

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

Daiane Rioga Viana Ferreira
Danielle de Guimarães Germano Arlé
Esdras Neemias Freitas Gavião
Felipe Antônio da Silva
Gabriella Cainelli
Jhennifer Isabelle Rocha
Juliana Lopes Geraldo
Luisa Loio
Sidney Guerra
Simone Campos de Abreu

39



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. 22, n. 39, jan./jun. 2024. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2024.

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, transdisciplinary 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
Leonardo Camargo Souza

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)
Profa. 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)
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brasil)
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Profa. 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)
Profa. 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)
Profa. 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
Sofia Cerqueira Borges

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

Profa. Me. Anna Catharina Machado Normanton (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (Faculdade de Pará de Minas (Pará de Minas/Brasil)
Prof. Me. Leonardo Barreto Moreira Alves (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Me. Adirson Antônio Glório de Ramos (Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Governador Valadares/Brasil)
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Profa. Dra. Alexandra Fátima Saraiva Soares (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre (Universidade Federal do Espírito Santo (Vitória/Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Me. Davidson Alessandro Miranda (Universidade Tiradentes Unit (Aracaju/Brasil)
Prof. Dr. Rafael Ferreira Vianna (Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, Curitiba/Brasil)
Prof. Dr. André Luiz Costa-Correa (Novedoisnove (São Paulo/Brasil)
Profa. Dra. Cristine Koehler Zanella (Universidade Federal do ABC (Santo André/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

Leonardo Camargo Souza

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. Derneval 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
Sofia Cerqueira Borges

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. Anna Catharina Machado Normanton, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, PhD (Faculdade de Pará de Minas, Pará de Minas/Brazil)
Prof. Leonardo Barreto Moreira Alves, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Adirson Antônio Glório de Ramos, MA (Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Governador Valadares/Brazil)
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Alexandra Fátima Saraiva Soares, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
Prof. Gilberto Fachetti Silvestre, PhD (Universidade Federal do Espírito Santo (Vitória/Brazil)
Prof. Leonardo Costa de Paula, PhD (Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro/Brazil)
Prof. Davidson Alessandro Miranda, MA (Universidade Tiradentes Unit (Aracaju/Brazil)
Prof. Rafael Ferreira Vianna, PhD (Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, Curitiba/Brazil)
Prof. André Luiz Costa-Correa, PhD (Novedoisnove (São Paulo/Brazil)
Prof. Cristine Koehler Zanella