-se que, ao final de 2019, havia 22.706 cargos de magistrados criados por lei, sendo 18.091 providos e 4.615 cargos vagos (20,3%) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020a, p. 86).

Diante dessas informações, em um país com extensão continental como o Brasil, é preciso ir além desses dados técnicos; é preciso analisar a realidade de cada estado, de cada região, com o intuito de ver se é viável o juiz das garantias. Um dos problemas seria o rodízio de juízes, pois é público que a maioria das comarcas do país são varas únicas; a logística em estados onde há dificuldade de locomoção e com grandes distâncias, como, por exemplo, no Acre, no Amazonas, no Pará, entre outros, especialmente da região Nordeste e Norte, que possuem problemas sociais, financeiros, e outros diversos.

Não longe disso, o magistrado da comarca de vara única, além dos numerosos acervos processuais criminais e cíveis, possuem os juizados especiais, entre outras inúmeras demandas que são de sua responsabilidade, e, por fim, ainda teria de deslocar para outra comarca, com as várias dificuldades já mencionadas, para exercer a nova competência funcional do juiz das garantias. Nesta senda, de acordo com o que foi apresentado em relação à estrutura do Poder Judiciário brasileiro e suas precárias condições, é ponderável que se faça uma analogia com outro território, como, por exemplo, o Estado lusitano, no sentido de mostrar que são realidades completamente distintas uma da outra.

Segundo o Juiz de Direito Eduardo Perez, Portugal possui 1.743 magistrados judiciais, uma média de 17,2 para cada cem mil habitantes, enquanto no Brasil a média é de 8,1, consoante o rela-

tório “Justiça em Números”. Além disso, Portugal saiu de 108,6 crimes registrados em média por policial em 1993 para 25,8 em 2018. Talvez por isso tenha sido eleito o terceiro país mais seguro do mundo, e o mais impressionante é que em 2013 ocupava o décimo oitavo lugar. O autor ainda colheu informações com magistrados portugueses sobre a locomoção entre comarcas, ao qual informaram que não há comarca a mais de três horas de estrada e de boas cidades, como Lisboa, Coimbra e Porto, havendo apenas dificuldade com Açores no inverno (PEREZ, 2019).

Em suma, fazer um paralelo entre a justiça brasileira e a lusitana como justificativa para a implementação da competência funcional no Brasil beira a irresponsabilidade, afinal de contas o país lusitânico equivale a um estado brasileiro em termos geográficos. Entretanto, algo pode ser dito, Portugal se organizou; criou condições para que o juiz das garantias fosse implementado sem que a estrutura do Poder Judiciário luso sentisse o impacto. Diferentemente do que ocorreu no Brasil, onde o legislador introduziu um instituto, sem, contudo, analisar a realidade do Judiciário brasileiro. Assim sendo, o ilustre Ministro Luiz Fux agiu de forma correta no caso, ao suspender a aplicabilidade dessa nova competência funcional da magistratura, o juiz das garantias.

4.5. Implementação de forma responsável no Brasil

Diante dos exaustivos estudos e pesquisas, constata-se que o legislador foi bem-intencionado ao querer implantar um novo modelo de procedimento no sistema acusatório, garantindo ainda mais a imparcialidade do órgão jurisdicional e os direitos individuais das partes. Entretanto, com a vênua dos legisladores, mas tal modelo não cabe no Brasil no momento, sem antes, conforme defendido, se fazer um estudo do impacto que causará no Poder Judiciário. Ressalte-se, foi uma atitude um tanto quanto incipiente, afinal a estrutura que se tem em países europeus é

totalmente diversa da realidade brasileira, isto é, o juiz das garantias deu certo em outros países, mas isso não quer dizer que dará certo no Brasil de forma imediata, a menos que se reestruture o Judiciário brasileiro. Após isso, o juiz das garantias terá viabilidade para ser aplicado no país.

O Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Portaria CNJ nº 214/2019, um grupo de trabalho para a elaboração de estudo relativo aos efeitos da aplicação da Lei nº 13.964/2019 nos órgãos do Poder Judiciário. Participaram alguns personagens da sociedade jurídica, como do Ministério Público Federal, da Associação de Juízes Federais, da Defensoria Pública da União, entre outras entidades. Muito embora trouxessem relevantes planos para a viabilidade e aplicabilidade na estrutura da lei processual penal em todas as esferas – afinal de contas, atinge desde a primeira até a última instância do Poder Judiciário brasileiro – ainda sim haveria problemas a curto prazo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020b).

Importante foi a sugestão do Ministério Público Federal, que encaminhou um parecer por meio do Procurador-Geral da República, no qual defende que a implementação do instituto do juiz de garantias ocorra de forma simultânea e somente mediante a existência de 100% de processos judiciais e inquéritos policiais em formato eletrônico. O documento alerta que, no caso da Justiça Federal, a completa implementação dos processos eletrônicos na área criminal está prevista apenas para o fim do primeiro semestre de 2020, o que inviabiliza a adequada efetivação do juiz de garantias em todos os tribunais do país no período de trinta dias, conforme estipulado pela Lei nº 13.964/2019 (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2020).

Oportunas foram as sugestões trazidas pelo Ministério Público Federal, no intuito de ajudar a resolver o problema gerado. No entanto, atrevo ir além, ao sugerir outro recurso que possa ser

acrescentado aos já apresentados para solucionar este impasse que se instalou no Judiciário brasileiro. Que seja o juiz das garantias implementado de forma gradual, começando pelos grandes centros, em especial pelas capitais, que são cidades mais estruturadas, e posteriormente percorrendo todas as comarcas até se chegar nas comarcas de vara única, todavia esse processo deve ser concomitante ao funcionamento do processo eletrônico criminal; afinal de contas, na esfera civil da justiça estadual o processo eletrônico já é uma realidade.

Isto posto, e com a vênua de todos os juristas deste país que propuserem soluções para ajudar a sanar a questão, vejo que o mais apropriado é a somatória, ou seja, o processo criminal eletrônico em pleno funcionamento em todo o país, a exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que na cidade de Belo Horizonte, em 2020, iniciou o projeto-piloto do processo eletrônico criminal. Após isso, é imperioso que se comece a implantar o juiz das garantias de forma gradual, começando pelas capitais e regiões metropolitanas; depois de ser feita uma análise criteriosa e de se constatar que tal instituto deu certo nos grandes centros, deve-se começar a implantar nas comarcas de vara única, já com o processo eletrônico criminal em pleno funcionamento e, se possível, com maior número de juízes.

Portanto, diante do que foi exposto e com as soluções apresentadas, o sistema judiciário brasileiro estará preparado para receber o juiz das garantias em todas as regiões do país, até as mais remotas comarcas, trazendo com toda certeza inúmeros benefícios para toda a justiça criminal brasileira.

5. Considerações finais

No decorrer deste estudo observou-se que o juiz das garantias é um instituto que trará muitos benefícios ao sistema acusatório

brasileiro, uma vez que será o garantidor dos direitos individuais do acusado, fazendo com que o juiz da instrução não se contamine. Apesar disso, a forma com que foi instituído trouxe mais problemas do que soluções, uma das razões, já exaustivamente debatida, é a falta de estrutura que se tem no país, motivo que amparou a decisão de suspensão de tal instituto pelo eminente Ministro do STF, Luiz Fux.

O primeiro passo deste trabalho foi apresentar o sistema processual penal brasileiro e suas facetas, bem como o sistema inquisitivo e o acusatório. É de conhecimento geral que foi na Era Vargas, em 1941, que a lei processual surgiu; entretanto, foi um legado de opressão, de direitos fundamentais omitidos, sendo o encarceramento a regra e a liberdade a exceção. Somente com a Carta Política de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, o sistema acusatório apareceu de forma mais clara nos princípios constitucionais.

A partir da Constituição Federal de 1988, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade se tornaram de fato garantias fundamentais de um processo penal mais equânime, com paridades de armas e direitos; todavia, ainda permanece um juiz contaminado com a fase pré-processual, visto que ele que toma decisões acerca de atos probatórios, na fase investigativa, recebe denúncia vinda do Ministério Público e preside os demais atos do processo até finalmente sentenciar. Houve avanços, é verdade, se for feita uma análise cronológica desde o surgimento da lei penal até a promulgação da Carta Política de 1988; no entanto, continua sendo um único personagem togado a decidir todas as questões, longe ser equidistante.

Com esse cenário o legislador tentou aperfeiçoar o sistema processual penal, ao criar o “Pacote Anticrime”, por meio da Lei nº 13.964/19, com o intuito de deixar em evidência o sistema acusatório e também uma nova competência funcional, o juiz das garantias.

Destarte o legislador, como dito, buscou o juiz das garantias do exterior, porém não se atentou à realidade brasileira e ao problema estrutural do Poder Judiciário, que dificultaria sua implantação, isto é, a falta de magistrados, a existência de comarcas de vara única muito distantes uma da outra, algumas regiões do país com difícil acesso, além do processo eletrônico criminal que não é uma realidade na Justiça Estadual, ocasionando, assim, problemas para a efetivação de tal instituto. O Conselho Nacional de Justiça criou um grupo de trabalho que apresentou ideias excelentes para resolver o impasse; concomitantemente, apresentou dados do Judiciário brasileiro que, na atual conjuntura, ficaria inviável, caso houvesse dois magistrados dentro da mesma ação penal.

Por fim, este estudo buscou apenas fazer uma discussão prévia da implementação do juiz das garantias. Fato é que esta nova competência funcional sedimentará ainda mais o processo penal, sobretudo um processo mais justo, garantindo proteção aos direitos individuais do acusado, e a imparcialidade estará protegida de quaisquer resquícios viciosos. Mas, para que isso ocorra, o estudo apontou que, além das soluções apresentadas, como a reestruturação do Poder Judiciário brasileiro, o que englobaria a instauração do processo criminal eletrônico e um número maior de magistrados, é necessário também que a implementação seja de forma progressiva, a começar pelos grandes centros até se chegar nas comarcas de vara única, em especial nas regiões mais distantes deste imenso país, que é o Brasil. Reafirmo, sem sombras de dúvidas, que o juiz das garantias trará inúmeros benefícios a todos os personagens do sistema processual penal brasileiro, mas, para isso, o Judiciário precisar se readequar.

6. Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 30, fev. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37329>. Acesso em: 9 mar. 2021.

AVENA, Norberto. Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. Tradução: Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2021.

CABRAL, Thiago. As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941. Canal Ciências Criminais, atualizado em 11 ago. 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de-1941>. Acesso em: 25 jul. 2023

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CNJ: Trabalho do grupo que estuda efeitos da aplicação da Lei 13.964/19 vai aprimorar prestação jurisdicional. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 7 jan. 2020. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-trabalho-do-grupo-que-estuda-efeitos-da-aplicacao-da-lei-13-96419-vai-aprimorar-prestacao-jurisdicional/>. Acesso em: 3 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020. Brasília: CNJ, 2020a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, jun. 2020b.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Augusto Aras encaminha sugestões ao CNJ para implementação do juiz de garantias. Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/12853-augusto-aras-encaminha-sugestoes-ao-cnj-para-implementacao-do-juiz-de-garantias>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. O princípio do juiz natural em um mundo em transformação. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-23/segunda-leitura-principio-juiz-natural-mundo-transformacao>. Acesso em: 4 mar. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitórias do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, São Paulo, ano I, n. 1, p. 143-165, jan./jun. 2015. Acesso em: 4 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva., 2020.

MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. Uol Notícias, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>. Acesso em: 8 mar. 2021.

MONTENEGRO, Fábio. Juiz das garantias - Um arremedo do juiz de instrução. Migalhas, 7 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317982/juiz-das-garantias---um-arremedo-do-juiz-de-instrucao>. Acesso em: 8 mar. 2021.

Artigo

Breve análise do juiz das garantias e sua influência no sistema acusatório brasileiro

Lucas Mendes Ferreira Pereira

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Gomes de; CHALFUN, Gustavo. Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF. Migalhas, 6 fev. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em: 8 mar. 2021.

PEREIRA, José Adriano Gandarela. Juiz das garantias e a consolidação do sistema acusatório: uma análise crítica à luz do projeto de lei do Novo Código de Processo Penal brasileiro. 2017. Monografia. (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

PEREZ, Eduardo. O mundo real x o juiz de garantias: dados e números no País do improviso. Rota Jurídica, 31 dez. 2019. Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/artigos/o-mundo-real-x-o-juiz-de-garantias-dados-e-numeros-no-pais-do-improviso/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

PIETRO JÚNIOR, João Carlo. O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão da prova pelo juiz. Âmbito Jurídico, 13 set. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-sistema-acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz>. Acesso em: 10 mar. 2021.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Jordan Vilas Boas. As raízes do “atual” CPP e a necessidade de sua reforma. Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/648130154/as-raizes-do-atual-cpp-e-a-necessidade-de-sua-reforma?ref=serp>. Acesso em: 27 fev. 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. Alguns aspectos do juiz de garantias na Lei 13.964 e as dificuldades quanto a sua implementação. Associação Nacional dos Procuradores da República, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78651/alguns-aspectos-do-juiz-de-garantias-na-lei-13-964>. Acesso em: 8 mar. 2021.

SILVA, Evander de Oliveira. Desenvolvimento Histórico do Processo Penal no Brasil e no Mundo. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036148/desenvolvimento-historico-do-processo-penal-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 3 mar. 2021.

Artigo recebido em 20/04/2021.

Artigo aprovado em 02/10/2023.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.450>

141 - 198

Artigo

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL
PÚBLICA NOS CRIMES DE MÉDIO
POTENCIAL OFENSIVO SOB A ÓPTICA
DO PROMOTOR DE JUSTIÇA**

LUIZ GUSTAVO MARTINS GONÇALVES

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA NOS CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO SOB A ÓPTICA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

THE MITIGATION OF THE PRINCIPLE OF MANDATORY PUBLIC PROSECUTION IN CRIMES OF OFFENSIVE MEDIUM POTENTIAL FROM THE PROSECUTOR'S VIEWPOINT

LUIZ GUSTAVO MARTINS GONÇALVES

Bacharel em Direito

Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região | Ibitiré, Brasil

luizinformativos@gmail.com

RESUMO: Modelos de justiça consensual implantados no Brasil nos crimes de pequeno, médio e grande potencial ofensivo a partir de pesquisas em doutrinas, leis e entendimentos jurisprudenciais, perquirindo criação, requisitos, restrições e aspectos procedimentais, uma vez que o princípio da obrigatoriedade deve ser mitigado pelo Ministério Público, por ser o órgão competente para analisar a possibilidade ou não de iniciar a persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da obrigatoriedade; justiça consensual criminal; Ministério Público; acordo de não persecução penal.

ABSTRACT: Models of consensual justice implemented in Brazil in crimes of small, medium and large offensive potential from research in doctrines, laws and jurisprudential understandings, perquiring creation, requirements, restrictions and procedural aspects, since the principle of obligation must be mitigated by the Public Prosecutor's Office, as it is the competent body to analyze the possibility or not of initiating criminal prosecution.

KEYWORDS: principle of obligation; criminal consensual justice; public ministry; non-persecution agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ação penal; 2.1 Ação penal como direito e como dever jurídico; 2.2 Condições para o exercício da ação penal; 2.3 Legitimidade *ad causam*; 2.4 Interesse de agir; 2.5 Possibilidade jurídica do pedido; 2.6 Justa causa; 3. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo; 3.1 Poder-dever de punir do Estado; 3.2 Princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública; 3.3 O princípio da obrigatoriedade mitigada. 4. Princípio da oportunidade; 4.1 Prescrição retroativa; 4.2 Prescrição em perspectiva; 4.3 Penas inexigíveis; 5. Panorama teórico e histórico sobre a justiça consensual criminal; 5.1. O que é justiça consensual; 5.2 Acordos penais implementados no Brasil; 5.3 Composição dos danos civis; 5.4 Transação penal; 5.5 Suspensão condicional; 5.6 Acordo de colaboração premiada; 6. Acordo de não persecução penal; 6.1 Requisitos e restrições para aplicação do Acordo de não persecução penal; 6.2 Da formalização do acordo de não persecução; 6.3 Condições para cumprimento; 6.4 Vedações à realização do acordo. 6.5 Do descumprimento das condições estipuladas; 6.6 Acordo de não persecução penal e a (im)possibilidade de oferecimento da ação penal subsidiária da pública; 6.7 Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do investigado, faculdade ou poder-dever do MP?; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. Introdução

Ao analisar a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal nos crimes de médio potencial ofensivo e abordar medidas despenalizadoras, mais especificamente as previstas no art. 28-A do Código de Processo Penal, aproveita-se o modelo inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de abrir espaço para a justiça consensual/negocial sobre os meios alternativos de solução de conflitos, explanando se o modelo antigo em determinados casos se revela oportuno ou razoável.

Além da possibilidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pretende-se examinar a justiça penal consensual no Brasil e o acordo de não persecução penal ao abordar os requisitos e as restrições para aplicação, as hipóteses de cabimento, condições e vedações, assim como se a formalização do acordo é direito subjetivo do investigado ou faculdade do órgão ministerial.

O método da pesquisa qualitativa exploratória tem a intenção de discorrer sobre os princípios da obrigatoriedade e oportunidade, a implantação da justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, além do acordo de não persecução penal, que aborda alguns pontos em que há divergência entre os doutrinadores, sobretudo pelo fato de o tema ser recente no ordenamento jurídico brasileiro e suscitar muitas indagações a respeito de seu instituto.

2. Ação penal

Até os séculos XVIII e XIX, os juristas se contentavam com o conceito monótono de ação, que era um direito individual de pleitear em juízo o que lhes era devido, conquanto alguns juristas franceses definissem a ação como o direito material em “movimento”.

Com efeito, a teoria civilista, a primeira teoria a tentar definir o conceito de ação processual, se desvinculou da ideia de ação tida como o direito material em movimento, não obstante as formulações jurídicas da época não conseguissem explicar o fenômeno da ação infundada, a verdadeira natureza do conceito de ação e a sua reconhecida autonomia em relação ao direito material.

Ressalte-se um vetor de discussões infundáveis em torno da polêmica interpretação do conceito sobre o vocábulo *ação*. Alcalá-Zamora obtempera que, a rigor, no processo penal se deve falar em “ação processual penal” para não confundir com a ação punível ou delitiva objeto do direito penal.¹

O desvelamento do fracasso da Teoria Geral do Processo de Gold Schmidt desconstruiu o conceito de ação para o processo penal que utilizava conceitos e concepções do processo civil².

O erro em transportar as categorias do processo civil para o processo penal é a velha historinha da Cinderela, de Carnelutti, e as roupas velhas da irmã. Em outras palavras, o direito penal a partir da teoria geral do processo civil é um pensamento viciado que conduz ao engessamento do processo penal. Avulte-se que toda discussão e concepção teórica foi pensada e feita por civilistas para o processo civil, não para o processo penal.

Em síntese, eis as principais teorias acerca do direito de ação:

- 1) Teoria civilista;
- 2) Teoria da ação como Direito Autônomo;
- 3) Teoria da ação como Direito Concreto;
- 4) Teoria da ação como Direito Potestativo;

1 NICETO Alcalá-Zamora, *Estudios de teoría general e historia del proceso* – 1945/1972, p. 325-326.

2 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 49-51.

- 5) Teoria da ação como Direito Abstrato;
- 6) Teoria Eclética do Direito de Ação (mais adotada no Brasil).

A teoria eclética do direito de ação que prevalece em nosso ordenamento jurídico é aquela desenvolvida pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman. O direito de ação penal é o direito público subjetivo do órgão acusador ou do querelante de exigir do Estado-Juiz a tutela jurisdicional de manifestar pretensão determinada em juízo, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto da ação, haja vista a existência de uma infração penal pretérita.

Portanto, é um direito potestativo por meio do qual se narra um fato com aparência de delito (*fumus comissi delicti*) e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma determinada pessoa. O art. 5.º, inciso XXXV da CRFB/1988, aduz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito.

O inciso LIX, do mesmo artigo constitucional, prescreve admitir-se ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Se cabe ao Estado agir e não o faz, sobra ao ofendido o direito de ingressar em juízo.

Vale esclarecer a distinção existente entre direito de ação e ação. Direito de ação é requerer ao Estado-Juiz o exercício da jurisdição que diga o direito ali aventado para determinar a aplicação da lei ao caso concreto. Já a ação propriamente dita, é a iniciativa de se ir à justiça em busca do direito à efetiva prestação da tutela jurisdicional, como forma de provocar a inércia do Estado em prestá-la.³

O art. 129, I, da Constituição assegura ao Ministério Público, de maneira privativa, promover a ação penal pública na forma da lei.

3 LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica/Aury Lopes Jr. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 134-139.

A ação penal é tratada também nos artigos 100 a 106, do Código Penal, e nos artigos 24 a 62 do Código de Processo Penal. Destaque-se que o direito de ação não surge com a prática do crime, pois ele é preexistente à prática da infração penal. Note-se que do crime nasce a pretensão punitiva, segundo Frederico Marques.⁴

2.1 Ação penal como direito e como dever jurídico

O direito à jurisdição consuma-se pela utilização do direito de ação. Na seara penal, não há punição sem o devido processo legal que tenha como supedâneo o direito de ação, até mesmo quando a lei autoriza a transação inerente às infrações penais de pequeno potencial ofensivo (crime liliputiano). Em tal procedimento, é levada ao conhecimento do Poder Judiciário a prática de determinada transgressão a um bem jurídico tutelado que necessita homologar eventual proposta de acordo feita pelo Ministério Público e o acusado.

O *ius puniendi* pertence ao Estado-Juiz, cujo direito-dever permanece em abstrato até que se transgrida a lei. Com a infração penal preestabelecida, o direito de punir se concretiza para que o Estado-Juiz possa aplicar a lei ao caso concreto, por meio do processo. Logo, a ação é o poder assegurado na Constituição Federal de invocar a tutela jurisdicional do Estado-Juiz, um direito potestativo de postular obter a prolação do julgador acerca da punibilidade concreta.

Ademais, Aury Lopes Jr. obtempera que o direito à pretensão acusatória não é um direito subjetivo, mas um direito potestativo diante da ocorrência de *fumus commissi delicti*, o direito de proceder contra outrem. Com a infração da lei, o Ministério Público dispõe do direito potestativo de acusar, e o Estado-Juiz tem

4 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1996, v. 2, p. 289.

o direito de punir o infrator, que é condicionado pelo exercício da pretensão acusatória⁵.

Meramente formal, o detentor do direito de ação não tem a atribuição de punir o transgressor, mas pode postular ao Estado-Juiz que exerça o direito fundamentado e motivado na sentença de punir em caso de culpabilidade comprovada.

Vale destacar que o direito de ação é o caminho necessário para se chegar à pena, o exercício do *ius puniendi*. Antigamente, o poder de punir era exercido pela coletividade ou pelo ofendido. A bem da verdade, não se considerava pena, mas sim vingança.

A vingança é arbitrária, e na maioria das vezes desproporcional. A pena propriamente dita pressupõe um poder organizado com supedâneo no direito de ação. Na seara penal, o direito de punir não se concretiza imediatamente, como ocorrera na Mesopotâmia com o famoso “olho por olho, dente por dente”. Somente depois do devido processo legal, que é condicionado ao direito de ação, há a possibilidade de aplicação da pena.

Coutinho (1988), na dissertação de mestrado *A lide e o conteúdo do processo penal*, concebe direito conexo instrumentalmente ao caso penal. O fato de ser um direito abstrato não significa que seja ilimitado e incondicionado. Dosado, só pode exercê-lo aquele que preencher determinadas condições. Vinculado a um caso concreto exatamente individuado, não há como negar que a ação existe e foi devidamente exercida, ainda que a sentença seja absolutória. O direito potestativo de acusar não se confunde com o poder material de punir. O conceito de direito concreto exige que a ação processual penal demonstre uma conexão instrumental em relação ao caso penal.⁶

5 LOPES JÚNIOR. Aury. op. cit.

6 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Imprensa: Curitiba, Juruá, 1998.

O direito de ação penal, além de abstrato, é potestativo; todavia, o detentor deve preencher determinados requisitos para solicitar ao Estado-Juiz detentor do *ius puniendi* as providências cabíveis para a apuração do fato delituoso, observado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

2.2 Condições para o exercício da ação penal

O Código de Processo Civil (CPC) de 1973 trazia consigo três condições que refletiam nos elementos da ação: legitimidade – partes; possibilidade jurídica – pedido; interesse de agir – causa de pedir.

O atual CPC não faz referência às condições da ação, tampouco faz menção quanto à possibilidade jurídica do pedido. O artigo 17 preceitua que, para postular em juízo, é necessário legitimidade e interesse de agir, o que reforça o entendimento majoritário de que o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido está acoplado à decisão de mérito e não às condições da ação, que é requisito de admissibilidade da denúncia ou queixa.

Além do mais, a grande influência do processo civil no processo penal preceituava no Código de Processo Penal (CPP) a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido como causas das condições da ação penal. O novel diploma processual afasta essa possibilidade jurídica do pedido e, por corolário, o enfrentamento no juízo de mérito. Doravante, no CPP, as condições da ação se subdividem em genéricas, que são as mesmas aplicáveis à luz do sistema do CPC, e as específicas, que dizem respeito às de determinadas situações.

Foi durante a fase concretista que as condições da ação se diferenciaram dos pressupostos processuais de uma decisão qualquer sobre a demanda posta em juízo.⁷ A teoria de Liebman ganhou maior

7 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 93.

acolhida no direito processual brasileiro porque compreende o direito de ação como direito público subjetivo de conquistar um julgamento de mérito em face dos fatos e direitos postos na lide ao preencher determinadas condições: interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido.⁸

Não obstante, as críticas dirigidas à chamada teoria eclética de Liebman implicaram certa adesão à teoria da asserção no momento de sua admissibilidade, sob pena de se confundir com o mérito da causa de se analisar a prova para se averiguarem as condições da ação.

Ada Pellegrine obtempera que o valor e o significado das condições da ação devem ser o mesmo no processo civil e no processo penal, embora compreenda o conceito tradicional do pedido destacado como possibilidade jurídica quando há casos que levam à “impossibilidade jurídica da acusação”.⁹

O fato levado a juízo evidentemente não constitui crime, o que implica inferir a impossibilidade jurídica da causa de pedir e não do pedido; punibilidade extinta pela prescrição ou decadência (crimes de iniciativa privada); ausência de justa causa; falta dos representantes do ofendido ou requisição do ministro da Justiça.

As condições da ação penal não integram o mérito da causa. Antes de o Estado-Juiz analisar o mérito, é preciso verificar se a parte reúne os pressupostos para a ação penal. A ilegitimidade da parte ativa, por exemplo, impede a manifestação sobre o mérito da causa.

Sob a perspectiva exclusiva do processo penal brasileiro, de índole constitucional, as condições da ação penal assim se apresentam: prática do *fumus commissi delicti* –, cuja análise do crime é feita a partir do fato típico, ilícito e culpável; punibilidade

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 184.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 133.

concreta; legitimidade da parte; justa causa, que é a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade.¹⁰

2.3 Legitimidade *ad causam*

Em se tratando de ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público deverá figurar no polo ativo como titular da ação, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na de iniciativa privada, cabe ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo intentar a ação. Em caso de morte ou de declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer a queixa ou prosseguir na ação já intentada cabe ao cônjuge, ao ascendente, ao descendente ou ao irmão, nos termos dos artigos 30 e 31 do CPP.

Tanto o Ministério Público como o querelante exercitam o *ius ut procedatur* pretensão acusatória, atributo jurídico conferido ao MP ou ao querelante para atuar em determinada situação jurídica litigiosa.

Na lição doutrinária de Renato Brasileiro Lima, legitimidade para agir ou *legitimatío ad causam* é a pertinência de determinado sujeito propor a demanda judicial e ocupar o polo passivo dessa mesma demanda. Há legitimidade ativa quando o autor afirma ser titular do direito subjetivo material demandado, e legitimidade passiva quando se pede a tutela em face do titular da obrigação correspondente àquele direito.¹¹

Acresça-se que o atual Código de Processo Civil extirpou a nomenclatura “condições da ação”. Limitou-se a dispor no artigo 17 que, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legiti-

10 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 338.

11 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 300, 301 e 302

midade. Nessa senda, o código processual não perfilhou a teoria eclética de Liebman, uma vez que a legitimidade e o interesse de agir teriam passado à categoria de pressupostos processuais.

Por força do art. 129, I, da CF/1988, são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. A bem da verdade, é imperioso saber se determinado delito é de ação penal pública ou de iniciativa privada, porquanto, se o delito for de iniciativa privada e o Ministério Público oferecer a denúncia em relação ao crime de iniciativa privada, deverá o juízo rejeitar a denúncia pela falta de *legitimitas ad causam* do órgão ministerial, nos termos do art. 395, II, CPP. Em caso de reconhecimento posterior da ilegitimidade, ensejará a nulidade absoluta do processo (CPP, art. 564, II).

É mister destacar que nos crimes de ação penal pública incondicionada, caso o órgão ministerial não ofereça a denúncia no tempo hábil previsto em lei ou fique inerte durante todo o processo, o art. 5.º, LIX, da Constituição Federal de 1988 assegura o cabimento da ação penal privada subsidiária da pública, não se cogitando nesse caso a ilegitimidade.

2.4 Interesse de agir

Segundo Renato Brasileiro, o interesse de agir é visto pela doutrina como uma das condições da ação que comporta três aspectos distintos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional pleiteada; a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter; a eficácia da utilidade da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor.

Destaque-se que a jurisdição estatal deve ser vista como a última forma de solução da demanda, isto é, quando os demais meios para o litígio tiverem sido esgotados, visto o caráter fragmentário do direito penal.

Por força do princípio do *nulla poena sine iudicio*, nenhuma sanção penal poderá ser aplicada sem o devido processo legal, o que é garantido, aliás, no art. 5.º, LIV, CF/1988, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer resistência para que o Estado-Juiz possa dizer o direito no caso concreto, com a consequente aplicação da norma penal de imediato em desfavor do transgressor. A adequação refere-se à concordância da providência judicial requerida à solução do conflito subjacente ao pedido, ao passo que a utilidade se trata de categoria do processo civil inaplicável ao processo penal por suas peculiaridades, visto que o processo penal é marcado pelo princípio da necessidade.

O interesse de agir, no âmbito penal, está relacionado diretamente à efetividade processual, porquanto busca perquirir a viabilidade de satisfação da pretensão acusatória almejada. É inoportuna, pois, a obstinada busca hipotética pela sanção penal que, de plano, revela a inutilidade da atividade jurisdicional.

Nas celebrações de acordos penais, mesmo que se não reclame o manejo da persecução penal, o direito de ação é considerado um direito público subjetivo, cuja transação penal só se vai consumir depois da sentença de natureza meramente homologatória do Estado-Juiz. O interesse de agir do Ministério Público de ingressar em juízo para o acordo só produzirá seus efeitos pós-homologação judicial.

2.5 Possibilidade jurídica do pedido

Conforme Renato Brasileiro (2020, p. 295-296), o pedido postulado em juízo necessariamente precisa encontrar suporte na legislação brasileira, uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo. Não é oportuno para o órgão ministerial, e por via reflexa o Estado, iniciar a persecução penal em desfavor de outrem quando, desde logo, a condenação se afigura inatingível, quer pela imprevisibilidade, por exemplo, de requerer a conde-

nação do réu à pena de morte, quer porque o ordenamento jurídico impede a manifestação judicial em tal caso ou naqueles em que a denúncia/queixa é oferecida em face de adolescente menor de 18 anos.

Como o objetivo é evitar persecuções levianas, a possibilidade jurídica do pedido é vista com bons olhos pela doutrina majoritária. Ao impedir o início de processos penais temerários, o que prevalece são os direitos e as garantias fundamentais assegurados ao acusado no texto constitucional.

O Código de Processo Civil de 1973 preconizava legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido como as condições da ação penal, embora a possibilidade jurídica do pedido como espécie de condição da ação penal sempre tenha sido alvo de críticas tanto pelos processualistas civis quanto pelos processualistas penais, pois se trata de decisão de mérito e não de inadmissibilidade.

Ante a inadequada transposição simplista dos conceitos processuais civis para o processo penal, Aury Lopes Júnior obtempera que é legítimo conceber um pedido juridicamente impossível de ser exercido, tornando frágil a categorização no processo civil e, principalmente, no processo penal.¹²

A despeito das divergências sobre a amplitude da possibilidade jurídica do pedido, reitera-se que, no momento da admissibilidade da ação penal, quando o juiz recebe a denúncia, não interessa se o fato é aparentemente criminoso ou não. Deve-se perquirir o injusto penal àquele caso concreto.

A possibilidade jurídica do pedido está associada à tipificação da conduta prevista em lei descrita na denúncia ou na queixa-crime, a fim de se evitar uma persecução que, até no plano hipotético, é juridicamente impossível.

12 LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 336-337.

2.6 Justa causa

No plano da admissibilidade da ação penal prevista no art. 395, III, do CPP, fruto da reforma no diploma processual penal da Lei 11.719/2008, a justa causa é deveras garantia contra o uso abusivo do direito de acusar, constituindo limite ao *ius ut procedatur* por se tratar de suporte probatório mínimo a acompanhar a inicial acusatória. Portanto, em tese, indícios suficientes, na investigação preliminar, justificam a persecução penal, a autoria e a materialidade delitiva. Ausentes tais requisitos, impõe-se a rejeição da denúncia ou da queixa-crime.

Ademais, em vista do caráter fragmentário da intervenção penal, devem-se sancionar apenas as práticas contra os bens jurídicos dados como relevantes penalmente, e se evitar a banalização do direito penal porquanto é preciso justificacão plausível para iniciar a persecução penal.

A inobservância das condições da ação leva à rejeição da inicial acusatória, nos termos do art. 395, II, CPP, ou trancamento do processo. Sanada a falha da decisão que rejeita, pode a ação ser novamente intentada. A Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Aury Lopes Júnior esclarece que a justa causa não se confunde com o *fumus commissi delicti* que é requisito da condição da ação penal, porquanto a fumaça da prática do delito deve demonstrar que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável, precisando ser analisada sob a óptica da existência de elementos probatórios de autoria e materialidade capazes de embasar a persecução penal.¹³

13 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 344.

Independentemente da posição que se queira adotar, resta incontroverso que a justa causa é imprescindível para um juízo de admissibilidade da exordial acusatória, e o juiz deve analisar se há ou não lastro probatório suficiente para a instauração do processo penal.

3. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo

Conforme doutrina majoritária (art. 24), ação penal pública de qualquer espécie será movida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Nos crimes de ação pública por denúncia do Ministério Público quando a lei o exigir, isso dependerá de requisição do ministro da Justiça ou de quem tiver qualidade para representar o ofendido.

Presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal para que o processo se inicie. Não cabe ao órgão ministerial juízo de conveniência ou oportunidade acerca do oferecimento da denúncia diante de elementos suficientes quanto à existência do *fumus comissi delicti* (fato típico, ilícito e culpável).

Configurada a conduta delituosa e presentes as condições da ação penal, o Ministério Público não poderá deixar de oferecer a denúncia, por imposição da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, princípios cada vez mais questionados no âmbito do próprio MP, uma vez que os órgãos persecutórios não se reservam qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se iniciam a persecução penal.¹⁴

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 323-324

3.1 Poder-dever de punir do Estado

O poder-dever de punir do Estado surgiu no momento em que a vingança privada ganhou mais espaço. Vingança e pena são elementos distintos. Em tese, vingança pressupõe força individual de caráter arbitrário; pena, a existência de um poder organizado. Contudo, muitas vezes a vingança é revestida de pena. Portanto, a solução de tais conflitos exige a participação de um terceiro imparcial, e somente o Estado tem a capacidade de fazer com que a decisão seja cumprida e respeitada pelos demais membros da sociedade.

Com isso, o Estado-Juiz passa a deter o monopólio da justiça e do direito de ação. O processo penal é o caminho necessário à aplicação do direito penal no caso concreto de se buscar a decisão justa e a própria justiça no poder-dever de punir do Estado. Ao mesmo tempo, propicia ao acusado direitos e garantias fundamentais que evitam transformar o processo em objeto de vingança, o que limita a atuação do Estado-Juiz e a do órgão persecutório.

Por meio do devido processo legal, cabe ao Estado o exercício do *ius puniendi* que, em contrapartida, recebe a incumbência de proteger os direitos e os interesses da sociedade e os do próprio acusado. Para a sociedade, é melhor absolver o culpado do que condenar um inocente. Acresça-se que o processo penal não existe apenas para tornar efetiva a aplicação de direito material quando o Estado-Juiz exerce o seu poder-dever de punir. Presta-se também a, precipuamente, repelir a persecução penal em desfavor de quem não tenha praticado a infração.

Frise-se que, com o cometimento da infração penal, o próprio Estado sofre a lesão, porquanto os bens e os interesses da coletividade são tutelados eminentemente públicos. Não se permite, portanto, que o particular aplique ao transgressor o preceito sancionador, salvo em casos de legítima defesa. O poder-dever de punir do Estado é uma obrigação funcional para atingir os fins essenciais do Estado: garantir a ordem pública, a ordem econômica e a paz social.

Nessa vertente, o Estado deve pôr-se em atividade persecutória sempre que uma conduta penalmente típica seja praticada, postulando judicialmente a pretensão punitiva do autor. Sem ficar inerte em situação como esta, deve-se agir em busca da verdade de forma segura para atingir a desejada justiça, sendo o processo penal acusatório o instrumento adequado para o fim colimado.¹⁵

3.2 Princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública

O princípio da obrigatoriedade nada mais é que a vedação imposta ao órgão acusatório de decidir ou não pela persecução penal. Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público não tem a faculdade de buscar a condenação do acusado, mas tem o dever de apurar o cometimento da infração penal causadora da ação pública incondicionada. A polícia judiciária colherá os elementos informadores para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia.

Guilherme Nucci aduz que não há como regra no Brasil o princípio da oportunidade no processo penal. O ajuizamento da ação penal é critério discricionário do órgão acusatório – exceção feita à ação privada e à pública condicionada para o oferecimento da representação obrigatória do Ministério Público. A indisponibilidade da ação penal significa, uma vez ajuizada, que o promotor de Justiça não pode dela desistir. Logicamente, já existem exceções que abrandam o princípio da obrigatoriedade.¹⁶

O princípio da indisponibilidade (art. 42 do CPP) é consequência lógica do princípio da obrigatoriedade de o Ministério Público oferecer a denúncia em desfavor do acusado. Preenchidas

15 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade*. Forense, 1994. p. 19.

16 NUCCI Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 44-45.

as condições da ação, o órgão acusatório não pode desistir do processo em curso. O art. 576 do CPP prescreve, aliás, que o MP não poderá desistir de recurso que haja interposto. Note-se que o promotor não é obrigado a recorrer. Entretanto, se o fizer, não poderá desistir do recurso.

3.3 O princípio da obrigatoriedade mitigada

É preciso que o processo penal reposicione o Ministério Público na persecução penal, pois, a vingar o modelo negocial que está ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro, não haverá mais lugar para os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação tanto nos crimes de leve potencial ofensivo quanto nos crimes de médio potencial ofensivo.

Ademais, o artigo 28 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei 13.964/2019, previa mecanismos de fiscalização do princípio da obrigatoriedade pelo Estado-Juiz. Se o órgão ministerial requerer o arquivamento do inquérito policial, o juiz, no caso de não concordar com o pedido ministerial, fará remessa do inquérito ou das peças de informação a fim de que o procurador-geral ofereça a denúncia ou designe um promotor para que a ofereça.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, em vez de apresentar a denúncia requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar im procedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do MP para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento ao qual só o juiz estará obrigado a atender.

Por sua vez, a inserção dos Juizados Especiais Criminais fomentou ainda mais o modelo de justiça consensual no Brasil quando deixou de lado, em sua pureza, o modelo tradicional condena-

tório para surgirem vários institutos mitigadores do princípio da obrigatoriedade:

a) transação penal é acordo firmado que permite a imposição de medida alternativa à pena privativa de liberdade sem que haja a necessidade de se iniciar um processo convencional (art. 76 da Lei 9.099/1995).

b) acordo de leniência no curso de investigação de crimes contra a ordem econômica em que o Conselho Administrativo da Ordem Econômica tem o poder de celebrá-lo com os investigados de infração de ordem econômica (artigos 16 e 17 da Lei 12.846/2013).

c) parcelamento do débito tributário cabível nos crimes contra a ordem tributária. A pretensão acusatória do Ministério Público fica suspensa enquanto estiver pendente o parcelamento, porquanto ausente a justa causa. Da mesma forma, suspende-se a prescrição enquanto viger o parcelamento (art. 69 da Lei 11.941/2009).

d) Colaboração premiada – o Ministério Público pode deixar de ofertar a denúncia quando o sujeito não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar a efetiva colaboração (art. 4.º, §4.º, Lei 12.850/2013).

e) Acordo de não persecução penal é hipótese abordada em tópico específico do art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP).

Com a mitigação do princípio da obrigatoriedade a ganhar cada vez mais força no ordenamento jurídico como forma de racionalizar a persecução penal, a adoção do princípio da oportunidade evolui no atual cenário de uma sociedade em que o Direito Penal seja a *ultima ratio*, devendo o Estado-Juiz cuidar dos delitos mais graves – *minimis non curat praetor*.

4. Princípio da oportunidade

A ação penal rege-se por alguns princípios. Na de iniciativa privada acerca do direito do ofendido de não se expor, o princípio

da oportunidade faculta à vítima deliberar entre ofertar ou não a ação, porquanto por permissivo legal a vítima é a titular do direito.

A respeito, Nucci obtempera que o Estado confere ao particular ofendido pela ação delituosa de outrem a faculdade de ingressar com ação penal contra o agressor. Enquanto a ação penal pública regula-se pelo princípio da obrigatoriedade de o Ministério Público ajuizar ação penal contra os infratores, a ação privada fica a critério e disponibilidade da vítima. O exercício da ação penal é de pura conveniência de o ofendido exercê-la apenas se o desejar, pois o processo penal poderá ser mais danoso que o próprio delito que o figurou como vítima.¹⁷

O não exercício da ação penal pode ensejar a decadência ante o não oferecimento da queixa em seis meses, a contar da data em que se tem o conhecimento de autoria da infração penal (art. 38 do CPP), assim como a renúncia que se opera pela prática de ato incompatível com a vontade de ver o infrator processado, podendo ser expressa ou tácita (artigos 50 e 57 do CPP).

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

[...]

Art. 50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

[...]

Art. 57. A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova.

17 NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 233.

No que se refere aos crimes de ação penal pública incondicionada, não há no Brasil, como regra, o princípio da oportunidade no processo penal, pois o ajuizamento da ação penal não fica a critério discricionário do Ministério Público.

O princípio da obrigatoriedade adotado para o exercício da ação penal pública, em tese, parece decorrer de uma tradição histórica de apego à legalidade, ao menos nos países de cultura jurídica romano-germânica, com conseqüente exclusão de qualquer discricionariedade por parte do titular da ação penal pública.

É o princípio mais vulgarizado nas legislações modernas. Ele se contrapõe ao princípio da oportunidade, que faculta ao órgão acusador promover ou não a ação penal, discricionariedade útil ao interesse público, pois nem toda persecução penal se revela razoável quando existem outros meios para a solução do caso concreto.

O princípio da oportunidade funda-se na regra mínima *non curat praetor*, segundo a qual o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes. Aliás, pode deixar de promover o *ius puniendi* se constatado que no exercício da ação penal podem advir mais inconvenientes que vantagens.¹⁸

O interesse público recomenda o não exercício da ação penal nas diversas situações em que a persecução não se revele oportuna, como no caso da inutilidade da sentença condenatória por inevitabilidade da prescrição retroativa. Destarte, a atuação ministerial deve ser submetida ao princípio da oportunidade, como exceção à regra geral de obrigatoriedade/indisponibilidade, ao iniciar ou não a persecução penal a fim de evitar processos fadados ao insucesso.

18 MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 46.

4.1 Prescrição retroativa

Como titular exclusivo do direito de punir, só o Estado-Juiz pode aplicar a pena em desfavor do transgressor da lei. A prática do *ius puniendi* se concretiza para a punição do responsável pelo fato típico e ilícito.

Todavia, barreiras penais e processuais, como a prescrição, estabelecem limites temporais para o Estado exercer seu poder-dever de punir sem se prostrar no tempo eternamente. Assim, o Estado-Juiz deve aplicar a sanção penal dentro do período legalmente fixado.

O instituto da prescrição como limitador do poder-dever de punir do Estado-Juiz determina que se aplique a sanção penal dentro do prazo estabelecido por lei. Caso não o faça, a infração penal permanece. Desaparece tão somente o direito de punir. É mister salientar que a prescrição é causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, IV, do Código Penal brasileiro.¹⁹

A respeito, Rogério Greco afirma que o réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do status de primário e será como se não tivesse praticado a infração penal.²⁰ A prescrição é matéria de ordem pública, devendo ser decretada de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, a teor do art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal. Trata-se também de matéria preliminar, que impede a análise do mérito. Não há que se cogitar condenação, tampouco absolvição. É tão somente extinção da punibilidade.

No Código Penal brasileiro, a prescrição da pretensão punitiva se subdivide em prescrição da pretensão punitiva propriamente dita; prescrição intercorrente e prescrição retroativa, que se chama “retroativa” pelo fato de ser computada para trás, ou seja, a partir da sentença penal condenatória até o recebimento da denúncia.

19 MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Editora Método, 2020. p. 797-798.

20 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 15 ed. Niterói: Impetus, 2015.

A prescrição retroativa, conforme Damásio E. de Jesus, teve origem em 12 de junho de 1946, nos autos do HC 29.370, relatoria do ministro Castro Nunes, a pioneira manifestação do Supremo Tribunal Federal:

Se o art. 109 – depois de assentar o princípio de que a prescrição da ação é a que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final – admite uma exceção, a do parágrafo único do art. 110 deixa claro que a exceção se refere à prescrição do procedimento penal. A razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma *reformatio in pejus*, a fixação da pena se torna definitiva, como se fora a pena cominada na lei.²¹

Acresça-se que a prescrição retroativa é calculada pela pena concreta àquela aplicada na sentença penal condenatória, nos termos do art. 110, § 1.º, do CPB; e a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal aduz que a prescrição da ação penal se regula pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Já a prescrição da pretensão executória se revela só depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação ou querelante. Nas ações de iniciativa privada, o Estado-Juiz deve zelar para que a pena se cumpra no prazo a ela correspondente. Não vale mais a pena máxima em abstrato, mas apenas a pena concreta definida pela sentença penal condenatória.

O raciocínio é de que em um crime de furto simples (art. 155, caput, CPB), por exemplo, a prescrição da pretensão punitiva, calculada sobre a pena máxima, ocorre em oito anos. Se, todavia, foi aplicada a pena mínima de um ano, e a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, a prescrição retroativa será, com base nela calculada, em quatro anos.²²

21 JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 130.

22 MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Editora Método, 2020. p. 827.

Se entre a sentença penal condenatória e o recebimento da denúncia decorrer o prazo de quatro anos, a prescrição retroativa se baseia na pena concreta. Nos termos do art. 10 do CPB, o prazo prescricional inclui o dia do começo e exclui o dia do final. Vale registrar que a prescrição retroativa é a partir da publicação da sentença penal condenatória, desde que haja trânsito em julgado para a acusação ou se tenha a seu recurso negado provimento.

Não reconhecida durante a investigação policial, compreendida entre a data do fato e o oferecimento da exordial acusatória, a prescrição retroativa não tem o condão de impedir a instauração do processo criminal, se não consumada a prescrição em abstrato. Ora, não se pode, de início, afirmar que a instauração não se cumprirá em prazo hábil para evitar a prescrição retroativa, mesmo que presumível a morosidade do judiciário.

4.2 Prescrição em perspectiva

Na medida em que concorrem diferentes teses e críticas acerca da natureza jurídica da prescrição em perspectiva, quando surgiu o referido instituto a doutrina o definiu como uma espécie de prescrição punitiva da denominada prescrição retroativa antecipada, definição que se revela equivocada porque inexistente sentença penal condenatória no momento da ocorrência da prescrição em perspectiva, requisito obrigatório para o reconhecimento da prescrição retroativa.

A tese de que a prescrição virtual seria mais uma espécie da prescrição punitiva não vingou ante a inexistência de previsão legal. Aliás, é uma construção doutrinária e jurisprudencial, mesmo considerada a taxatividade do artigo 107 do CPB. E a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça aduz: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Na nova corrente, a natureza jurídica da prescrição em perspectiva é a de carência da ação por ausência de interesse de agir. Nessa vertente, Nucci obtempera ser razoável o magistrado, a pedido do Ministério Público, em vez de julgar extinta a punibilidade, que não encontra previsão legal, determinar o arquivamento do inquérito policial por falta de interesse de agir do processo.

Rogério Felipeto, contudo, aduz que o argumento da falta de interesse ou justa causa não merece prosperar, uma vez que no ordenamento jurídico a pena sem processo transgredir vários princípios constitucionais, como o da ampla defesa e do contraditório, ensejando um nada jurídico.²³

Ademais, a prescrição em perspectiva não pode ser considerada como ausência de interesse de agir. No processo penal, a jurisdição é compulsória, para evitar que a vingança privada se realize pela mão do mais forte. Se há o cometimento de algum crime, o interesse de agir não está acoplado à punição concreta do agente.

Quanto à obrigatoriedade de o Ministério Público promover a persecução penal, o órgão acusador não pode dispor discricionariamente desse dever, embora deva verificar se é razoável o prosseguimento da persecução penal.

Em tese, se constatar que só se evitará a prescrição retroativa com a aplicação da pena privativa de liberdade em seu patamar máximo, e no caso concreto o agente tem circunstâncias judiciais favoráveis ou causa de diminuição, o promotor de Justiça pode valer-se do princípio da oportunidade, haja vista que um Judiciário moroso e abarrotado de processos não entrega a devida prestação jurisdicional em tempo hábil sem buscar alternativas que gerem maior segurança a seus jurisdicionados e ao próprio acusado.

23 FELIPETO, Rogério. *Prescrição antecipada*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.25, p. 6, jan. 1995.

Saliente-se que a prescrição em perspectiva constitui hipótese de carência de ação penal pela falta do interesse de agir. A instauração de um processo penal inútil pela prescrição promove gasto excessivo de tempo e de recursos sabidamente fadados ao insucesso, ferindo os princípios da economia e da instrumentalidade. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal não admite a virtual prescrição em perspectiva, haja vista a inexistência de previsão legal do instituto.²⁴

4.3 Penas inexigíveis

No Judiciário brasileiro, algumas penas se revelam inexigíveis, pois a morosidade enseja a prescrição. Assim, alguns delitos não merecem a atenção do poder judiciário pelo pequeno potencial ofensivo e/ou pelo cometimento sem violência ou grave ameaça, o que corrobora o abarrotamento nas varas criminais de processos que dependem de total atenção do Ministério Público e do Estado-Juiz para célere e justa solução.

Depreende-se, pois, razoável a flexibilização. A obrigatoriedade não pode ser vista como uma imposição cega de iniciar a persecução penal a todo custo. É necessário que se busque a eficácia da persecução penal com a devida cautela, de forma racional, haja vista que a ocorrência do ilícito penal enseja o direito de punir do Estado. O processo pode efetivar-se por intermédio de acordos penais em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, a fim de dar maior celeridade processual e evitar a prescrição.

Dessa forma, a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal em prol do princípio da oportunidade e da eficácia na resolução dos casos se vai adequar aos critérios mitigadores do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, uma alternativa de maior eficiência temporal no contexto da justiça criminal.

24 Inq 3.574 AgR/MT, rel. min. Marco Aurélio, 1.^a Turma, j. 2.6.2015, noticiado no informativo 788.

Quando a persecução penal se prolonga no tempo ensejando a prescrição e, por corolário, gera um impasse para que a persecução atinja o seu verdadeiro objetivo, a aplicação da pena se torna inexigível, prejudicando todo o esforço despendido pelo órgão acusador, pela defesa, pelos servidores, pelos juízes.

O processo penal pode deixar marcas e cicatrizes que nunca se vão curar quando, por causa da celeridade processual, o Estado-Juiz condena o inocente ou absolve o culpado. Como no ditado popular, “colocar a carroça na frente dos bois” não é o melhor caminho em tipos de infração que demandam uma análise mais minuciosa para evitar erros. Os acordos mitigadores do princípio da obrigatoriedade, em certos delitos previamente estabelecidos, representam ganho enorme para a sociedade, desde que feitos com prudência.

Acresça-se que os institutos mitigadores como forma de resolução extrajudicial contam com a homologação pelo juízo a que se reportam, a fim de tornar efetiva a decisão e, pelo menos em regra, fazer com que a lei atinja o seu objetivo de forma célere e eficaz, desde que se o faça com zelo, uma vez que não é de interesse do acusado que a persecução penal passe por todo o procedimento adotado pelo CPP.

A necessidade de buscar alternativas céleres na solução de casos menos graves evita que se priorizem recursos, tempo, pessoal do Ministério Público e do Poder Judiciário para o processamento e o julgamento de casos mais graves, os quais não admitem a resolução de forma extrajudicial.

É notória a existência de processos que se acumulam nas varas criminais de todo o país sem que se tenha dado qualquer solução ao fato criminoso sob a análise do Estado-Juiz. Como os casos acabam prescrevendo, a sociedade experimenta a sensação de impunidade e de injustiça. Acrescente-se que a morosidade do judiciário é em razão da quantidade exorbitante de processos

distribuídos diariamente às varas criminais que poderiam ser resolvidos de forma extrajudicial, como no caso do Acordo de não persecução penal.

Em suma, inexistente prejuízo ao interesse público mitigar o princípio da obrigatoriedade em prol do princípio da oportunidade. Em certos delitos, o Estado-Juiz, antes de prolatar a sentença, verifica a ocorrência da prescrição para o devido cumprimento da lei penal, jogando por terra os esforços empreendidos quando seria mais apropriada uma imediata decisão negociada que cumpra a função dirimente do conflito. Uma decisão proferida ao longo de muitos anos na hora decisiva se revela incapaz de cumprir as funções da pena e de recompor o sentimento social de validade das normas ante o instituto da prescrição.

5. Panorama teórico e histórico sobre a justiça consensual criminal

Há séculos o homem vive em “estado de natureza” sob seus estágios mais primitivos, ensejando situação de desordem quando não tem suas ações reprimidas pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes. Uma ameaça à paz coletiva acarreta uma “guerra de todos contra todos”.²⁵

A paz social por meio de normas destinadas a delimitar diretrizes que proíbem ou impõem condutas específicas desejáveis por todos é o que estabelece a vida em sociedade, cuja preservação depende da existência de um poder capaz de manter os cidadãos dentro dos limites preestabelecidos, assim como obrigar, por temor à pena, realizar compromissos que imponham deveres e resguardem direitos.

Assim, a vingança privada cedeu o monopólio em favor do Estado na pacificação de conflitos penais, especificamente por meio

25 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

de sua função jurisdicional. O absoluto poder dever-punir do Estado-Juiz, a partir disso, torna-se exclusivo e indelegável.

Todavia, no decorrer dos séculos, alguns fatores obstaram a atividade judicial do Estado. O crescimento da taxa de criminalidade, a carga de trabalho, a demora na prestação jurisdicional – que acarretou, por vezes, a prescrição – geraram um sentimento social de impunidade notadamente nos crimes de menor potencial ofensivo (furto, receptação), o que levou o Estado a priorizar valores como eficiência e celeridade processual constitucionalmente em LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A necessidade de modelos alternativos que priorizam o acordo entre a acusação e a defesa, fazendo prevalecer a vontade dos sujeitos envolvidos, talha uma solução que atenda ao interesse público bem como ao da vítima, dissuadindo o modelo tradicional implantado no Código de Processo Penal, cuja solução decorre do poder impositivo do Estado-Juiz. Acresça-se que vários países já adotaram formas de negociação entre acusação e defesa como a do modelo anglo-saxônico do sistema norte-americano, em que predomina o consenso entre o Ministério Público e a defesa do acusado (*plea bargaining*).

Em face disso, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro alternativas capazes de desafogar a atividade judicante. O marco da justiça negociada foi a Lei 9.099/1995, que implantou o Juizado Especial Criminal a fim de possibilitar uma resolução mais célere aos delitos de menor potencial ofensivo assim como atender aos interesses da vítima.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública viabilizou aplicar a justiça consensual acerca dos crimes em que a lei não comine pena máxima superior a dois anos. A própria Constituição Federal de 1988, art. 98, inciso I, prescreveu criar juizados

especiais para o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, o que ocorreu por meio da Lei 9.099/1995, a partir da qual surgiram vários institutos mitigadores do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública visando a uma maior celeridade e eficiência processual, de modo a assegurar os interesses da vítima e a paz social, e secundariamente os interesses do acusado.

Com o intuito de atingir maior agilidade nas resoluções dos crimes menos graves e, por corolário, ter maior atenção nos crimes mais graves/complexos, deve o Ministério Público agir de forma discricionária para realizar o acordo ou a persecução penal em juízo, pois o *parquet* é o titular da ação penal, atribuição conferida no texto constitucional.

Ademais, a justiça consensual optou pelo caráter de maior informalidade e celeridade, dispensando-se a instauração de inquérito policial e substituindo-o pelo termo circunstanciado, tudo isso para obter um acordo entre as partes e, conseqüentemente, o encerramento antecipado do processo.

Os mecanismos introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais, bem como os derivados, abriram espaços, em especial, a acordos penais firmados entre o Ministério Público e o acusado. Contudo, afloram intensos debates a favor ou contra tais mecanismos, não obstante seja fato incontroverso que a cada dia mecanismos mitigadores ganham mais força em nosso ordenamento jurídico, pela celeridade/eficiência ou pelo desencarceramento.

5.1 O que é justiça consensual

Consenso significa consentimento ou acordo, o que, pela óptica do Direito Civil, configura um elemento para delimitar obrigações e deveres para as partes envolvidas na formação dos contra-

tos. O termo consenso, sob o prisma da teoria geral dos contratos, equivale a um ponto comum para o qual interesses opostos convergem na realização do negócio jurídico.

Acerca da persecução penal, na seara criminal atribuir ao órgão acusador maior autonomia denomina-se justiça consensual. Trata-se, destarte, de um modelo que visa ao consentimento dos interessados sob a forma afirmativa de aceitação ou sob a forma negativa de recusa. O modelo consensual submete o acusado a cumprir determinadas medidas com sua prévia anuência, sendo impossível determiná-las unilateralmente.

Não se trata de pena, frise-se. A pena pressupõe a existência de um processo submetido a ampla defesa e ao contraditório. O juízo profere a decisão com base nos ditames legais e no livre convencimento, para exercer ou não o seu poder punitivo, um cenário marcado pelo poder-dever de punir do Estado.

O acordo firmado entre a acusação e o acusado não pode ser tipificado como pena, pois falta o requisito da imperatividade, visto que o Estado pode impor de maneira coercitiva seu cumprimento, o que não acontece no acordo, quando é facultado ao acusado cumprir ou não as condições.

Em síntese, a justiça consensual no Brasil enseja maior celeridade nos processos de menor complexidade, uma vez que o acordo reduz significativamente a quantidade de processos nas varas criminais. Frise-se, todavia, que se valer da terminologia “eficiência” nos acordos criminais é temerário por considerar que inocentes, por receio de haver uma persecução penal em seu desfavor, acabam aceitando as medidas impostas para a extinção de sua punibilidade.

A introdução da justiça consensual no Brasil já é uma realidade para os crimes menos graves e para os mais graves. Não se trata de eliminar a persecução penal, mas abrir espaço para o diálogo entre acusado, vítima e Ministério Público.

5.2 Acordos penais implementados no Brasil

Há uma tendência de o ordenamento jurídico adotar e ratificar os acordos penais consensuais entre acusação e defesa depois da promulgação da Lei 9.099/1995. Em resposta estatal aos delitos preestabelecidos, a lei regulamentou os Juizados Especiais Criminais baseados na autonomia da vontade das partes.

No Código de Processo Penal (CPP), as modificações se deram com o advento das leis 11.689 e 11.690. Acresça-se que o Projeto de Lei 8.045/2010, do Senado, discutiu editar no novo CPP importantes mudanças em relação aos acordos consensuais penais. É imperioso, contudo, destacar os consensos que se apresentam no modelo jurídico brasileiro.

5.3 Composição dos danos civis

Consoante o artigo 74 da Lei 9.099/1995, a composição dos danos civis é um dos mecanismos prescritos na lei dos Juizados Especiais. Sempre que possível se buscará, em primeiro momento, a solução amigável para a reparação do dano sofrido pela vítima.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Para Renato Brasileiro, o acordo pode firmar-se entre o autor do fato e a vítima, entre o representante legal do autor do fato e o ofendido, entre o responsável civil e a vítima, entre o responsável civil e o representante legal do ofendido. Por se tratar de interesses patrimoniais disponíveis, a intervenção do Ministério

Público só é necessária nos casos em que haja interesse de incapazes (artigo 178, inciso II, CPC).²⁶

Contudo, há controvérsias acerca da participação do Ministério Público na composição dos danos civis considerada além da perspectiva patrimonial, uma vez que o acordo serve para gerar na vítima a possibilidade do perdão e no autor o arrependimento, sendo, portanto, um mecanismo restaurativo e fortificador da paz social buscado pelo Ministério Público para a solução do conflito.

Mediante sentença irrecorrível por meio de ação anulatória na esfera cível, salvo nos casos de embargos de declaração para sanar alguma omissão, contradição, obscuridade ou vício de vontade a ser combatida, a sentença homologatória terá eficácia de título executivo judicial capaz de ser executado no juízo cível competente e, por corolário, renúncia ao direito de representação ou queixa.

A sentença que homologa a composição dos danos civis produz efeitos na seara criminal – extinção da punibilidade – e na área cível – título executivo judicial. Outrossim, em caso de descumprimento do acordo pactuado com o autor, o ofendido perderá o direito de queixa ou representação, remanescendo apenas a possibilidade de executar a sentença no juízo cível, pois a homologação da composição dos danos civis enseja a extinção de punibilidade, a teor do artigo 107, V, do Código Penal.²⁷

Essa ideia gera insegurança jurídica porque o ofendido perde o direito de representação ou queixa em desfavor do acusado, caso se descumpra o acordo. A sentença de extinção de punibilidade deve, pois, produzir efeitos só depois de cumprido integralmente o acordo celebrado entre as partes.

26 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1.564

27 op. cit. p. 1.566.

Em suma, a composição dos danos civis está relacionada ao fortalecimento da justiça restaurativa com foco vitimológico considerado adequado aos interesses do ofendido, o que enseja o restabelecimento da ordem pública e a recomposição patrimonial quando for o caso.

5.4 Transação penal

Nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95, a transação penal é o acordo celebrado entre o órgão ministerial e o autor da infração com o objetivo de evitar a instauração de processo mediante a propositura imediata de pena restritiva de direitos ou pena de multa.

Conforme o Enunciado 112 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (Fonaje) – que substitui o Enunciado 90 –, na ação penal de iniciativa privada cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro – Palmas/TO). Logo, o Ministério Público tem legitimidade para oferecer transação penal nos crimes de ação penal pública bem como nos crimes de iniciativa privada.

Destarte, nas infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja justa causa e *fumus commissi delicti* por si suficientes para o oferecimento de denúncia, o Ministério Público, em vez de oferecê-la, poderá propor a transação penal com a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa ao autor que preencha os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais. Na ocorrência do princípio da discricionariedade regrada, a transação penal consiste na faculdade de o órgão acusatório não a promover sob certas condições estabelecidas com o acusado.²⁸

28 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1566 – 1567.

Com ponderação diversa, Pacelli obtempera que a transação penal é um direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos legais, a única discricionariedade que o Ministério Público tem é quanto à pena ser a restritiva de direitos ou multa, não lhe competindo decidir sobre o cabimento ou não da transação.²⁹

Tal entendimento, porém, não merece ser acolhido, uma vez que o art. 129, inciso I, da Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Portanto, ninguém melhor que o promotor de Justiça para analisar a conveniência da transação penal ou da persecução penal. Aliás, caso assim fosse, o juiz de ofício poderia ofertar o acordo ao acusado.

Acresça-se que a recusa injustificada do órgão ministerial em oferecer a transação penal ou de o juiz discordar de seu conteúdo deve aplicar subsidiariamente o artigo 28 do CPP, com a consequente remessa dos autos ao procurador-geral de Justiça, que poderá alterar o conteúdo da proposta, formular a transação penal ou ratificar a postura do promotor de Justiça, caso em que o Estado-Juiz está vinculado à decisão do procurador-geral de Justiça ou à do promotor a quem ele designou.

Destaquem-se os pressupostos de admissibilidade da transação penal: infração de menor potencial ofensivo; representação da vítima, se for o caso; não estar sujeita a arquivamento; não ter condenação definitiva por crime anterior com aplicação de pena privativa de liberdade; não ter sido beneficiada pela transação penal nos últimos cinco anos; antecedentes, conduta social, personalidade do agente bem como os motivos e circunstâncias indicarem a adoção do benefício; em caso de crime ambiental, prévia composição do dano, salvo impossibilidade (art. 27 da Lei 9.605/1998).

O momento procedimental para a transação é antes do recebimento da exordial acusatória. Frustrada a composição civil dos

29 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 8. ed., p. 575.

danos, a transação penal pode ser oferecida oralmente ou por escrito nas tratativas durante a audiência, para alcançarem uma melhor pacificação. Exige-se aceitação expressa do autor da infração e de seu defensor. A recusa enseja o oferecimento da peça acusatória. Ademais, a homologação do Estado-Juiz não gera maus antecedentes nem efeitos civis, tampouco reincidência.

Como a transação penal é negociada antes do recebimento da peça acusatória, enquanto não houver o cumprimento da pena de multa ou restritiva de direitos, o lapso prescricional da pretensão punitiva abstrata terá permanecido em curso desde a data do delito, já que o artigo 117, inciso I, do CPP prevê a interrupção da prescrição apenas com o recebimento da denúncia ou queixa.³⁰

O descumprimento injustificado do acordo retoma o curso do processo, porquanto a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial, a teor da Súmula Vinculante 35. O cumprimento das condições impostas enseja o arquivamento definitivo do TCO.

5.5 Suspensão condicional

Conforme o artigo 89 da Lei 9.099/1995, “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

30 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1566 – 1573.

A natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a impugnação, o que difere do Acordo de não persecução penal, que considera como um dos requisitos a confissão quanto ao crime. Além do mais, o SUSPRO não admite culpa, tampouco se declara inocente.³¹

Ademais, difere-se do instituto anglo-saxônico do *guilty plea*, em que o acusado admite em juízo que cometeu o delito a ele imputado, o que enseja, portanto, efeitos civis como, por exemplo, a obrigação de indenizar. Destaque-se que nos crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o órgão ministerial, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, desde que o acusado preencha os requisitos legais do parágrafo primeiro do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

§ 1.º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Considerando as qualificadoras, os privilégios, as causas majorantes e minorantes de pena para sopesar o cabimento do SUSPRO, acresça-se que em concurso material, formal ou continuidade delitiva, conforme a Súmula 723, não se admite a suspensão condicional do processo se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a suspensão condicional do processo é um direito público subjetivo do acusado

31 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1589-1590.

(STJ - *Habeas Corpus* 131.108-RJ (2009/0044973-5), relator Jorge Mussi, julgado em 18.12.2012. Destarte, preenchidos todos os requisitos legais, a obrigação de formulá-la é um poder-dever do órgão ministerial. Como dito alhures, ninguém melhor que o *parquet* para fazer a análise da conveniência da transação penal ou promover a persecução penal. Caso assim fosse, o juiz de ofício poderia ofertar o acordo ao acusado.

Em síntese, a suspensão condicional do processo visa à extinção de punibilidade, se cumpridas as condições acordadas. Durante a paralisação, o controle e a fiscalização das medidas fixadas são do juízo processante que homologou o acordo. Não há o que se falar em fiscalização pelo juízo das execuções penais, porquanto a atribuição de fiscalizar dele é só depois do trânsito em julgado da sentença.

Para SUSPRO não existe pena tampouco sentença de mérito passada em julgado. Por força do artigo 147 da Lei 7.210/1984, “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

5.6 Acordo de colaboração premiada

Convém trazer à baila a diferença entre colaboração premiada e delação premiada. A colaboração premiada, na visão de Rogério Filipeito, é uma das formas mais eficientes de apuração da conduta criminosa, diga-se de passagem, cometida de maneira organizada. As peculiaridades do crime organizado, no entanto, dificultam a atuação do Estado e, para conhecer o *modus operandi* da organização, a delação é instituto mais amplo, por considerar a efetiva e real participação do agente colaborador de restaurar os danos causados por sua atitude.

Mister destacar a natureza processual da colaboração, meio de obtenção de prova e não causa de diminuição de pena, como ocorre com a delação. Acresça-se que a incidência pode suceder durante a investigação criminal, na fase judicial e na fase de execução, e, por consequência, varia-se também sua natureza jurídica. Na fase investigatória, é considerada instrumento processual. Nos demais momentos, a modalidade é de natureza jurídica mista, uma vez que o acordo se dá por normas processuais cujas consequências são de natureza material, isto é, perdão judicial, redução ou substituição de pena ou progressão de regime.³²

No curso da persecução penal, o acusado pode assumir a culpa sem incriminar terceiros fornecendo como colaborador elementos capazes de se localizar, por exemplo, o produto do crime. Mas pode também confessar a prática do crime e delatar outros envolvidos, caracterizando, nessa hipótese, a delação premiada.³³

Na colaboração premiada pode considerar-se a concessão de benefícios de forma espontânea e livre de coação, para o acusado decidir confessar a prática criminal e colaborar para o desfecho da investigação criminal assim como auxiliar na recuperação dos produtos do crime. Registre-se que a colaboração premiada é instituto de processo penal misto, uma vez que vai desde o não oferecimento de denúncia até a possibilidade de diminuição de pena e o ensejo de extinção da punibilidade. Não cabe, porém, ser confundida com a confissão espontânea, uma modalidade de cooperação processual, pois a colaboração tem seus próprios regramentos.³⁴

Da colaboração premiada exige-se voluntariedade, não arrependimento. O agente resolve colaborar livre de vícios, sem nenhum

32 FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 136.

33 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 868-869.

34 FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 136/138.

tipo de coação física ou moral, ainda que a voluntariedade esteja influenciada pelas provas robustas que o criminalizam. Para minorar a repressão penal, a colaboração é plenamente válida, pois sua vontade se manifestou de maneira livre.

No processo penal, a colaboração premiada é tida como um meio de obtenção de prova, e só será efetivada depois da identificação de um ou mais sujeitos que praticaram o crime (art. 3.º, inciso I, da Lei 12.850/2013). Acresça-se que o Supremo Tribunal Federal³⁵ considera o instituto um negócio jurídico processual, uma vez que se trata da cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal.

A colaboração premiada é, além de qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, uma cooperação do imputado à investigação e ao processo criminal como atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial de direito material concernente à sanção premiada a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado, se resultar exitosa a sua cooperação, ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Em suma, há a necessidade de um negócio formal entre o Ministério Público e o acusado de que a formalização do acordo deverá ser levada ao conhecimento do Estado-Juiz para que se realize a homologação e a fiscalização conforme os ditames legais.

6. Acordo de não persecução penal

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução 181 em 7 de agosto de 2017. Alterada pela Resolução

35 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 6.5.2021.

183/2018, o acordo de não persecução penal autoriza ao *parquet* o não oferecimento da ação penal em troca de o autor do delito aceitar certas condições preestabelecidas.

Cuidando-se de novo espaço de consenso firmado entre o Ministério Público e o acusado por meio de acordo penal, surgiram vários questionamentos acerca da possibilidade de o aplicar, pois, além de mitigar o princípio da obrigatoriedade, inexistia previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Tratava-se de instituto unicamente previsto na resolução do CNP.

Por um lado, consoante se demonstrou alhures, o acordo de não persecução penal fora introduzido no artigo 18 da Resolução 181 do CNMP e sofreu várias críticas acerca de sua inconstitucionalidade formal orgânica por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, sendo necessário o implemento por meio de lei formal para mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil confere aos órgãos que os atos regulamentares têm força de lei complementar, ainda que se não observe o rito das leis. O que se aplica ao Conselho Nacional de Justiça se aplica também ao Conselho Nacional do Ministério Público, sendo viável, destarte, a instituição do Acordo de não persecução penal por meio de Resolução da CRFB/1988:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida uma recondução, sendo: § 4.º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

O pacote anticrime da Lei 13.964/2019 incluiu o art. 28-A no CPP para pôr fim a essa controvérsia de o ANPP ser instituído por meio de Resolução para disciplinar a função constitucional do Ministério Público (MP) prevista no artigo 129, inciso I, da CRFB/1988. Posto isso, o ANPP passou a ser tratado como negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o MP e o acusado devidamente assistido pelo seu defensor.

Em tese, o juiz das garantias impõe certas condições, entre elas a confissão formal e circunstanciadamente da prática do delito em troca do compromisso de o *parquet* não oferecer a denúncia em desfavor do acusado, declarando extinta a punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

6.1 Requisitos e restrições para aplicação do Acordo de não persecução penal

Conforme norma do Código de Processo Penal (CPP), a celebração do acordo de não persecução penal está condicionada à observância de certos requisitos previstos no próprio *caput* do art. 28-A:

- a) pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos, levando-se em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena;
- b) em nenhuma hipótese poderá ser concedido o acordo de não persecução penal nos crimes ou contravenção cometidos com violência ou grave ameaça, salvo nos casos de violência cometida na modalidade culposa, a teor do Enunciado 23 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal;
- c) não ser caso de arquivamento, o ANPP somente deve ser celebrado quando houver lastro probatório capaz de apontar o acusado como autor do fato criminoso, desde que presente o fato típico, ilícito e culpável, bem como a justa causa.

Se o órgão ministerial entender que o arquivamento da investigação é a medida de rigor que se impõe, não poderá, por óbvio, propor o acordo de não persecução penal. É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito, apesar de previsível.

Em que pese o Código de Processo Penal permanecer silente acerca das hipóteses que autorizam o arquivamento da investigação, aplicam-se, por analogia, as hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária constantes dos artigos 395 e 397 do CPP³⁶

Acresça-se exigir também do acusado a formal confissão por menorizada dos fatos, em consonância com as demais provas contidas nos elementos de informação sobre o cometimento do crime, requisito indispensável à celebração do acordo de não persecução penal.

Não há a ofensa do direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal), o *nemo tenetur se detegere*, pois o acusado tem a liberdade de livremente realizar escolhas conscientes que o possam favorecer. É válido mencionar que a obrigatoriedade da confissão somente será usada em caso de descumprimento do acordo.

Além disso, inexistente ofensa ao princípio da presunção de inocência, por se tratar de esfera consensual de que o agente abre mão de certas garantias em troca do benefício do acordo, o qual é via de mão dupla. Outrossim, o Ministério Público abre mão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas exige do acusado a mitigação de certos princípios.

Verifica-se que o acordo de não persecução penal é aplicável aos delitos de médio potencial ofensivo, funcionando como mais um instituto ligado à justiça consensual dos Juizados Especiais Criminais.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 274/280.

6.2 Da formalização do acordo de não persecução

Como o objetivo principal do acordo de não persecução penal é evitar a persecução em juízo, o ANPP pode ser celebrado até o oferecimento da denúncia durante a fase pré-processual.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

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

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

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

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

[...]

§ 3.º O acordo de não persecução penal formalizado por escrito será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Em regra, o ofendido não participa das tratativas na formulação do acordo, sendo apenas comunicado depois da homologação ou eventual descumprimento do acordo, a teor do § 9.º, art. 28-A, do CPP. Nessa mesma linha, a vítima não participa do acordo, porquanto a disposição do direito de ação é do Ministério Público. Não há que se falar em descaso com a vítima, mas sim em valorização, haja vista que o ANPP é muito útil para promover a reparação do dano.

6.3 Condições para cumprimento

Para a celebração do acordo de não persecução penal, o acusado deve, de forma voluntária, sujeitar-se a determinadas condições não privativas de liberdade, de maneira cumulativa ou alternativa, nos termos do art. 28-A do CPP. Não se trata de pena, à qual falta a imperatividade – uma das características fundamentais de qualquer pena –, embora o Estado possa impor coercivamente o seu cumprimento, pouco importa a voluntariedade do acusado.³⁷

Nessa vertente, o Enunciado 25 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) ratificou o entendimento alhures.

Enunciado 25: O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes que não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência.

No que atine à reparação do dano ou restituição à vítima, tal condição não figura como *sine qua non* para a celebração do acordo de não persecução penal, como, por exemplo, em virtude

37 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 283.

de perecimento do próprio bem tutelado ou de impossibilidade financeira do investigado. A vulnerabilidade financeira deve ser demonstrada pelo agente. O ônus de comprovar que não tem condições econômicas é do investigado. Não basta a simples alegação de hipossuficiência.

A lei prevê que o investigado deve renunciar voluntariamente a bens e a direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Sentido nenhum faria a celebração do acordo de não persecução penal se o investigado pudesse mantê-los consigo.

Já a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, deve levar o agente ao constrangimento de passar pela expiação, coercibilidade ou castigo. Todavia, sem levar ao cárcere. O período deverá ser correspondente à pena mínima, cominada a diminuição em até 2/3 (dois terços). Ademais, deve ser proporcional às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 e subsequentes do Código Penal brasileiro, possibilitando ao Ministério Público um parâmetro para a celebração do acordo. O inciso V prescreve, por prazo determinado, outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Em caso de incompatibilidade de horário, por exemplo, a prestação inviável de serviços à comunidade deve ser substituída pela prestação pecuniária em favor de entidade pública ou de interesse social que tenha preferencialmente como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal Brasileiro, verificando-se, com isso, a deturpação de um valor que deveria ser destinado à vítima.

Todos os requisitos estipulados pelo Ministério Público visam estimular a não reincidência bem como a preservação da dignidade da pessoa humana. O *parquet* não vai obrigar, por exemplo, o acusado a frequentar determinada igreja, pois fere

o art. 5.º, inciso VI, CRFB/1988. “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A autodisciplina e o senso de responsabilidade na busca da ressocialização corroboram a desnecessidade de deflagração da persecução penal, porquanto o ANPP deve ser necessário à reprovação e à prevenção do crime.

6.4 Vedações à realização do acordo

O acordo de não persecução penal, por ser de cunho restrito, não tem preferência, a teor do art. 28-A, §2.º, CPP, quando o fato admitir a proposição da transação penal. Logo, se o agente fizer *jus* ao benefício previsto no artigo 76 da Lei 9.099/1995, não será cabível celebrar o acordo.

Ademais, veda-se a celebração ao reincidente (art. 63 e 64 do CPP). Aquele que faz do crime uma atividade rotineira como verdadeiro meio de vida não se confunde com o crime habitual. Ressalte-se que o legislador, ao utilizar a expressão “exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”, se referiu às infrações de menor potencial ofensivo.

Consoante o Enunciado 21 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas entendidas como delitos de menor potencial ofensivo.

Por seu turno, é vedado o acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo quando o agente tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração. A celebração do acordo objetiva precisamente alcançar os investigados considerados primários, ou seja, que tenham praticado a infração pela primeira vez. Daí a importância de o Ministério Público analisar caso a caso, não se podendo afirmar que o ANPP é direito subjetivo do réu, dadas as suas peculiaridades. Não se admite por óbvio, em favor do agressor, crimes contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, pouco importa se o delito foi praticado no contexto da violência doméstica e familiar.

É oportuno aduzir que, quando da vigência do art. 18 da Resolução 181 do CNMP, outras vedações não foram repetidas pelo legislador ao incluir o art. 28-A do CPP no pacote anticrime:

- a) dano causado pelo delito superior a 20 salários mínimos ou parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;
- b) risco de prescrever a pretensão punitiva estatal em virtude da demora para o cumprimento do acordo, restrição pelo fato de não haver, à época, qualquer previsão legal de que a formalização do acordo de não persecução penal teria o condão de acarretar a suspensão ou a interrupção da prescrição (com isso, a Lei 13.964/2019 incluiu o inciso IV ao art. 116 do CPP, de modo que antes de passar em julgado a sentença final a prescrição não corra enquanto não cumprido o acordo de não persecução penal);
- c) delito hediondo ou equiparado (o pacote anticrime não reproduziu de maneira expressa a referida vedação, mas a doutrina entende que, ainda assim, o acordo não será suficiente para reprovação e prevenção do crime)³⁸.

38 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 280, 281, 282.

O Enunciado 22 do CNPG e GNCCRIM aduz: “veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e a prevenção do crime”.

Por fim, e não menos importante, são os delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. Em tese, a Lei 13.964/2019 não reproduz a vedação em relação a crimes militares, desde que o acordo se revele necessário o suficiente para a reprovação e a prevenção do delito.

6.5 Do descumprimento das condições estipuladas

Conforme o § 10 do art. 28-A do CPP, “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o MP poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O Enunciado 28 do CNPG e GNCCRIM obtempera: “cabará ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal.”

Alhures se demonstrou que, apesar de a execução do acordo de não persecução penal ser cumprida perante o juízo da execução penal,

a rescisão do acordo é de competência do juízo que homologou o acordo. Ressalte-se também que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a rescisão do acordo de não persecução penal exige prévia intimação da defesa, sob pena de nulidade, para a preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa acerca do pedido formulado pelo Ministério Público.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RESCISÃO. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA DEFESA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, inseriu o art. 28-A, no Código de Processo Penal, que disciplina o instrumento de política criminal denominado Acordo de Não Persecução Penal.

3. Muito embora seja possível a rescisão do acordo de não persecução penal (§10 do art. 28-A do CPP), necessário, para preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da decisão que rescindiu o acordo de não persecução penal, devendo outra ser proferida, intimando-se, previamente, a defesa do paciente, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

(HC 615.384/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9.2.2021, DJe 11.2.2021).

A denúncia feita pelo Ministério Público, em caso de se descumprirem as medidas acordadas entre MP e acusado, pode trazer, como suporte probatório, a confissão formal e circunstanciada do próprio investigado que deu causa à rescisão do acordo de não persecução penal. Acresça-se que o investigado tem o conhecimento de que tal descumprimento pode acarretar o início da *persecutio criminis*.³⁹

Portanto, não se podem desprezar os elementos de informação fornecidos pelo investigado. E esse mesmo entendimento é capitaneado pelo Enunciado 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, segundo o qual se houver descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

Em suma, o descumprimento do acordo de não persecução penal, além de ensejar a *persecutio criminis*, poderá ser utilizado pelo *parquet* como justificativa para eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, haja vista que o investigado já demonstrou despossuir senso de responsabilidade e autodisciplina para cumprir avenças, nos termos do §11 do art. 28-A do CPP.

6.6 Acordo de não persecução penal e a (im)possibilidade de oferecimento da ação penal subsidiária da pública

O art. 5.º, inciso LIX, da Constituição Federal admite ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Do mesmo modo, a ação penal subsidiária da pú-

39 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 287.

blica encontra previsão nos art. 29 do Código de Processo Penal e no art. 100, §3.º, do Código Penal. O manejo justifica-se a partir da inércia do Ministério Público na promoção da ação penal da qual é titular.

A ação penal privada subsidiária da pública estabelecida no art. 5.º da CRFB/1988 se trata de cláusula pétrea, sendo um direito fundamental na forma de fiscalização do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público. Ou seja, ante a inércia do MP, o direito de ação penal privada subsidiária da pública passa a deter legitimidade extraordinária para o exercício da ação penal para ofendido, representante legal ou sucessores, no caso de morte ou de ausência.

Isso posto, a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe a inércia do Ministério Público em adotar as providências cabíveis. Frise-se, todavia, que o pedido de arquivamento dos autos de inquérito policial não pode ser taxado como inércia do órgão acusatório. A ação penal subsidiária da pública só pode prosperar em caso de um “não fazer” do Ministério Público.

É mister destacar que, iniciada a queixa substitutiva, o órgão ministerial continua sendo o titular da ação pública, sendo possível fazê-lo inclusive depois da propositura da queixa, caso opte por repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva. A inércia do Ministério Público não transforma a natureza da ação. Ela continua sendo pública.⁴⁰

Destarte, realizar o acordo de não persecução penal não deve ser entendido como inércia do órgão ministerial. Não houve desídia. O MP, dentro dos preceitos legais, tem a atribuição exclusiva de iniciar a persecução penal.

40 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 347 e 348.

6.7 Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do investigado, faculdade ou poder-dever do MP?

Antes de adentrar acerca de o acordo de não persecução penal ser direito subjetivo do investigado ou faculdade do Ministério Público, convém trazer à baila o conceito de direito subjetivo.

Segundo Paulo Nader, o direito subjetivo corresponde às possibilidades ou poderes de agir que a ordem jurídica garante a alguém na proteção daquilo que é seu. Chamam-no de *facultas agendi*, em razão da faculdade. É a partir do conhecimento do direito objetivo que se deduzem os direitos subjetivos de cada parte dentro de uma relação jurídica.⁴¹

Convém destacar que a criação do acordo de não persecução penal majorou a controvérsia de os acordos penais serem direito subjetivo do investigado ou faculdade do órgão ministerial. No ordenamento jurídico brasileiro, doutrinadores de que o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do investigado sustentam que as regras e a principiologia próprias da suspensão condicional do processo podem ser aplicadas, no que couber, ao acordo de não persecução penal, haja vista que os dois institutos são instrumentos de promoção da justiça criminal consensual.⁴²

Ademais, o *caput* do art. 28-A do CPP prescreve que o Ministério Público *poderá* propor acordo de não persecução penal. O “poderá” pressupõe faculdade dotada ao órgão ministerial e não um direito subjetivo do investigado. Acresça-se que o dispositivo alhures aduz que o acordo poderá ser oferecido desde que necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Caso contrário, o *parquet* não deverá propor o acordo, visto que o Ministério Público é o único legitimado a emitir um juízo do que é ou não suficiente e necessário.

41 Nader, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 105.

42 LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyra. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 17 maio. 2021.

Conforme Américo Bêde e Castro Coura, é impossível afirmar a existência no ordenamento jurídico pátrio de um direito subjetivo do acusado, por se entender que a lógica do acordo parte da premissa da disponibilidade da ação penal pública, cujo caráter é eminentemente funcional, ideia perfeitamente aplicada ao acordo de não persecução penal.⁴³

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 3.438 de relatoria da ministra Rosa Weber, partindo da premissa da natureza do *sursi processual*, fixou o entendimento de que é imprescindível o assentimento do Ministério Público para a concessão e a transação penal, não podendo o Estado-Juiz conceder tais benefícios à revelia do titular da ação penal.⁴⁴ Portanto, não há o que se falar em direito subjetivo do acusado.

Renato Brasileiro aduz que o acordo de não persecução penal não constitui uma garantia do investigado, já que resulta da convergência de vontades da participação ativa do órgão ministerial e do acusado acompanhado de seu defensor. Caso haja determinação *ex officio* do juiz, o ANPP perderia sua essência, o consenso. Obtempera ainda que a interferência do Estado-Juiz confrontaria o sistema acusatório do processo penal.

O investigado, não obstante, pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior, entendimento já sedimentado pela Súmula 696 do STF: “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal.”

43 BÊDE JÚNIOR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, p. 149-159, jul. 2016, n.p.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.438, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 10.02.2015.

Renato Brasileiro conclui na explanação que o acordo de não persecução penal consiste em uma discricionariedade regrada, tendo em vista que o único legitimado a celebrar o acordo é o órgão ministerial caso estejam preenchidos todos os requisitos contidos no art. 28-A do CPP.

Segundo o Enunciado 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime no caso concreto.⁴⁵

Conclui-se que o acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do réu. Cabe ao Ministério Público, com supedâneo no princípio da oportunidade e conveniência, analisar se o investigado preenche todos os requisitos para a sua concessão, bem como verificar se o instrumento é necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

Acresça-se ainda que o investigado tem direito a uma manifestação fundamentada do Ministério Público acerca do cabimento ou não da proposta de acordo. Ressalte-se: não tem direito subjetivo ao acordo, mas sim direito a uma manifestação.

Infere-se como entendimento majoritário jurisprudencial adotado por todos os tribunais que o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, haja vista a Súmula 696 do STF, segundo a qual a decisão final sobre a transação penal e a suspensão condicional do processo, em caso de recusa do promotor de Justiça, é do procurador-geral de Justiça. A decisão final sobre o oferecimento ou não do acordo é do MP, não tendo o Estado-Juiz poderes para garantir o acordo *ex officio*.

45 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 276, 277 e 278.

7. Conclusão

A justiça consensual no nosso ordenamento jurídico pátrio vem-se expandindo, haja vista que ela tem aplicação nos crimes de pequeno potencial ofensivo, médio potencial ofensivo e grande potencial ofensivo.

Nessa óptica, o acordo de não persecução penal, desde que seja uma faculdade do Ministério Público, representa interessante novidade legislativa para o direito penal brasileiro, por permitir que o órgão ministerial negocie com o investigado e o defensor dele, o que enseja uma desburocratização no sistema penal. O *parquet* tem a autonomia de levar ao conhecimento do Estado-Juiz somente os crimes que repute mais relevantes, para fins de *persecutio criminis*. Pelo princípio da obrigatoriedade regrada, cabe ao Ministério Público analisar, com supedâneo no princípio da oportunidade e conveniência, quais crimes serão levados ao conhecimento do Estado-Juiz.

Acresça-se ainda que o investigado tem direito a uma manifestação fundamentada do Ministério Público acerca do cabimento ou não da proposta de acordo. Não se trata de um direito subjetivo ao acordo, mas sim do direito a uma manifestação.

Ademais, o entendimento majoritário jurisprudencial é de que os institutos mitigadores se trata de uma faculdade do Ministério Público. Basta que fundamente o não oferecimento da avença se firmando no fato de que tal caso não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, como se viu alhures.

No tocante à confissão para a formalização do negócio jurídico em comento, bem como utilizá-la em eventual descumprimento da avença, não há ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, haja vista que o seu uso decorre da sanção por descumprir o acordado. Dessa forma, não há que se falar que o investigado faz prova contra si, pois antes de confessar a prática do crime para realizar

o acordo foi recomendado ele estar ciente dos requisitos necessários ao cumprimento e as possíveis consequências em caso de descumprimento da avença.

8. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas do STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3.438*. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: José Abelardo Guimarães Camarinha. Relatora Rosa Weber. Brasília, DF, 11 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 127.483/PR*, Trib. Pleno, rel. min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> Acesso em: 6 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?ordem=@SUB>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e Da União, Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. *Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime*, 2019. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<https://www.cnpj.org.br/>>. Acesso em: 11 maio 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnpmp.mp.br/portal/atos-enormas/norma/577>>. Acesso em: 5 maio 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 8 maio 2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. Decreto-Lei 2.848, 7 dez. 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. Decreto-Lei 3.689, 3 out. 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. Lei 13.105, 16 mar. 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 7. mar. 2021.

_____. Lei 9.099, 26 set. 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 1.º abr. 2021.

_____. Lei 13.603, 9 jan. 2018. Altera a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, para incluir a simplicidade como critério orientador do processo perante os Juizados Especiais Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13603.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

Artigo

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo sob a óptica do Promotor de Justiça

Luiz Gustavo Martins Gonçalves

BÊDE JÚNIOR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016, n.p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Imprensa: Curitiba, Jurua, 1998.

FELIPETTO, Rogério. Prescrição antecipada. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.25, jan. 1995.

FILIPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório* - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 15 ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade*. Forense, 1994.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus-Podivm, 2020.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1996.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NICETO Alcalá-Zamora, *Estudios de teoría general e historia del proceso* – 1945/1972.

NUCCI Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

Artigo recebido em 28/10/2022.

Artigo aprovado em 29/05/2023.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.468>

199 - 228

Artigo

**DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA
DA PENHA E DE NORMAS PENAIS
DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES
TRANSEXUAIS**

ANNA CATHARINA MACHADO NORMANTON
LUCAS FERREIRA MAZETE LIMA

DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E DE NORMAS PENAIS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS

THE APPLICABILITY OF THE MARIA DA PENHA LAW AND CRIMINAL RULES
FOR THE PROTECTION OF TRANSEXUAL WOMEN

ANNA CATHARINA MACHADO NORMANTON

Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais | Belo Horizonte, Brasil
normanton@mpmg.mp.br

LUCAS FERREIRA MAZETE LIMA

Especialista em Direito Penal
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP | Ribeirão Preto, Brasil
lucasmazete47@gmail.com

RESUMO: O presente estudo busca analisar, do ponto de vista dogmático e jurisprudencial, a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha e de normas penais de proteção à mulher a mulheres transexuais. A importância do tema justifica-se pela sua relevância, tendo em vista que se trata do estudo acerca da aplicação de normas relacionadas a proteção de gênero a grupo vulnerabilizado, pretendendo afastar as alegações de analogia *in malam partem*. A metodologia é bibliográfica, com abordagem qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; direito das mulheres; transexualidade; feminicídio; identidade de gênero.

ABSTRACT: The present study seeks to analyze, from a dogmatic and jurisprudential point of view, the possibility of applying the Maria da Penha Law and criminal norms for the protection of women to transsexual women. The importance of the theme is justified by its religion, considering that it is a study about the application of norms related to the protection of gender to a vulnerable group, intending to remove the allegations of analogy *in malam partem*. The methodology is bibliographic, with a qualitative approach.

KEYWORDS: Maria da Penha Law; women's rights; transsexuality; femicide; gender identity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do conceito de gênero e do direito humano e fundamental ao reconhecimento à identidade de gênero; 3. Da violência contra a mulher por razões de gênero e a aplicação normativa em favor das mulheres transexuais; 4. Da não ocorrência de analogia *in malam partem*; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

Segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais¹ – ANTRA, no ano de 2022 ocorreram 151 mortes de pessoas trans, das quais 131 foram casos de assassinatos e 20 de suicídios.

As travestis e as mulheres trans compõem o grupo com mais alta vulnerabilidade à morte violenta no Brasil. Do total de mortes consideradas pela pesquisa, 130 correspondem ao assassinato de travestis/mulheres trans, o que deixou nítido que tanto a motivação quanto a própria escolha das vítimas têm relação direta com a identidade de gênero expressa por elas, representando 99% dos casos.

No cenário internacional, do total de 4.639 assassinatos registrados pelo *Trans Murder Monitoring* (TMM), entre 2008 e setembro de 2022, 1.741 ocorreram no Brasil. Ou seja, o país representa 37,5% de todas as mortes de pessoas trans do mundo. Pelo 14º ano consecutivo, o Brasil é o país que mais assassina pessoas trans.

Tais dados demonstram que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inaugurados com a Constituição Federal de 1988, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, bem como na promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, ainda se revelam como ideal a ser alcançado.

A partir desse panorama, surgem debates sobre o alcance da proteção conferida pela Lei Maria da Penha, isto é, se as mulheres trans poderiam ser entendidas como mulheres para fins de proteção da Lei 11.340/2006.

1 Benevides, Bruna G. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022 / Bruna G. Benevides. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023. 109 p.

No ano de 2022, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.977.124, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, julgou caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo havia negado tal possibilidade, partindo da premissa de que a expressão gênero, contida na lei, fazia referência ao sexo feminino. O tribunal paulista, à época, decidiu que a pretensão de aplicação da lei às mulheres trans se tratava de analogia *in malam partem*, o que é vedado pelo princípio da legalidade. Por outro lado, decidiu o STJ que mulher trans mulher é, devendo ser protegidas pela Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar as relações entre o direito fundamental ao reconhecimento à identidade de gênero e a aplicação da citada Lei, bem como as razões pelas quais não se pode entender como analogia *in malam partem*.

Para isso, o estudo parte de normativas e precedentes nacionais e internacionais e realiza um incursão nas razões do *decisium* do Superior Tribunal de Justiça, chamando atenção para o papel transformador do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça.

2. Do conceito de gênero e do direito humano e fundamental ao reconhecimento à identidade de gênero

Inicialmente, a fim de melhor conceituar gênero, é importante traçar algumas diferenciações. Orientação sexual e identidade de gênero são conceitos que não se confundem. A orientação sexual diz respeito ao gênero pelo qual a pessoa desenvolve atração sexual e laços românticos, enquanto a identidade de gênero diz respeito ao gênero com o qual a pessoa se identifica: há quem se perceba como homem, como mulher, como ambos ou mesmo

como nenhum dos dois gêneros. Os Princípios de Yogyakarta² conceituam identidade de gênero como:

“(...) experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”³

O termo sexo está relacionado ao conjunto de características que distinguem macho e fêmea (ou intersexo) com base em caracteres anatomofisiológicos.⁴ A origem do conceito de gênero e sua distinção em relação ao conceito de sexo surgiu no campo médico, a partir da constatação que o gênero se refere a grandes áreas da conduta humana, tais como sentimentos, pensamentos e fantasias, não possuindo base biológica, de modo que o sentimento de ser mulher ou homem é mais importante do que as características anatômicas.⁵ Assim, o termo gênero surgiu com a finalidade de distinguir a dimensão biológica da dimensão social, de modo que o conceito de gênero parte do pressuposto que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos.⁶

2 Os Princípios de Yogyakarta são norma de *soft law*, elaborada por especialistas de Direito Internacional de Direitos Humanos sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero.

3 Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

4 MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>.

Em sentido análogo, conforme o Dicionário UNESP do Português Contemporâneo, sexo pode ser definido como “conjunto de caracteres estruturais e funcionais segundo um ser vivo é classificado como macho ou fêmea” (BORBA, Francisco S. (org.) 2005. Dicionário UNESP do Português Contemporâneo. São Paulo: Editora UNESP, p. 1281).

5 STOLLER, Robert. Sex and gender, p. vii, *apud* FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género y derecho*, Santiago: LOM Ediciones, 1999, p.14.

6 CARRARA, S. Educação, diferença, diversidade e desigualdade. In: _____. (Org.). *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/res em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-raciais*. Rio de Janeiro: CEPESC, p.13-183, 2009, p. 43.

Embora ainda se utilize a palavra sexo, o termo correto a ser utilizado é *gênero*,⁷ tendo em vista que se faz necessário reconhecer a existência de pessoas que transcendem à atribuição de gênero que lhes é conferida no ato do nascimento, esta pautada notadamente na genitália⁸ do recém-nascido. Isto é: se a criança nasce com vagina é automaticamente classificada como do sexo feminino, se a criança nasce com pênis, é automaticamente classificada como do sexo masculino.

Conforme aponta Butler, a distinção sexo/gênero é arbitrária, tendo em vista que o que comumente se chama de sexo, em verdade quer significar gênero.⁹ E este, por sua vez, não é nato, mas discursivo e cultural. Nesse sentido, a despeito haver uma expectativa social de gênero a partir de aspectos biológicos, eles não são determinantes. Inclusive, nota-se o comum equívoco em se utilizar a palavra sexo como sinônimo de genitália. Nessa ordem de equívocos, toma-se a parte pelo todo, isto é, a genitália como o corpo todo,¹⁰ resquício do século XIX quando o “sexo” passou a definir a verdade e o fim dos seres humanos.^{11 12} Em

7 MATHIEU, Nicole-Claude. Sexo e gênero. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 222.

8 De acordo com o dicionário Michaelis, genitália é o conjunto formado pelos órgãos reprodutores ou genitais, especialmente os sexuais externos (MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>).

9 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 25.

10 BENTO, Berenice. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 17.

11 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal, v.1, 1985, p. 65.

12 Na mesma linha consta no Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “O conceito de sexo está relacionado aos aspectos biológicos que servem como base para a classificação de indivíduos entre machos, fêmeas e intersexuais. Em nossa sociedade, seres humanos são divididos nessas categorias – em geral, ao nascer – a partir de determinadas características anatômicas, como órgãos sexuais e reprodutivos, hormônios e cromossomos. Atualmente, o conceito de sexo é considerado obsoleto enquanto ferramenta analítica para refletirmos sobre desigualdades. Isso porque deixa de fora uma série de outras características não biológicas socialmente construídas e atribuídas a indivíduos – muitas vezes em razão de seu sexo biológico – que têm maior relevância para entendermos como opressões acontecem no mundo real.” (CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2021, p. 16).

outras palavras, é preciso ter como premissa que a genitália e caracteres sexuais secundários do indivíduo não informam seu gênero, o qual é definido a partir de outros fatores. Disso, surge a *identidade de gênero*, que diz respeito ao gênero que o indivíduo se identifica.

Outrossim, transexual é o termo empregado para designar pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no ato de nascimento e com base em sua genitália e em caracteres sexuais secundários. A mulher transexual é aquela que nasceu com genitália masculina (motivo pelo qual ao nascer foi designada como pertencente ao gênero masculino), mas que se reconhece e se identifica como mulher. Disto, se observa que gênero não deve ser designado a partir da genitália do indivíduo, tendo em vista que a pessoa pode não se identificar com o gênero que lhe foi pré-determinado.

Acerca do direito humano e fundamental ao reconhecimento da identidade de gênero, cumpre analisar o panorama normativo internacional e doméstico. No âmbito internacional, de acordo com o Princípio 3 – direito ao reconhecimento perante a lei, dos Princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero constitui parte essencial da personalidade e um dos aspectos mais básicos de autodeterminação, dignidade e liberdade do ser humano, de modo que ninguém deve ser forçado a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de transgenitalização, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres da ONU (CEDAW), em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe de forma ampla sobre os direitos humanos das mulheres. Por meio da Recomendação Geral nº 33 do Comitê CEDAW (artigo 17 da referida convenção), que trata sobre o acesso das mulheres à justiça,

o órgão afirma que o direito de acesso à justiça para as mulheres é essencial à realização de todos os direitos protegidos pela convenção,¹³ bem como que estereótipos de gênero, leis discriminatórias e discriminações interseccionais¹⁴ compõem uma série de obstáculos e restrições ao acesso à justiça.¹⁵ Indo além, enfatiza a proibição da discriminação contra as mulheres baseadas *em estereótipos de gênero e em normas culturais nocivas e patriarcais*, sobretudo acerca da violência com base no gênero. Ao destacar marcadores sociais de desigualdade que atuam de forma interseccional e dificultam ainda mais o acesso das mulheres aos seus direitos, elenca dentre eles expressamente a identidade como mulher transgênero.¹⁶

No contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a emblemática Opinião Consultiva n° 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reconheceu o *direito humano ao reconhecimento à identidade de gênero*. Segundo a Corte, a noção de igualdade deriva diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é intrínseca à dignidade essencial da pessoa, motivo pelo qual é incompatível qualquer situação que

13 Recomendação Geral n° 33 do Comitê CEDAW, parágrafo 1°.

14 Nesse aspecto, cumpre lembrar que as mulheres transexuais são alvo de discriminações múltiplas e interseccionais, considerando que além de sofrerem discriminações em razão de gênero, também sofrem discriminações por não se enquadrarem nas expectativas sociais de padrões cisnormativos.

15 Recomendação Geral n° 33 do Comitê CEDAW, parágrafo 3°.

16 A discriminação contra as mulheres, baseada em estereótipos de gênero, estigmas, normas culturais nocivas e patriarcais, e a violência baseada no gênero, que particularmente afeta as mulheres, têm um impacto adverso sobre a capacidade das mulheres para obter acesso à justiça em base de igualdade com os homens. Ademais, a discriminação contra as mulheres se vê agravada por fatores de intersecção que afetam algumas mulheres em graus ou modos diferentes daqueles que afetam os homens e outras mulheres. Os elementos para a discriminação interseccional ou composta podem incluir etnia/raça, condição de indígena ou minoria, cor, situação socioeconômica e / ou casta, língua, religião ou crença, opinião política, origem nacional, estado civil e/ou maternal, idade, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, titularidade da propriedade e identidade como mulher lésbica, bissexual ou transgênero ou pessoa intersexual. Esses fatores de intersecção tornam mais difícil para mulheres pertencentes a esses grupos obter o acesso à justiça." (Recomendação Geral n° 33 do Comitê CEDAW, parágrafo 8°.

a considere inferior ou de qualquer forma o discrimine o exercício de direitos que são reconhecidos para aqueles que não se consideram incluídos em tal situação, de modo que os Estados devem se abster condutas que, direta ou indiretamente, criem situações de discriminação de fato ou de direito,¹⁷⁻¹⁸ sob pena de responsabilidade internacional.

Nessa quadra, enquanto a cláusula geral de não discriminação do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir sem discriminação os direitos contidos na Convenção, o artigo 24 protege o direito à igual proteção da lei, vedando a discriminação de direito não somente acerca dos direitos presentes no referido tratado, mas também em relação ao ordenamento jurídico doméstico dos Estados-parte.¹⁹

A Corte IDH reconhece também que o direito à identidade está intimamente relacionado com a dignidade humana, bem como com o direito à privacidade e com o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana)²⁰. Ademais, o direito à identidade de gênero guarda relação com o conceito de liberdade e com a possibilidade do ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias convicções.²¹

17 Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 61.

18 Conforme firme jurisprudência da Corte, na atual fase da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação pertence ao domínio da *ius cogens* e sobre ele se encontra a base jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico. (Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 61; Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Atala Riffo e meninas vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas, par. 79; Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, par. 109).

19 Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 64.

20 *Idem*, par. 90.

21 *Idem*, par. 93.

O tribunal interamericano define identidade de gênero como a experiência interna e individual do gênero como cada pessoa sente, que pode corresponder ou não ao “sexo” atribuído no momento do nascimento,²² devendo-se levar em conta a experiência pessoal do corpo e outras expressões de gênero, tais como a vestimenta e o modo de falar. Assim, o reconhecimento da identidade de gênero está necessariamente ligado à ideia de que o gênero deve ser compreendido como parte de uma construção de identidade que é o resultado da decisão livre e autônoma de cada indivíduo, sem estar condicionada ou pautada por sua genitalidade.^{23 24}

Consequentemente, a falta de reconhecimento do gênero pode culminar em censura indireta de expressões de gênero desviantes (dos padrões cisnormativos), em razão da ausência ou insuficiência de proteção legal e reconhecimento de seus direitos em condições iguais em comparação a indivíduos cisgêneros. Por isso, conclui a Corte IDH que o reconhecimento da identidade

22 Idem, par. 94.

23 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais na América. OEA/Série LV/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 16, *apud* Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 94.

24 “Desta forma, o sexo, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos atribuídos às diferenças biológicas em torno do sexo atribuído no nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva da pessoa que a detém e descansa sobre uma construção autopercebida da identidade de gênero relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada. Portanto, quem decide se assumir é titular de interesses juridicamente protegidos, que em nenhuma circunstância podem ser sujeitos a restrições pelo simples fato de que o conglomerado social não compartilha estilos de vida específicos e únicos, como resultado de medos, estereótipos, preconceitos sociais e morais que não possuem fundamentos razoáveis. Assim, em vista dos fatores que definem a identidade sexual e de gênero de uma pessoa, uma preferência do fator subjetivo sobre suas características físicas ou morfológicas (fator objetivo) é apresentado na realidade. Nesse sentido, a partir da natureza humana complexa que leva cada pessoa a desenvolver sua própria personalidade com base na visão particular que eles têm sobre si mesmos, um caráter preeminente deve ser dado ao sexo psicossocial frente ao morfológico, a fim de respeitar plenamente os direitos da identidade sexual e de gênero, sendo aspectos que, em maior medida, definem a visão que a pessoa tem de si própria e a sua projeção ante a sociedade.” (Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 95)

de gênero é de fundamental importância para a garantia dos direitos humanos das pessoas trans, abrangendo proteção contra violência, tortura e maus tratos.²⁵

Em âmbito constitucional, a Constituição da República visa a uma sociedade que permita a liberdade, o pluralismo e a justiça, razão pela qual seu art. 5º, *caput*, consagra que todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade. O inciso XLI do mesmo dispositivo determina que a lei deve punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, no que se inclui a discriminação pautada na identidade de gênero.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal possui precedentes em que reconhece o direito à identidade de gênero, como é o caso do Recurso Extraordinário n. 670.422, em que afirma que ao Estado incumbe o *dever de reconhecimento* da identidade de gênero:

Direito Constitucional e Civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento. Possibilidade independentemente de cirurgia de procedimento cirúrgico de redesignação. Princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade. Convivência com os princípios da publicidade, da informação pública, da segurança jurídica, da veracidade dos registros públicos e da confiança. Recurso extraordinário provido. 1. A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é **imperativo**

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 97 e 98.

o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária. 2. É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana. 3. O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, **ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero**; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. 4. Saliente-se que a alteração do prenome e da classificação de sexo do indivíduo, independente de dar-se pela via judicial ou administrativa, deverá ser coberta pelo sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando vedada a inclusão, mesmo que sigilosa, do termo “transexual” ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública. Dessa forma, atende-se o desejo do transgênero de ter reconhecida sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança, que regem o sistema registral. 5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transexual’. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, ca-

berá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. 6. Recurso extraordinário provido. (RE 670422, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2020 PUBLIC 10-03-2020) (Grifos nossos).

No mesmo sentido, no julgamento da ADO 26 e MI 4733, o Supremo reconheceu que ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado do direito à igualdade de tratamento ou sofrer restrições em sua esfera jurídica em razão de sua identidade de gênero.²⁶

Além disso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) possui entendimento, estabelecido na Consulta nº 0604054-5, de que candidatos transgêneros devem ser considerados na verificação de cumprimento das cotas obrigatórias de gênero nas eleições, ou seja, trata-se de cotas de gênero e não de sexo biológico. De acordo com o relator da consulta, ministro Tarcísio Vieira, a expressão “sexo” da lei refere-se ao gênero e não ao sexo biológico, sendo que, no caso de fraude, há possibilidade de responsabilização criminal e eleitoral.²⁷ Tal entendimento busca conferir amplitude máxima ao regime democrático, respeitando-se a diversidade, o pluralismo, a subjetividade e a individualidade das pessoas. Consignou-se também que a verificação acerca da identidade de

26 STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em em 13/6/2019.

27 Conforme consta do voto do relator: “A construção do gênero constitui fenômeno sociocultural que exige abordagem multidisciplinar a fim de conformar uma realidade ainda impregnada por preconceitos e estereótipos – geralmente de caráter moral e religioso – aos valores e às garantias constitucionais. O cerne das questões ora apresentadas denota a insuficiência e, porque não dizer, a impropriedade da expressão “cada sexo” contida no art. 10, § 3o, da Lei no 9.504/97, considerada a identidade de gênero das pessoas transexuais que não promoveram a retificação judicial dos respectivos assentamentos civis.” (TSE. Consulta no 0604054-58/DF, 2018)

gênero pode ser feita com base em provas de direito – e não somente com base no registro civil do candidato ou da candidata.²⁸

No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público Eleitoral, ressaltando que deve prevalecer a autoidentificação em relação ao gênero, tendo em vista que a desigualdade não é causada pelo “sexo”, mas pelos papéis, limites, barreiras socialmente impostas em razão do *gênero*.

Não por outra razão, ao tratar sobre a identidade de gênero, o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe o seguinte:

Pessoas que não se conformam com o gênero a elas atribuído ao nascer foram e ainda são extremamente discriminadas no Brasil e no mundo, na medida em que a conformidade entre sexo e gênero continua a ser a expectativa dominante da sociedade. Dessa forma, recomenda-se que magistradas e magistrados comprometidos com julgamentos na perspectiva de gênero se perguntem: essas expectativas estão guiando determinada interpretação e/ou reforçando tais expectativas de alguma maneira, em prejuízo ao indivíduo envolvido na demanda?²⁹

O referido protocolo, ainda, ao tratar sobre interseccionalidade, trata expressamente das discriminações sofridas por mulheres transexuais. Veja-se:

(...) Ressalte-se que, como regra, essas mortes são marcadas por atos de extrema crueldade e que a questão de gênero é um fator determinante para essas mortes.

Em razão do tratamento dispensado à população trans no Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no

28 Nessa linha, o TSE entende que expressão “não estabeleça dúvida quanto à sua identidade” prevista no artigo 12, *caput*, da Lei 9.504/97, se refere à identificação do(a) candidato(a) conforme seja conhecido(a), inclusive quanto à identidade de gênero. (TSE. Consulta no 0604054-58/DF, 2018)

29 CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2021, p. 18.

recente relatório “Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, o qual foi aprovado em 12 de fevereiro de 2021, foi clara ao recomendar ao Brasil “investigar, processar e sancionar, com uma perspectiva de gênero e como prioridade, as violações aos direitos humanos de mulheres e meninas, especialmente o feminicídio de mulheres trans.³⁰

Por tais razões, como se verá, é injustificada a recusa de aplicação de leis protetivas a mulheres em favor de mulheres transexuais tão somente por não se adequarem a padrões cisnormativos.

3. Da violência contra a mulher por razões de gênero e a aplicação normativa em favor das mulheres transexuais

A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foi criada com a finalidade de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (art. 1º). Seu art. 2º preceitua que:

Art. 2º **Toda** mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para **viver sem violência, preservar sua saúde física e mental** e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (Grifo nosso)

Assim, nota-se pela expressão “toda mulher” que a finalidade da lei é abarcar e proteger todas as mulheres, independente de outras características pessoais, sendo que as características mencionadas compõem um rol *exemplificativo*. O legislador não pre-

30 CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2021, p. 100.

tendeu – e nem poderia, sob pena de flagrante discriminação injustificada – proteger apenas as mulheres cisgêneros, deixando legalmente desprotegidas as mulheres transexuais.

O art. 5º conceitua violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no *gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Nota-se o acerto da lei, ao tratar a violência doméstica e familiar contra a mulher como aquela baseada em *gênero*, evitando-se o equívoco do termo “sexo”.

Ainda, o art. 4º fixa como baliza hermenêutica que na interpretação da lei em tela, devem ser considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Nesse ponto, é importante a premissa de que o ordenamento jurídico, por imposição constitucional, busca como fim social proteger *todas* as mulheres, sem distinções injustificadas, o que obviamente inclui as mulheres transexuais

O Código Penal (CP), por sua vez, ao prever a qualificadora do feminicídio em seu art. 121, § 2º, conceitua o crime de feminicídio como homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Em complemento, o § 2º-A dispõe que “considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Da mesma forma, ao tratar da lesão corporal em contexto de violência doméstica, o art. 129, § 13, do CP, § 13, prevê qualificadora se a lesão corporal for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do supracitado § 2º-A do art. 121.

Ao dispor sobre o delito de perseguição (*stalking*), o art. 147-A do *Codex* prevê em seu § 1º, inciso II, causa de aumento se o crime for cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121. O art. 147-B,

por seu turno, criminaliza a conduta de causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação.

Sob a mesma lógica, o art. 359-P do Código Penal criminaliza a conduta de restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo.

De tais previsões normativas, nota-se que a Lei Maria da Penha se utiliza da expressão “gênero” para caracterizar a violência contra a mulher, enquanto os crimes previstos no Código Penal, relacionados a razões de gênero, utilizam da expressão “sexo”.

Quanto à aplicação da Lei nº 11.340/2006 (que utiliza a expressão “gênero”) a mulheres transexuais, não há dúvidas acerca da possibilidade, conforme aponta Valéria Scarance Fernandes.³¹ No mesmo sentido, leciona Alice Bianchini que independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da alteração de registro civil, há um direito subjetivo à segurança e ao acesso à justiça.³²

Inclusive, é nesse sentido o Enunciado nº 46 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fonavid):

ENUNCIADO 46: A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia

31 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 220.

32 BIANCHINI, Alice. *O Vocábulo “Mulher” previsto na Lei Maria da Penha abarca os transexuais (ou transgêneros)?* In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 442.

de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006. (Aprovado por unanimidade)³³

Na mesma linha é o Enunciado nº 30 da Comissão Permanente de Combate a Violência Doméstica contra a Mulher (COPEVID), órgão do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPNG):

Mulheres trans e travestis - Enunciado nº 30 (001/2016): A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil.³⁴

Acerca das supracitadas normas incriminadoras previstas, no Código Penal, a vítimas mulheres transexuais, indaga-se a respeito da possibilidade de aplicação, tendo em vista o Código Penal, em diversas passagens, utilizar-se da expressão “sexo”. Entendemos positivamente, pelas razões que serão expostas. Antes, contudo, cumpre analisar algumas posições doutrinárias.

Conforme o critério biológico, para fins penais, compreende-se como mulher exclusivamente a partir da concepção genética, cromossômica e biológica. De modo que sequer a cirurgia de transgenitalização seria apta para aplicação das referidas normas a mulheres transexuais, pois não é capaz de alterar a concepção genética.³⁵ Tal posicionamento não deve prosperar, tendo em vista que se trata de um posicionamento por demais biologizante e discriminatório, devendo ser afastado, sob pena de incidir em proteção insuficiente e violar o direito humano e fundamental à igualdade. Ademais, como já se analisou, o conceito de mulher decorre de construções sociais – e não de aspectos meramente biológicos.

33 IX FONAVID – Natal. CNJ, 2017.

34 Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016.

35 Por todos: BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó. *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. 2ª ed. Leme, SP: Mizuno. 2021, p. 68.

Indo além, de acordo com o critério cível,³⁶ para aplicação ou não da qualificadora, deve ser analisado o gênero constante no registro civil. Todavia, o equívoco do referido entendimento é ignorar o fato de que o registro civil pode não corresponder à realidade dos fatos, sobretudo considerando-se as relevantes dificuldades práticas para a sua aplicação, tendo em vista que o procedimento de alteração de gênero não isenta do pagamento de taxas, a gerar óbice econômico notadamente para mulheres transexuais em situação de vulnerabilidade social e econômica, privando do direito ao reconhecimento da identidade de gênero mulheres transexuais que já se encontram em maior situação de vulnerabilidade.

Por fim, de acordo com o critério psicológico, a qualificadora do feminicídio incide nas hipóteses que a pessoa se identificar com o gênero feminino,³⁷ aplicando-se a mulheres transexuais em razão de se reconhecerem como mulher, bem como assim se comportarem e agirem, independentemente da realização de procedimentos cirúrgicos ou de retificação de seus dados na esfera civil.

Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, é possível a aplicação da qualificadora do feminicídio – e das demais normas supracitadas e presentes no Código Penal – a qualquer pessoa vinculada ao gênero feminino, abrangendo, portanto, as mulheres transexuais. Nessa quadra, para os autores, o conceito de mulher se traduz em um dado objetivo da natureza, de modo que sua comprovação é empírica.³⁸

36 Por todos: GRECO, Rogério. *Direito Penal: Parte Especial - Volume 2*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2019, p. 44 e CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Especial* (arts. 121 ao 361). Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 66-67.

37 MELLO, Adriana. *O feminicídio e a Lei no 13.104/2015*. Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 221-227, jul./dez. 2015. p. 223.

38 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei13104-2015>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

É preciso atentar que o conceito de mulher é uma construção social, de modo que as mulheres transexuais nada diferem de mulheres cisgêneros, sendo aquelas tão mulheres quanto essas, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de outros procedimentos, como tratamentos hormonais; e mesmo que ainda não tenha havido alteração no registro civil de pessoas. A condição de mulher, bem como a autopercepção feminina, não está atrelada a esses fatores. Basta que a mulher assim se reconheça, que se apresente publicamente como tal, que se comporte como tal. É exatamente sob esta ótica, arremata Valéria Scarance Fernandes, que, juridicamente, mulher é a pessoa que tem essa identidade de gênero (feminina), independentemente de sua genitália³⁹ – ou outros caracteres biológicos.

Para o Direito, não é um tratamento hormonal, uma cirurgia de transgenitalização ou a adequação do registro civil que constituem um indivíduo como mulher, sob pena de se deixar de fora do âmbito de proteção da norma mulheres que, em regra, estão em uma situação de vulnerabilidade ainda mais acentuada: tratamentos hormonais e cirurgias de transgenitalização, além não serem necessários para reconhecimento da pessoa como mulher e de não serem almejados por todas as mulheres transexuais, são financeiramente custosos. Quanto à adequação ao registro civil, apesar do supracitado precedente do STF, ainda há relevantes dificuldades práticas para a sua aplicação, tendo em vista que o Provimento n° 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça não isenta as mulheres transexuais do pagamento das taxas, de forma que não há gratuidade, a gerar óbice econômico notadamente para mulheres transexuais em situação de vulnerabilidade social e econômica (o que infelizmente traduz a grande maioria dos casos no Brasil), aliado aos óbices relacionados ao acesso à justiça e à cidadania por parte de pessoas trans.

39 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: O processo no caminho da efetividade. *Op. cit.*, p. 220.

Disto, somente é razoável concluir que, tal como ocorre com a Lei Maria da Penha, as normas criminalizadoras presentes no Código Penal também se aplicam em favor das mulheres transexuais, tendo em vista que elas estão inseridas no conceito de *mulher*. Como se viu, “sexo” é um termo equivocado e ambíguo, de modo que a lei precisa ser interpretada da forma correta, a despeito de equívocos terminológicos. Nessa quadra, onde se lê sexo deve se entender gênero.

Portanto, ainda que a lei utilize o vocábulo “sexo”, tal fato não retira seu caráter de proteção de gênero. Ainda que se fale em “sexo”, conforme leciona Ela Wiecko Castilho, a condição de “sexo” feminino é uma construção social, tal como o papel atribuído às mulheres na sociedade, e constitui o chamado *gênero* feminino.⁴⁰

4. Da não ocorrência de analogia *in malam partem*

O Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ é um documento que surge a partir da preocupação do Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao incentivo à participação feminina neste espaço.

Sua instituição se deu pela Portaria n. 27 de 2021 e complementada pela portaria 116 de 2021, ambas do Conselho Nacional de Justiça e, por seis meses, o Grupo de Trabalho reuniu-se com o propósito de elaborar documento que reconhece a influência das desigualdades histórico-sociais, culturais e políticas a que as mulheres estão submetidas tanto na produção, quanto na aplicação do Direito. A partir disso, propõe a construção de uma cultura que emancipe e reconheça os direitos de todas as mulheres e meninas. Isso porque:

Muitas regras e muitos princípios são aplicados de maneira abstrata, sem levar em consideração as relações de poder que existam.

40 CASTILHO, Ela Wiecko. *Sobre o Femicídio*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23. Nº 270. maio/2015. Direito Penal em Debate. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 5.

tem na sociedade e que podem influenciar conflitos e interpretações aparentemente neutras do direito. E mais do que isso: apesar de algumas interpretações parecerem abstratas, elas são, na verdade, fruto de experiências pessoais de julgadores(as) – baseadas, é claro, no grupo social ao qual pertencem.⁴¹

O texto parte da concepção de que a ideia de neutralidade no discurso jurídico e na operabilidade do Direito reproduz desigualdades estruturantes. Inclusive, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) reforçou que os preconceitos de gênero, no sistema judicial, geram consequências de amplo alcance para o gozo dos direitos humanos pelas mulheres. Por isso, orientou que os estados-membros adotassem medidas no sentido de capacitar os operadores do sistema de justiça para se eliminar os estereótipos, e assegurar medidas para garantir credibilidade e às vezes, aos argumentos e depoimentos das mulheres.⁴²

Nesse sentido, o protocolo recomenda a aplicação do direito de maneira contextualizada e preocupada como as questões se revelam na realidade, entendendo que as mulheres e os grupos subalternizados, por vezes, não participam do processo de elaboração das leis.

Tendo em vista sua sub-representatividade, as experiências de tais grupos ficam à margem do debate legislativo que resulta em aprovação de leis que podem ser aplicadas de maneira abstrata, sem levar em conta tais experiências que, devem, também, ser tuteladas pelo Direito.

Assim, o magistrado que adotar a perspectiva de gênero para julgamento (bem como os demais operadores do Direito), deve,

41 CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, 2021, p. 38.

42 NAÇÕES UNIDAS. Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). Recomendação Geral n. 33: acesso das mulheres à justiça. Lisboa: Plataforma portuguesa para os direitos das mulheres, 2013. Disponível em: <https://plataformamulheres.org.pt/projectos/cedaw4all/recomendacoes-gerais/>. Acesso em: 27 ago. 2021.

na aplicação do Direito, identificar os marcos normativos e os precedentes nacionais ou internacionais que se relacionam com o caso, bem como as como recomendações, opiniões consultivas ou observações gerais emitidas pelos organismos regional e internacional de proteção de direitos humanos.

A partir daí, ressalta-se a importância da compreensão do controle de convencionalidade no processo decisório que seja realizado com perspectiva de gênero e com vistas à efetivação dos direitos humanos. Ou seja, o compromisso internacional assumido pelo Estado Brasileiro na promoção e proteção dos direitos humanos deve vincular os magistrados e magistradas na aplicação das normas internacionais.

A ausência de neutralidade do Direito, ressaltada pelo protocolo, é reforçada pelo documento internacional “Princípios de Yogyakarta” que, além de outros, tem como princípio o “Direito à Igualdade e Não-Discriminação”, dispondo que os Estados deverão:

Incorporar os princípios de igualdade e não-discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero nas suas constituições nacionais e em outras legislações apropriadas, se ainda não tiverem sido incorporados, **inclusive por meio de emendas e interpretações, assegurando-se a aplicação eficaz desses princípios.** (Grifo nosso).

Isto é, a lei deve proibir discriminações baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero, de modo que nos casos em que este princípio de igualdade não tiver sido formalmente incorporado nas legislações apropriadas, deve ser efetivado por meio de interpretações, no intuito de assegurar sua aplicação eficaz.⁴³

43 Sobre a questão da neutralidade, dispõe o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do CNJ: “Em conformidade com o Estado Democrático de Direito, a concepção contemporânea da imparcialidade agrega um novo ponto de vista: a perspectiva objetiva da imparcialidade, que é a promoção de uma atividade jurisdicional sob o enfoque do “devido processo legal substancial”. Assim, a imparcialidade deixa de tratar apenas de questões referentes à subjetividade de quem julga, para abranger a própria persecução de um processo justo, sob o ponto de vista do procedimento.

Nesse sentido, na decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do ano de 2022, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, decidiu-se que, para fins de aplicação da Lei Maria da Penha, não importa o aspecto meramente biológico e que a proteção conferida pela Lei Maria da Penha comporta, de igual modo, as mulheres trans.

O Ministro do STJ narra que, na decisão recorrida, o Des. Relator do tribunal de origem afirmou que a definição de mulher contida na Constituição Federal não pode ser interpretada de forma diversa da biológica e que conclusão outra ofenderia os princípios da tipicidade estrita e o da analogia *in malam partem*.

Um dos atributos da imparcialidade é a objetividade, que consiste na qualidade de abordar decisões e reivindicações da verdade sem a influência de preferência pessoal, interesse próprio e emoção. A objetividade seria, portanto, um critério a ser observado para afastar eventuais atos discriminatórios.

Conforme referido nas seções anteriores, importante salientar que a sociedade brasileira é marcada por profundas desigualdades que impõem desvantagens sistemáticas e estruturais a determinados segmentos sociais, assim como sofre grande influência do patriarcado, que atribui às mulheres ideias, imagens sociais, preconceitos, estereótipos, posições e papéis sociais.

A criação, a interpretação e a aplicação do direito não fogem a essa influência, que atravessa toda a sociedade. Nesse contexto, em termos históricos, o direito parte de uma visão de mundo androcêntrica. Sob o argumento de que a universalidade seria suficiente para gerar normas neutras, o direito foi forjado a partir da perspectiva de um 'sujeito jurídico universal e abstrato', que tem como padrão o homem médio', ou seja, homem branco, heterossexual, adulto e de posses.

Essa visão desconsidera, no entanto, as diferenças de gênero, raça e classe, que marcam o cotidiano das pessoas e que devem influenciar as bases sobre as quais o direito é criado, interpretado e aplicado.

É dizer, a desconsideração das diferenças econômicas, culturais, sociais e de gênero das partes na relação jurídica processual reforça uma postura formalista e uma compreensão limitada e distante da realidade social, privilegiando o exercício do poder dominante em detrimento da justiça substantiva.

(...) Um julgamento imparcial pressupõe, assim, uma postura ativa de desconstrução e superação dos vieses e uma busca por decisões que levem em conta as diferenças e desigualdades históricas, fundamental para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher.

Considerar que os estereótipos estão presentes na cultura, na sociedade, nas instituições e no próprio direito, buscando identificá-los para não se submeter à influência de vieses inconscientes no exercício da jurisdição é uma forma de se aprimorar a objetividade e, portanto, a imparcialidade no processo de tomada de decisão. Além disso, a compreensão crítica de que a pessoa julgadora ocupa uma posição social, que informa a sua visão de mundo, muitas vezes bem diversa das partes, reduz a possibilidade de se tomar uma decisão que favoreça a desigualdade e a discriminação.

O enfrentamento das várias verdades em jogo na relação processual, a identificação de estereótipos e o esforço para afastar eventuais prejulgamentos decorrentes de vieses inconscientes auxiliam, portanto, na percepção de uma realidade mais complexa e na construção da racionalidade jurídica mais próxima do ideal de justiça." (CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, 2021, p. 35-36).

Para afastar tal consideração do Tribunal Estadual, o Ministro divide seu voto em treze tópicos, sendo eles: (I) admissibilidade do recurso, (II) contextualização, (III) os fundamentos do acórdão recorrido e sua crítica, (IV) os números da violência contra travestis e transexuais, (V) resistência à heteronormatividade, (VI) conceitos de gênero, sexo, identidade de gênero, etc, (VII) art. 5º da Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha – gênero feminino, papel de mulher, (VIII) o caso concreto, (IX), o voto divergente da origem, (X) manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre questões de gênero, (XI) julgados com aplicação da Lei n. 11.340/2006 para mulheres trans, (XII) o parecer do Ministério Público Federal e, por fim (XIII) dispositivo.

Nesse sentido, contextualizou-se que:

Este debate tem por objetivo dizer que mulher trans mulher é. A lei não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. Importa enfatizar que o conceito de gênero não pode ser empregado sem que se saiba exatamente o seu significado – o que já foi esclarecido no tópico anterior – e de tal modo que acabe por desproteger justamente quem a Lei Maria da Penha deve proteger: mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, também as trans.⁴⁴

Partindo das próprias recomendações do Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, o Ministro analisou nos conceitos de sexo, gênero, identidade de gênero e sexualidade, pontuando que:

Dentro dessa perspectiva, consoante bem pontuado no “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero” – Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021,

⁴⁴ STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. p. 26.

“o conceito de gênero diz respeito a um conjunto de ideias socialmente construídas, atribuídas a determinado grupo. Essas ideias são cristalizadas no que se convencionou chamar ‘estereótipos de gênero’”. E, citando Marilena Chauí, o estudo ressalta que “quando uma mulher sofre violência doméstica, ela sofre em razão de uma situação de assimetria de poder estrutural, que cria condições materiais, culturais e ideológicas para que esse tipo de violência – relacionada à dominação de um grupo – ocorra” (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>, p. 27. Acesso em: mar. 2022, grifei).⁴⁵

Por fim, após o percurso traçado pelo Ministro para entender por cabível a aplicação às mulheres trans, o Ministro conclui:

Reputo descabida a preponderância de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, com todo o seu arcabouço protetivo, inclusive a competência jurisdicional para julgar ações penais decorrentes de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres.⁴⁶

Assim, a alegação de ocorrência de analogia *in malam partem*, na presente discussão, acabaria por esvaziar os sentidos da proteção almejada pela Lei Maria da Penha, já que desprovida de respaldo teórico. Para a Teoria do Direito, a analogia é utilizada para averiguar lacunas, promovendo integração necessária para encontrar a solução de Direito mais adequada para seu preenchimento.⁴⁷ As lacunas normativas, por sua vez, são entendidas como “faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que tal regulamentação é esperada ou desejada”.⁴⁸

45 STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. p. 28.

46 STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. p. 29.

47 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 19a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p. 292.

48 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Analogia e Direito Penal”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, v. 118, jan.-fev., 2016, p. 7.

Como método de integração, frente às lacunas, a analogia pode ser entendida, em termos jurídicos, como procedimento pelo qual se aplica a um caso não tratado juridicamente as mesmas consequências jurídicas que correspondem a caso similar. Isto é, “o raciocínio que, argumentando com a semelhança entre um fato lacunoso e outro juridicamente regulado, estende àquele a solução jurídica deste (analogia legis).”⁴⁹

Para que se possa falar em analogia, portanto, é necessário partir de uma omissão, para que se busque em uma norma geral, que trate de forma idêntica os fatos não regulados nas normas particulares, mas que são semelhantes a estes. Para Nilo Batista, a analogia no Direito acontece quando “o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante”.⁵⁰

No Direito Penal, a proibição de analogia encontra respaldo na própria Constituição Federal, no princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CRFB), do qual decorre que é proibida a analogia para criar preceitos penais e agravar as penas, em prejuízo do réu, que possa exceder o sentido alcançado pela interpretação da norma jurídico penal. A analogia, como método para integrar lacunas não pode, pois, ser utilizada para estender uma lei penal a um fato não abarcado por ela, mas semelhante ao por ela disciplinado.⁵¹

No artigo “Analogia e Direito Penal”, PELUSO (2016, p. 17), traz que:

Neste sentido, é impossível a incriminação e punição em concreto que ultrapasse a hipotética previsão da norma legal, e ainda que o exacto sentido dessa previsão só possa determinar-se pela interpretação e seja um resultado dela, pois essa determinação e

49 Idem, p. 9-10.

50 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007, p. 74.

51 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Analogia e Direito Penal”, *op. cit.*, p. 18.

esse resultado deveriam obter-se no quadro definido pelos limites prescritivos da norma e com respeito por esses limites – os quais se imporiam assim como uma pré-determinação da própria interpretação (do seu âmbito e possibilidades). Deste modo o corolário da *lex stricta* implicará a não aplicação da norma legal incriminadora e punitiva para além do que haja de considerar-se uma sua aplicação directa ou imediata, possibilitada pela interpretação, e infere-se daí a recusa da sua aplicação indirecta e mediatizada por um autónomo juízo normativo do julgador a casos diferentes, posto que análogos daqueles por ela directamente previstos – que tanto é dizer, recusa-se uma sua aplicação análogica.⁵²

Por isso, entender que se trata de analogia *in malam partem* é, na verdade, negar o direito de mulheres trans se reconhecerem enquanto mulheres. Isso porque, quando se aplica a proteção da Lei Maria da Penha às mulheres trans não se parte do pressuposto de que há omissão ou lacuna na lei e tampouco se trata de ir além dos limites legais, mas apenas reconhecer e garantir que, mulheres trans mulheres são. Ou seja, trata-se apenas de interpretação teleológica das referidas leis.

Proteger as mulheres trans pela Lei 11.340/2006 é exercício de interpretação conforme à Constituição, já que garante o direito à igualdade e a isonomia, deixando de incorrer em discriminação e vedação à proporcionalidade por proteção insuficiente.

5. Considerações finais

Conforme analisado, o direito humano e fundamental à identidade de gênero é amparado por normas constitucionais e internacionais, bem como reconhecido pela jurisprudência pátria e internacional.

Por isso, não é um tratamento hormonal, uma cirurgia de transgenitalização ou a adequação do registro civil que constituem um

52 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Analogia e Direito Penal”, *op. cit.*, p. 17.

indivíduo como mulher para o Direito, sob pena de se deixar de fora do âmbito de proteção da norma mulheres que, em regra, estão em uma situação de vulnerabilidade ainda mais acentuada.

Disto, é razoável concluir que, tal como ocorre com a Lei Maria da Penha, as normas criminalizadoras presentes no Código Penal também se aplicam em favor das mulheres transexuais, tendo em vista que elas estão inseridas no conceito de *mulher*.

A defesa de que a interpretação deve se dar a partir de uma contextualização é ressaltada pelo Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, que recomenda a aplicação do Direito de maneira preocupada como as questões se revelam na realidade, entendendo que as mulheres e os grupos subalternizados, por vezes, não participam do processo de elaboração das leis.

Como se viu, “sexo” é um termo equivocado e ambíguo, de modo que a lei precisa ser interpretada a partir dos princípios e das normas internacionais apresentadas, a despeito de equívocos terminológicos por parte do legislador. Por isso, onde se lê sexo, deve se entender gênero.

Portanto, esse entendimento não implica utilização de analogia *in malam partem*, mas tão somente interpretação teleológica da lei penal.

6. Referências

BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó. *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. 2. ed. Leme, SP: Mizuno, 2021.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 136 p.

BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022*. Brasília: Distrito Drag; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), 2023. 109 p.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008.

BIANCHINI, Alice. O Vocabúlo “Mulher” previsto na Lei Maria da Penha abarca os transexuais (ou transgêneros)? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

Artigo

Da aplicabilidade da Lei Maria da Penha e de normas penais de proteção às mulheres transexuais

Anna Catharina Machado Normanton | Lucas Ferreira Mazete Lima

BORBA, Francisco S. (org.). *Dicionário UNESP do Português Contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2005.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CARRARA, S. Educação, diferença, diversidade e desigualdade. In: _____. (Org.). *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/res em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-raciais*. Rio de Janeiro: CEPESC, p.13-183, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko. *Sobre o Feminicídio*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23. nº 270, maio/2015. Direito Penal em Debate. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais na América. OEA/ Série L/V/II.rev2, 12 de novembro de 2015.

Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017.

_____. *Caso Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas.

_____. *Caso Flor Freire Vs. Equador*.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, 2021.

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Gênero y derecho*, Santiago: LOM Ediciones, 1999.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: O processo no caminho da efetividade*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal, v.1, 1985.

MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e Direito Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 118, jan.-fev., 206, p. 9-10.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 292.

STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-aplicavel-protoger.pdf>. Acesso em: mar. 2023.

Artigo recebido em 05/07/23.

Artigo aprovado em 03/08/23.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.473>

229 - 246

Artigo

**REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL,
MINERÁRIA E FISCAL:
A NECESSÁRIA CONFLUÊNCIA DOS
MICROSSISTEMAS JURÍDICOS PARA A
PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA LAVAGEM
DE DINHEIRO (E OUTROS ILÍCITOS)**

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL, MINERÁRIA E FISCAL: A NECESSÁRIA CONFLUÊNCIA DOS MICROSSISTEMAS JURÍDICOS PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO (E OUTROS ILÍCITOS)

ENVIRONMENTAL, MINING AND FISCAL REGULARIZATION: THE NECESSARY
CONFLUENCE OF LEGAL MICROSSYSTEMS FOR THE PREVENTION AND REPRESSION
OF MONEY LAUNDERING (AND OTHER ILLICIT ACTS)

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado De Minas Gerais
Ministério Público do Estado de Minas Gerais | Brasil
felipefaria@mpmg.mp.br

RESUMO: A complexidade da atuação em casos de lavagem de dinheiro levou os órgãos a se especializarem em seus campos de atuação. E isso ocorreu também em outras matérias do Direito – tal qual o Direito Ambiental. Este necessário aprofundamento, porém, traz consigo o risco de perda da visão sistêmica da realidade e dos desafios enfrentados. Em atenção ao ensinamento de Luhmann, é preciso compreender que os diversos microssistemas do Direito possuem pontos de interseção. Com isso, conseguimos ampliar as ferramentas de detecção de ilicitudes, bem como de prevenção de irregularidades em todas as áreas, desde a ambiental até a lavagem de capitais.

PALAVRAS-CHAVE: teoria dos Sistemas; lavagem de dinheiro; fiscalização; integração; meio ambiente.

ABSTRACT: The complexity of acting against money laundering cases has led the agencies to specialize in their fields of activity. And this also occurred in other matters of Law – such as Environmental Law. This necessary deepening, however, brings the risk of losing the systemic view of reality and the challenges faced. In view of Luhmann's teaching, it is necessary to understand that the various microsystems of Law have points of intersection. With this in mind, we are able to expand the tools for detecting illegal acts, as well as preventing irregularities in all areas, from environmental to money laundering.

KEYWORDS: systems Theory; money laundering; fiscalization; integration; environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Uma primeira abordagem teórica: as relações entre os microssistemas jurídicos – uma análise derivada das premissas de Niklas Luhmann; 3. Casos concretos – a relação entre a regularização ambiental e o combate à lavagem de dinheiro; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

A atuação fiscalizatória ou repressiva de práticas ilícitas é jornada incessante. Uma luta interminável contra a Hidra de Lerna, em que a velocidade de regeneração, de surgimento de novas cabeças de serpentes – ilegalidades – muitas vezes supera a capacidade de ação dos agentes de Estado. É este diagnóstico que

pode ser traçado quando temos em mente a atuação dos órgãos que agem contra ilícitos fiscais. Mas a assertiva possui igual incidência na fiscalização e na repressão de ilegalidades ambientais, criminais, administrativas, dentre tantas outras. Há um rosário de razões para tanto.

A primeira delas é o aporte incessante de novos atores de ilegalidade. Em que pese o empenho dos órgãos públicos na identificação de indivíduos, empresas ou grupos (organizados ou não) envolvidos na prática delitiva, a sua catalogação não alcança a exaustão. Isso significa que eventual neutralização punitiva dos atuais responsáveis por práticas irregulares não implica a inexistência de agentes de ilicitudes. Novos desviantes surgem e ingressam neste espectro a todo momento, fazendo com que, independente da atuação severa e contundente dos órgãos públicos, sempre haja necessidade de manutenção ou incremento da atuação fiscalizatória.

Um segundo fator é a absoluta capacidade criativa da mente humana. A mesma inventividade para a criação de obras de arte, pinturas, riquezas culturais ou inovações científicas, é também canalizada para interesses menos nobres. Em outras palavras: agentes interessados em realizar práticas ilícitas parecem sempre descobrir novas formas de realizar seus desideratos, dificultando a atuação fiscalizatória e também normativa (em prol da prevenção). Até que os órgãos de controle consigam, de forma reativa, mapear novos padrões de irregularidades há o transcurso de significativo lapso temporal.

Poderíamos ainda elencar, dentre o rol de elementos que tornam desafiadora a prática fiscalizatória, a necessidade de maior investimento em técnicas e equipamentos de inteligência; maior atuação conjunta institucional (sem depender das relações individuais) entre órgãos de controle de esferas ou entes federativos diversos; necessidade de fomento à capacitação dos profissionais alocados nestas atividades; dentre tantos outros.

Nossa reflexão despretensiosa sobre este diagnóstico – já que uma tentativa de sugerir “soluções definitivas” para problema tão complexo e multifatorial soaria presunçosa – visa unicamente compartilhar uma percepção empírica, fruto de uma atuação centrada, em especial, na seara ambiental, mas com repercussões criminais e (por que não?) fiscais. Estas linhas, portanto, visam apenas ratificar aquilo que, seguramente, outros profissionais (inclusive que atuam em outros segmentos) também já identificaram: a necessidade de uma comunicação mais efetiva e próxima entre os microssistemas jurídicos (e até mesmo extrajurídicos) para que possamos ampliar as ferramentas e a capacidade de compreensão e de diagnóstico de práticas ilícitas, incluindo a lavagem de dinheiro.

Se os desafios são tão extensos, é imprescindível que abandonemos a atuação centrada apenas nas rotinas já estabelecidas para buscarmos, ainda que em outros campos de conhecimento, auxílio no “cercamento” das ilicitudes. Tendo em mente o disposto no artigo 1º da Lei 9.613/1998, pode-se afirmar que o delito de “lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores” vem acompanhado de outras ilicitudes, notadamente, infrações penais. Ocorre que a infração antecedente ocorre em searas outras que não a fiscal (área de verticalização dos agentes fiscalizatórios). Desta maneira, a expansão do espectro de atuação demanda, igualmente, a visitação de outras áreas do conhecimento, aquelas nas quais o agente faz uso para concretizar seu desiderato de dissimular a origem de bens, direitos ou valores (o campo do crime antecedente).

É notável a especialização de conhecimento dos profissionais que atuam na repressão da lavagem de dinheiro (Receita Federal, Receitas Estaduais, Ministério Públicos, Polícias Federal e Estaduais, dentre outros). Porém, essa necessária verticalização não pode ensejar o estudo estanque daquela seara do conhecimento. Afinal, para um portfólio diversificado de instrumentos combativos que façam frente à atuação criativa dos agentes deli-

tivos, é essencial o diálogo e a interação entre os diversos microssistemas do Direito. Por certo, este movimento vem ocorrendo de forma progressiva.

A atuação da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Direito) é uma demonstração concreta. Criada em 2003, a ENCCLA é uma rede articulada, envolvendo atores de diversos poderes, órgãos e entes federativos, para o debate a formulação de políticas públicas e soluções relacionadas aos delitos de corrupção e lavagem de dinheiro¹. Por meio da ENCCLA, órgãos de controle de diversas origens e áreas de atuação (diversos microssistemas do Direito) têm a oportunidade de compartilhar suas visões, desafios e experiências de forma a criar normas e atuações mais abrangentes e efetivas.

Outras tantas iniciativas vêm ocorrendo ao longo das diversas unidades da federação. Entretanto, ainda há espaço para maiores interações.

2. Uma primeira abordagem teórica: as relações entre os microssistemas jurídicos – uma análise derivada das premissas de Niklas Luhmann

Nas cadeiras acadêmicas é muito estudada a evolução paradigmática e histórica do conhecimento científico. É bem verdade que durante determinado momento prevaleceu a pretensão humana de trazer neutralidade e de enquadrar conhecimentos em sistemas herméticos – fruto da chamada filosofia da consciência, em que o agente pensante se pretendia fora e imparcial à formação do conhecimento, sem perceber que sua interpretação, sua vivência, enfim, todo o seu substrato humano interage com a própria construção cognitiva. A tentativa de neutralidade estava

1 Para melhor compreensão sobre a ENCCLA e as ações elaboradas nos últimos anos, consultar o site <http://enccla.camara.leg.br/>. Acesso em: 31/08/2022.

não apenas na relação sujeito/objeto, mas também na relação objeto/objeto, ou seja, o isolamento das áreas de estudo ou de conhecimento. Nada obstante, com o avanço da epistemologia e da filosofia (e das demais searas, ainda que por arrasto) concluiu-se que o isolamento em barreiras analíticas da ciência apenas corrobora a expectativa de um conhecimento apartado e isolado, em dissonância à realidade complexa².

E é nesta realidade multifacetária e complexa em que desembocam todos os sistemas que compõem a realidade humana. É o que Luhmann (1990, p. 45) denomina de sistemas “black box”.

Em regra, os estudos jurídicos acerca da teoria luhmanniana são mais focados na relação do Direito com as demais ciências/sistemas que com ele se relacionam (economia, política ciências sociais, etc.)³. Mas é plenamente possível transpor os mesmos argumentos para os microssistemas jurídicos (internos ao sistema do Direito). Pois bem.

Conforme leciona Luhmann (1990)⁴, o sistema jurídico se mostra inevitavelmente aberto cognitivamente aos demais sistemas existentes na sociedade, mantendo também uma relação recí-

2 “(...) desde Kant, sabe-se que o conhecimento não pode ser reduzido a uma relação objeto/objeto [...] em outras palavras, o exame da ‘coisa-em-si’ seria uma falácia, posto que o que nos alcança sempre é a ‘coisa-para-mim’[...] o segundo paradigma da filosofia transcendental caracteriza-se pelo exame das condições subjetivas do pensar e do conhecer. Ao invés da objetividade do ente, passa-se agora ao exame das condições de possibilidade do conhecimento” (CRUZ, 2007, p. 77)

3 Sobre este tema, tivemos oportunidade de fazer abordagem em OLIVEIRA, 2010.

4 É importante destacar o fato de que nossas reservas quanto ao pensamento de Kelsen e demais autores não ocorre por uma aceitação crítica do pensamento luhmanniano acerca da teoria dos sistemas. Temos ciência das diferenças de sua visão quando em comparação com a postura habermasiana que, muito embora também aceite a ideia de irribilidade dos diversos subsistemas sociais, admite pontos ausentes à teoria de Luhmann, tal qual a abertura ao mundo da vida. “Entretanto, devemos deixar claro que Habermas rejeita parcialmente a concepção luhmanniana de sistemas, eis que, além de incluir os indivíduos nos mesmos, suporta a ideia de existir uma linguagem comum que subjaz aos pontos limites de diferenciação dos códigos especiais que é já e sempre requerida para se tratar com problemas sociais. Isso, por si só impede a manutenção da visão de sistemas autopoieticamente fechados, eis que se mantêm abertos permanentemente para esta linguagem que é fornecida pelo mundo da vida” (CRUZ, 2007, p. 369). Não obstante, pensamos que a verticalização desnecessária em pontos hermenêuticos por demais específicos contribuirá não para o enriquecimento do debate, mas sim para o desinteresse do leitor.

proca. Considerando que nenhum sistema consegue se firmar isolado de seu ambiente, o Direito é “irritado”, exemplificativamente, pela esfera econômica (bem como pela política, social, etc.), recebendo desta as informações, questionamentos e pressões de soluções aos problemas econômicos que se ligam ao mundo jurídico. Nesse sentido, não há que se afirmar uma atividade interpretativa jurídica desconsiderando os impactos que as decisões causarão, tanto no âmbito dos particulares, quanto na macroeconomia quando, p.e., do julgamento da inconstitucionalidade de um tributo. Quais serão os impactos junto aos cofres públicos e à sua capacidade de cumprir suas obrigações? São questionamentos que, de fato, devem existir – porém não ditar os rumos do Direito!

Assim, ainda que se perceba de forma clara um diálogo entre os sistemas presentes na sociedade em razão da abertura cognitiva antedita, tais sistemas mantêm uma clausura, um fechamento operacional necessário para sua própria caracterização. Isso implica dizer que o Direito, apesar de receber influências externas, detém uma autorreferenciação quando da identificação de seus problemas bem como da estruturação de seu funcionamento. Assim, o próprio sistema do Direito é que determina o que é lícito ou ilícito, em uma postura autorreprodutiva e conservando o código binário e deontológico próprio que auxilia na delimitação de sua identidade⁵.

Trazendo o pensamento de Luhmann à abordagem ora tratada, podemos dizer que a definição se determinada conduta relacionada à extração mineral clandestina se subsume ao tipo penal de lavagem de capitais é tarefa que possui um raciocínio operacional e de caracterização que é próprio desta área específica do Direito. Entretanto, é impossível trabalhar com o caso concreto, de forma adequada, sem receber os “inputs” dos demais subsistemas

5 Bem da verdade, Luhmann, conforme leciona Chamon Junior, compreende que um sistema apenas adquire identidade quando é capaz de se distinguir dos demais: “Enquanto sistemas autorreferenciais esta característica ‘referencial’ deve ser entendida em termos de ‘descrição’, i.e., como uma descrição capaz de ser levada adiante em um dado contexto frente a outras possibilidades. É desta forma que o sistema constrói a si mesmo: se distinguindo dos demais, enfim, descrevendo a si mesmo como algo diferenciado do ambiente” (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 83).

jurídicos. Em outras palavras, as contribuições da área ambiental ou da área administrativa são essenciais, apenas não podem romper a “linguagem”, o raciocínio operacional que define se a conduta se amolda ou não ao tipo penal de lavagem de capitais.

Sobre a necessidade de cada sistema (ou subsistema) manter sua autorreferenciação para a identificação de seus desafios e suas respectivas soluções, considera-se que a partir do momento em que algum sistema perde sua *autopoiese*, sua auto-organização, ele se desnatura, tornando-se então submisso às dominações externas que, a partir de então, passam a comandar o próprio funcionamento daquele. Uma eventual intromissão excessiva dentro da esfera interna do sistema o corrumpo, restando, assim, desestruturado e sem a condução de suas operações pelo seu próprio código.

Com esta razão que Luhmann leciona que:

(...) sem a diferença em relação ao seu entorno, nem sequer existiria a autorreferência, pois a diferença é a premissa para a função das operações auto-referenciais (sic). Neste sentido, a manutenção do limite (boundary maintenance) significa a manutenção do sistema. (tradução nossa)⁶ (LUHMANN, 1990, p. 50-51).

Da mesma forma, mesmo apresentando algumas nuances diferenciadoras do pensamento luhmaniano⁷, Habermas também

6 No original: “Sin la diferencia respecto al entorno ni siquiera existiría la autorreferencia, pues la diferencia es la premisa para la función de las operaciones autorreferenciales. En este sentido, el mantenimiento del limite (*boundary maintenance*) significa el mantenimiento del sistema”.

7 “Entretanto, devemos deixar claro que Habermas rejeita parcialmente a concepção luhmaniana de sistemas, eis que, além de incluir os indivíduos nos mesmos, suporta a ideia de existir uma linguagem comum que subjaz aos pontos limites de diferenciação dos códigos especiais que é já e sempre requerida para se tratar com problemas sociais. Isso, por si só impede a manutenção da visão de sistemas autopoieticamente fechados, eis que se mantém abertos permanentemente para esta linguagem que é fornecida pelo mundo da vida. Isso permite, por exemplo, que, de um lado, o Direito possa ainda garantir sua linguagem própria de lidar com as expectativas de comportamento, respondendo a todas com um sim ou com um não e, de outro lado, incorpore aos processos institucionalizados de formação de vontade e opinião de contribuições oriundas dos contextos informais de comunicação encontrados nesse mundo da vida.” (CRUZ, 2007, p.369).

deixa clara a possibilidade de irritação da linguagem jurídica pelo diálogo com os sistemas político, econômico, social, médico-científico, etc., desde que não haja a sobreposição já mencionada. Na visão deste filósofo alemão, são questões e fundamentos que, ao longo do processo, serão filtrados e depurados pelos mecanismos que o Direito instrumentaliza.

Para ele, a amplitude procedimental, notadamente a possibilidade discursiva de todos os agentes potencialmente afetados permitirá a construção das soluções e conteúdos do caso concreto, oportunidade em que também são depurados os argumentos estratégicos e o risco de desnaturação de determinado sistema⁸.

Esta segunda reflexão, agora mais calcada na perspectiva habermasiana, visa unicamente deixar o registro de que há aprofundamentos necessários quando pretendemos debater a teoria dos sistemas. Não é, por certo, o escopo do presente trabalho.

8 Nessa trilha, para que se perceba a concretização da faceta democrática, deve haver um processo de institucionalização desta produção observando dois pontos.

O primeiro é a ampla liberdade comunicativa, em simetria de posições entre os participantes, não coercitividade, bem como demais condições ideais de fala. Isso significa, no âmbito da discursividade, a irrestrrição argumentativa dos membros na formulação das normas jurídicas a serem institucionalizadas. Quanto a isso, já tratado.

A segunda questão a ser observada encontra-se ligada à correição procedimental, que deve dar ares de institucionalização às vontades democraticamente formuladas.

Mister atentar que, uma vez legitimar-se a norma legal em seus fundamentos racional-argumentativos, a possibilidade de correção de eventuais injustiças presentes naquelas se mostra inevitável, sob pena de sacralização do Direito, ainda que de origem discursiva. Ademais, argumentos, aqui considerados como razões resgatadas por meio do discurso, nunca podem ser cogentes, impositivos, e assim, não indicam um ponto final ao consenso momentâneo. Caso contrário, Habermas estaria a negar suas próprias bases!

A aceitação da falibilidade das verdades provisórias culmina, justamente, no resgate argumentativo das fundamentações racionais da norma. Estando a legitimidade do Direito vinculada a tais razões, as pretensões de validade normativa apenas se sustentam enquanto seus argumentos forem convincentes, argumentos esses que podem ser questionados a qualquer momento, inclusive quando de sua aplicação! Qualquer problematização envolvendo o convencimento que antes possibilitou a construção do Direito suspende sua aceitação para se (re)verificar em que pé se encontra o entendimento acerca do mesmo. Desta forma, Habermas reconhece que a legitimidade deve carregar consigo a constante possibilidade de revogabilidade, ou de reconstrução do entendimento acerca da materialidade jurídica presente nas normas positivadas.

3. Casos concretos – a relação entre a regularização ambiental e o combate à lavagem de dinheiro

A digressão teórica acima realizada (a qual infelizmente não pôde ser devidamente verticalizada sob pena de desfocar o intuito destas linhas) visou, unicamente, trazer algum embasamento da filosofia e da sociologia àquilo que empiricamente constatamos em nosso cotidiano profissional: a necessidade de interação entre as diversas áreas do conhecimento; a compreensão de que o respeito ao ordenamento jurídico somente é alcançável quando pensamos o ordenamento em sua integralidade.

Isto porque, pegando de empréstimo os ensinamentos de Luhmann sobre os sistemas de conhecimento, a “irritação”; os pontos de contato e de diálogo entre os diversos subsistemas do Direito (fiscal, criminal, ambiental, etc.) não é apenas algo desejável, mas sim inerente à própria realidade. Não se trata efetivamente de uma escolha, mas do reconhecimento de uma característica inexorável, cuja boa compreensão pode nos auxiliar a melhor manejar os instrumentos à disposição.

Os reflexos de atuações interativas entre os microssistemas é, a nosso ver, a única forma de se buscar uma regularização jurídica ampla de qualquer atividade, indo além de visões limitantes de regularização “ambiental”, regularização “fiscal”, dentre outras. Empiricamente, na seara ambiental, esta conclusão é demasiadamente nítida.

Sem prejuízo da definição normativa (artigo 1, I da Resolução CONAMA 237/1997), pode-se conceituar o licenciamento ambiental, em conjunto com a doutrina, como sendo

(...) o processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de

um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente (FARIAS, 2011, p.26).

Não é demais afirmar que o licenciamento ambiental é (ou deveria ser) o principal instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável. Nele são analisadas todas as repercussões ambientais e socioambientais, concretas ou potenciais, de determinada atividade ou empreendimento, angariando, assim, informações adequadas para a estipulação de obrigações que garantam o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental.

Esta é uma das razões pelas quais o Ministério Público (especificamente no Estado de Minas Gerais) sempre atuou de forma contundente junto ao licenciamento ambiental. Até o ano de 2016 o Ministério Público do Estado de Minas Gerais integrava os órgãos colegiados que discutiam e deliberavam as licenças ambientais. Com o advento da Lei estadual n. 21.972/2016 houve a retirada do *Parquet* estadual destes órgãos colegiados de licenciamento ambiental – mantendo representatividade apenas em órgãos deliberativos relacionados a supressão de vegetação, recursos administrativos, dentre outros.

Esta peculiaridade permitiu ao Ministério Público aprofundar de maneira única na análise dos empreendimentos a serem licenciados e, assim, atuar de forma objetiva, pragmática e eficiente no controle de legalidade de práticas indevidas, seja no âmbito do próprio órgão deliberativo, seja judicialmente.

Entretanto, esta atuação (importante para a salvaguarda do meio ambiente) sempre ocorreu com o olhar focado unicamente na própria regularização ambiental, ou seja, preocupado apenas com o microssistema do Direito Ambiental e com as ciências ecológicas que com ele se relacionam. Quais os impactos na flora em decorrência da vegetação suprimida? Há espécies ameaçadas

de extinção na área impactada? Haverá impacto nos recursos hídricos de forma a comprometer a qualidade ambiental ou o uso múltiplo das águas?

Estas eram algumas das perguntas centrais que permeavam a atuação do Ministério Público mineiro, o qual pouca atenção dava para a “irritação” recíproca que o microssistema de licenciamento ambiental (regularização ambiental) possui com todos os demais microssistemas do Direito. Havia intensa verticalização e muita efetividade no combate aos danos ambientais. As demais searas do conhecimento jurídico, porém, passavam ao largo.

Por consequência, as medidas fiscalizatórias em detrimento de minerações clandestinas (a título de exemplo) focavam apenas em informações constantes do sistema ambiental (eventuais solicitações de documentos ambientais menos exigentes ou periféricos, por exemplo que davam “pistas” de atividades não licenciadas no local).

A experiência demonstrou, porém, que as atividades verdadeiramente clandestinas não possuem qualquer lastro no sistema ambiental. As atividades verdadeiramente impactantes, sem qualquer medida de mitigação, de compensação ou de recuperação ambiental são desenvolvidas de maneira absolutamente alheia ao conhecimento dos órgãos competentes, os quais ignoram por completo a existência daquela atividade.

A fiscalização exitosa, portanto, depende de eventual denúncia direcionada ou do acaso – a bem da verdade, da sorte de o fiscal vir a identificar a atividade por alguma razão aleatória. A conclusão é simples: por meio exclusivamente dos sistemas e informações ambientais não conseguimos atuar de forma eficaz no combate a atividades minerárias clandestinas. O resultado: danos ambientais muitas vezes irreparáveis, ofensa ao princípio da isonomia – os empreendimentos minerários regulares arcam com inúmeros ônus que o concorrente clandestino deixa de suportar – dentre outras consequências indesejáveis.

Há ainda os impactos fiscais: ausência de recolhimento de impostos e, ainda, dos royalties de mineração devidos aos entes federativos correspondentes. Mas, seria possível o sistema fiscal, atuando de forma apartada, identificar com eficiência essas práticas ilícitas? A resposta é igualmente negativa.

Isso porque (ao menos na realidade do Estado de Minas Gerais) inexistente obrigação para que a nota fiscal de comercialização de produtos minerários indique a origem deste material. Em que pese a emissão de nota fiscal, o Estado não possui qualquer dado acerca da cadeia produtiva ou extrativa que culminou na comercialização de minérios para empresas siderúrgicas, por exemplo. Sua origem pode ser a de uma atividade devidamente licenciada ou de uma mineração clandestina, nos termos do exemplo supra, sem que, pelo instrumento da nota fiscal, haja a possibilidade de identificar a ilicitude.

Em outras palavras: cada microssistema não consegue impedir a prática de minerações clandestinas de maneira efetiva e articulada. Vale dizer: o exemplo ora tratado caracteriza-se como verdadeira atividade criminosa (apenas para focar na seara ambiental, podemos citar a potencial tipificação dos crimes previstos nos artigos 38, 50 e 55 da Lei de Crimes Ambientais, sem mencionar a potencial prática de crime de usurpação de bem da União conforme disposto no artigo 2º da Lei 8.176/1991). Desta maneira, tendo em mente o disposto no artigo 1º da Lei 9.613/1998 – “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal – Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa” – as destinações diversas do capital auferido com esta atividade pode caracterizar, ainda, o crime de lavagem de dinheiro.

Temos, assim, diversas implicações fiscais, ambientais e criminais das extrações minerárias clandestinas, as quais não são objeto de atuação repressiva exitosa em razão da falta de co-

municação entre as diversas searas (subsistemas) do Direito. Recentemente, o Estado de Minas Gerais adotou o primeiro passo para alterar esta realidade.

Em 11/04/2022 foi publicado o Decreto estadual nº 48.406/2022 (com vigência a partir de 01/10/2022) que altera o Regulamento do ICMS (RICMS). Esta alteração normativa infralegal tentou, justamente, criar mecanismos de diálogo ou de transdisciplinaridade entre a área fiscal e mineração (muito embora tenha mantido a seara ambiental ainda afastada). Para tanto, o Estado de Minas Gerais passou a determinar ao contribuinte que informe a Portaria de Lavra ou Guia de Utilização na Nota Fiscal Eletrônica! Colaciona-se o dispositivo pertinente:

Art. 1º – A Parte 1 do Anexo V do Regulamento do ICMS – RICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, fica acrescida dos arts. 12–A e 12–B, com a seguinte redação:

“Art. 12–A – Na operação de saída realizada por estabelecimentos industriais do segmento de rochas ornamentais cuja atividade principal cadastrada na Secretaria de Estado de Fazenda seja classificada nas CNAEs 0810–0/02, 0810–0/03, 0810–0/04 ou 0899–1/99 deverá ser emitida Nota Fiscal Eletrônica – NF–e, modelo 55, que, além dos demais requisitos, deverá conter:

I – quando se tratar de blocos:

a) no campo unidade comercial, a unidade “m3”;

(...)

c) no campo “Informações Adicionais de Interesse do Fisco” <infAdFisco>, o número da guia de utilização ou da portaria de lavra, concedido pelo órgão federal competente, preenchido nos seguintes termos:

“Portaria de Lavra nº ... de .../.../..., DOU.../.../... ou Guia de Utilização nº..., de .../.../... (Processo nº...)”;

Art. 12–B – Na operação de saída realizada por estabelecimento que realize operações com minério de ferro, independentemente

da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE em que estiver classificado, deverá ser emitida Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, modelo 55, que, além dos demais requisitos, deverá conter:

I – quando emitida pelo extrator de minério de ferro, no campo “Informações Adicionais do Produto” <infAdProd>, o número da guia de utilização ou da portaria de lavra, concedido pelo órgão federal competente, preenchido nos seguintes termos: “Portaria de Lavra nº ... de .../.../..., DOU.../.../... ou Guia de Utilização nº ... de .../.../... (Processo ...)”;

Vamos entender a questão. Sem prejuízo da licença ambiental, a exploração minerária por particulares demanda o atendimento a outros procedimentos administrativos. Nos termos do artigo 177, V, do texto constitucional, a “pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios é monopólio da União, a qual pode autorizar particulares a realização destas atividades mediante contrapartidas financeiras”.

Trata-se, justamente, da concessão de portaria de lavra pela Agência Nacional de Mineração⁹. Para tanto, a ANM analisa, dentre outras informações, os dados obtidos na fase de pesquisa, o que indica o potencial de aproveitamento econômico e a quantidade de material que se pretende extrair, dentre outros. Este conjunto de dados permite à ANM (e por consequência à União) acompanhar a extração do material que lhe pertence – minério – e, conseqüentemente, fiscalizar o recolhimento dos valores financeiros pertinentes.

Desta forma, a iniciativa do Estado de Minas Gerais de exigir a informação da Portaria de Lavra ou Guia de Utilização no corpo da nota fiscal traz inúmeros benefícios. Ao extrapolar a visão me-

9 “Vale repetir que, uma vez aprovado o relatório dos trabalhos de pesquisa e, portanto, demonstrada a presença de jazida na área autorizada, o titular da autorização de pesquisa adquirirá o direito de requerer o título de concessão de lavra dessa jazida (...) Esso Código define lavra como o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração as substâncias minerais úteis que contiver até seu beneficiamento.” (RIBEIRO, 2015, p. 63).

ramente tributária, o Estado conseguirá acompanhar a origem do minério negociado, permitindo, assim, verificar se aquela atividade foi previamente analisada pela Agência Nacional de Mineração, trazendo maior facilidade na fiscalização dos *royalties* minerários, além de outros dados de fiscalização.

Para tanto, o poder normativo infralegal fez uso, justamente, de instrumentos transdisciplinares. Ou seja, deixou de considerar a fiscalização tributária apenas através dos instrumentos tributários, mas também fazendo uso de instrumentos minerários. Na nossa percepção, o diálogo entre os microssistemas permanece incompleto. Identificou-se as áreas de “irritação”/contato entre os sistemas fiscal e minerário. Mas ainda não houve a internalização dos pontos de interseção com a área ambiental.

Se para a regularização mineração é necessária a prévia expedição de Guia de Utilização ou Portaria de Lavra, a regularização ambiental demanda o prévio licenciamento ambiental, o qual deve guardar pertinência, inclusive, com o potencial de extração de material informado à ANM. Noutras palavras, é possível – e extremamente desejado – que a mesma normativa exija, na nota fiscal de comercialização, a licença ambiental que encampou a atividade extrativa ou de beneficiamento minerário.

Expandir as práticas luhmannianas também para a esfera ambiental auxiliará em todas as frentes. Haverá maior facilidade em impedir as minerações clandestinas, trazendo-as para o licenciamento ambiental – procedimento em que serão analisadas as medidas de compensação, de mitigação e a posterior recuperação integral da área, evitando passivos a serem suportados pela sociedade após a vida útil da mina. Por consequência, deixam de ocorrer diversos delitos, incluindo a lavagem de capitais, já que se leva à regularização jurídica toda a operação extrativa. E, na seara fiscal e financeira, o poder público ainda terá mais instrumentos para impedir o não pagamento de tributos ou *royalties* decorrentes da extração ou beneficiamento minerário.

4. Conclusão

A conclusão (e também a exposição) do presente texto mostra-se intuitiva e talvez excessivamente óbvia. A atuação jurídica – e isso inclui as atividades de fiscalização, repressão e prevenção da lavagem de dinheiro e também de irregularidades ambientais – somente pode ocorrer de forma efetiva se pensada para além de suas fronteiras.

A verticalização/especialização nos diversos subsistemas do Direito permitiram aos operadores intenso campo de informação de seu microcosmo. Mas o aprofundamento do conhecimento específico gera o risco de olvidar que a realidade é sobremaneira complexa para a dividirmos em compartimentos estanques. É preciso concatenar a profundidade específica com a abrangência horizontal.

Para tanto, reconhecer os pontos de contato entre os diversos subsistemas (fiscal, ambiental, mineração, econômico, etc.) é ferramenta essencial para permitir uma percepção adequada do ordenamento, das práticas utilizadas pelos diversos atores, bem como para enriquecer o portfólio de ferramentas a serem utilizadas nas atividades de fiscalização, mas também prevenção, repressão e normatização.

5. Referências

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Lubman e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós; ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.

Artigo

Regularização ambiental, minerária e fiscal: a necessária confluência dos microssistemas jurídicos para a prevenção e repressão da lavagem de dinheiro (e outros ilícitos)

Felipe Faria de Oliveira

OLIVEIRA, Felipe Faria. *Direito Tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

RIBEIRO, Carlos Luiz. *Tratado de direito minerário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

Artigo recebido em 17/02/2023.

Artigo aprovado em 27/11/2023.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.505>

247 - 258

**NORMAS DE
SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO**

NORMAS DE SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO

A Revista De Jure publica artigos (acadêmicos e ensaios de juristas internacionais convidados) de Direito e ciências afins, tendo como foco principal o estudo sobre os temas das áreas de atuação do Ministério Público: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Os artigos passam por verificação preliminar por parte do editor, oportunidade em que são verificados os aspectos meramente formais: compatibilidade de conteúdo com a linha editorial da revista, **ausência de identificação de autoria** (os artigos não podem conter quaisquer informações que permitam a identificação de sua autoria), formatação textual e elementos metodológicos.

Preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido a avaliação qualitativa pelo Conselho Editorial e/ou por revisores ad hoc. O processo de avaliação, adotado desde 2007, opera-se pela revisão cega de pares, por meio da qual os artigos são analisados por, no mínimo, dois pareceristas que desconhecem a autoria do trabalho. Em caso de pareceres divergentes, o artigo é submetido à análise de um terceiro parecerista. Existe o cuidado para que artigos enviados aos pareceristas sejam os de maior conformidade possível com a área de expertise destes.

Os pareceristas concluirão por: aprovação para publicação (apto), necessidade de reformulação (apto com ressalvas) ou rejeição (inapto). Caso sugiram alterações, o autor é cientificado para fazê-las (se desejar), ou para motivar a desnecessidade delas. O posicionamento do autor será encaminhado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, para nova verificação a ser feita pelo editor.

Os autores são comunicados sobre os pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos pareceristas.

Os resultados dos processos de verificação e avaliação dos artigos são inapeláveis em todos os casos.

A revista se reserva o direito de não publicar o artigo, caso o autor discorde da avaliação qualitativa e o editor decida conservar o posicionamento dos pareceristas.

Os ensaios de juristas internacionais convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

1. Os artigos deverão ser enviados para <www.mpmg.mp.br/dejure>.

2. Os artigos devem ser inéditos: não podem ter sido publicados em qualquer outro veículo.

3. Os artigos não podem conter quaisquer informações que permitam a identificação de sua autoria.

4. Os artigos serão submetidos à análise de, pelo menos, dois pareceristas, garantido o anonimato destes e do(s) autor(es). Em caso de pareceres divergentes, o artigo será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Os artigos serão avaliados quanto a: mérito científico; adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas–ABNT; adequação às demais normas da De Jure e à formatação dos artigos por ela adotada. Tais adequações são de responsabilidade dos autores dos artigos.

6. O Ministério Público não se responsabiliza pelas ideias expostas em quaisquer artigos submetidos à De Jure, tendo esta os publicado ou não. Tais ideias são de inteira responsabilidade dos autores dos artigos.

7. Os artigos devem adotar as regras do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

8. Desde que a De Jure tornou-se eletrônica, não há limitação do número de páginas.

Formatação dos artigos adotada pela *De Jure*

I – Obrigatório: fonte Arial, corpo 9; parágrafos justificados e com entrelinhas simples; margens superior e inferior 2,5 cm; margens laterais 3 cm; tamanho do papel A4.

Vedado: deslocamentos com régua; tabulador <TAB> para determinar parágrafos (o próprio <ENTER> já os determina automaticamente).

II – O artigo deve conter título, resumo e palavras-chave, todos em português e inglês. Também deve conter sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas.

III – O resumo deve ter entre 100 e 150 palavras e apresentar ideia geral, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões.

III – As palavras-chave representam o conteúdo e devem ser, no máximo, cinco.

IV – O sumário deve apresentar os itens com até três dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.1.2. Legislação aplicada.

V – Destaques, palavras estrangeiras, neologismos e acepções incomuns devem se apresentar em itálico. Jamais deve ser utilizado o negrito.

VI – Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo Bureau Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]. Em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida de parênteses contendo a unidade expressa no SI.

VII – Artigos que contenham gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar legendas que citam fonte completa e posição desses no texto. Gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem ser encaminhados um a um, em arquivos separados uns dos outros, e separados do

arquivo do texto, e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (exemplos: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Artigos que contenham imagens devem apresentá-las com alta definição (mínimo de 150 dots per inch [DPIs]). Artigos que contenham mapas e micrografias devem apresentá-los acompanhados de suas marcas de escala.

VIII – Citações com até três linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

Citações de textos com mais de três linhas devem ser feitas com recuo esquerdo de 4 cm e fonte em tamanho 8, sem aspas.

IX – Notas de rodapé devem ser feitas com fonte Times New Roman, corpo 8, e conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste.

X – As referências bibliográficas listam as obras mencionadas no texto e devem ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas– ABNT) e estar dispostas em ordem alfabética, nas formas seguintes (com elementos separados por vírgulas e na sequência que devem receber):

a) Referências de livro: autor(es), título (título principal em itálico), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. Benjamim. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Referências de partes do livro (seção, capítulo etc.): autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição do livro, local da edição do livro, editora, data da publicação do livro e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CRISTOFOLETTI, R. (Org.). Jornalismo em perspectiva. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Referências de livro eletrônico: os mesmos do livro e da parte do livro, mas acrescidos do endereço eletrônico e, se o meio de acesso for online, da data de acesso.

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/free-book/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. Novo dicionário Aurélio. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Referências de artigo de periódico: autor(es) do artigo, título do artigo, título do periódico (título principal em *itálico*), local de publicação do periódico, fascículo do periódico (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas do artigo, data da publicação do periódico.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. EccoS: Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Referências de periódico eletrônico: os mesmos de livro eletrônico, porém acrescidos do endereço do periódico eletrônico e da data de acesso ao periódico eletrônico (se o meio de acesso a este for online).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. EccoS: Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Referências de trabalho acadêmico: autor(es), título (título principal em *itálico*), data da apresentação, tipo do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo a palavra escola ou a palavra faculdade ou a palavra fundação ou palavra afim), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. Influência da glucana na evolução do lúpus murino. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Referências de trabalho apresentado em evento: autor(es) do trabalho, título do trabalho, In:, nome do evento, numeração do evento (se houver), ano da realização do evento, local da realização do evento, tipo de documento em itálico (anais, atas etc.), local do trabalho, editora do trabalho, data da publicação do trabalho, intervalo de páginas da parte utilizada separado por hífen.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

SUBMISSION/PUBLICATION RULES

De Jure publishes articles (academics and essays by invited international jurists) on Law and related sciences, main focus on the study of themes in the areas of activity of the Public Prosecution Service: Criminal Law, Criminal Procedural Law, Civil Law, Civil Procedural Law, Collective Law, Collective Procedural Law, Constitutional Law and Administrative Law.

The articles go through a preliminary verification made by the editor, in which the purely formal aspects are verified: compatibility of content with the editorial line of the journal, **absence of authorship** (articles cannot contain any information that allows the identification of their authorship) textual format and methodological elements.

Once the preliminary requirements are fulfilled, the article is submitted to a qualitative evaluation by the Editorial Board and/or by ad hoc reviewers. The evaluation process, adopted since 2007, operates through blind peer evaluation, whereby the ar-

ticles are analyzed by at least two evaluators who are unaware of the authorship of the work. In case of divergent opinions, the article is submitted to the analysis of a third evaluator. Care is taken to ensure that the articles sent to evaluators are in line with their area of expertise as much as possible.

The evaluators will conclude by approval for publication (approved) or need for reformulation (approved with reservations) or rejection (inappropriate). If alterations are suggested, the author is informed to make them (if he wishes), or to justify their unnecessary need. The position of the author will be forwarded to Center for Functional Studies and Improvement, for further verification by the editor.

The authors are informed about the opinions, guaranteeing the secrecy and anonymity of the referees.

The results of the article verification and evaluation processes are unappealable in all cases.

The journal reserves the right not to publish the article if the author disagrees with the qualitative assessment and the editor decides to maintain the opinion of the evaluators.

Essays by invited international jurists may be written in Portuguese, English, Spanish or Italian.

1. Articles must be sent to <www.mpmg.mp.br/dejure>.
2. Articles must be unpublished: they cannot have been published in any other vehicle.
3. The articles cannot contain any information that allows the identification of their authorship.
4. The articles will be submitted to the analysis of at least two referees, guaranteeing the anonymity of these and of the author(s). In case of divergent opinions, the article will be submitted to the analysis of a third evaluator.

5. Articles will be evaluated for: scientific merit; adequacy to the requirements of the Brazilian Association of Technical Standards – ABNT; adequacy to other rules of De Jure and to the formatting of the articles adopted by it. Such adjustments are the responsibility of the authors of the articles.

6. The Public Prosecution Service is not responsible for the ideas expressed in any articles submitted to De Jure, whether published or not. Such ideas are the sole responsibility of the authors of the articles.

7. The articles must adopt the rules of the New Orthographic Agreement of the Portuguese Language.

8. Since De Jure has gone electronic, there is no limitation on the number of pages.

Formatting of articles adopted by *De Jure*

I – Required: Arial font, size 9; justified paragraphs with simple spacing; upper and lower margins 2.5 cm; lateral margins 3 cm; A4 paper size.

Forbidden: displacements with ruler; <TAB> tab to determine paragraphs (<ENTER> itself already determines them automatically).

II – The article must contain **title, abstract and keywords, all in Portuguese and English**. It should also contain a summary, introduction, conclusion or final considerations and bibliographical references.

III – The abstract must have between 100 and 150 words and present the general idea, objectives, research methods, results and conclusions.

III – The keywords represent the content and must be a maximum of five.

IV – The summary must present the items with up to three digits, as in the example:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Standardization.

V – Highlights, foreign words, neologisms and unusual meanings must be presented in italics. Bold should never be used.

VI – Units of measurement must follow the standards of the International System of Units (SI), prepared by the International Bureau of Weights and Measures (BIPM) [www.bipm.org]. In exceptional cases, the adopted unit must be followed by parentheses containing the unit expressed in SI.

VII – Articles containing graphs, charts, tables or any type of illustration must present descriptive that quote the complete source and their position in the text. Graphs, charts, tables or any type of illustration must be sent one by one, in files separated from each other, and separated from the text file, and, whenever possible, in the original format of the elaboration program (examples: CAD, CDR , EPS, JPG, TIF, XLS). Articles that contain images must present them in high definition (minimum of 150 dots per inch [DPIs]). Articles containing maps and micrographs must be accompanied by their scale marks.

VIII – Quotations with up to three lines can be made in two ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue:

“[...] The BCG vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced.” (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Citations of texts with more than three lines must be made with a left indentation of 4 cm and font size 8, without quotation marks.

IX – Footnotes must be in Times New Roman font, size 8, and contain only notes concerning the text, but that do not fit into its logical development.

X – Bibliographical references list the works mentioned in the text and must be made in accordance with NBR 6023/2002 (Brazilian Standard of the Brazilian Association of Technical Standards– ABNT) and be arranged in alphabetical order, in the following forms (with elements separated by commas and in the sequential order they should be):

a) Book references: author(s), title (main title in italics), edition, place, publisher and date of publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). Practical Handbook of Microbiology. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) References to parts of the book (section, chapter etc.): author(s) of the part, title of the part, author(s) of the book, title of the book (main title in italics), edition of the book, place of edition of the book, publisher, date of publication of the book and page range of the part.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). Practical Handbook of Microbiology. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

c) Electronic book references: the same as the book and part of the book, but with the addition of the electronic address and, if the means of access is online, the date of access.

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. 1st ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

d) Journal article references: author(s) of the article, title of the article, title of the journal (main title in italics), place of publication of the journal, issue of the journal (number, tome, volume etc.), page range of the article, publication date of the journal.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

e) Electronic journal references: the same as for an electronic book, but with the addition of the electronic journal address and date of access to the electronic journal (if the means of accessing it is online).

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

f) References of academic work: author(s), title (main title in italics), date of presentation, type of work (dissertation, monograph, thesis etc.), intended title, institution academic (including the word school or the word college or the word foundation or related word), place and date of publication.

g) References of work presented at an event: author(s) of the work, title of the work, In:, name of the event, number of the event (if any), year of the event, place where the event was held, type of document in italics (annals, minutes etc.), location of the work, publisher of the work, date of publication of the work, range of pages of the referenced part separated by a hyphen.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. The influence of glucan in the evolution of murine lupus. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.

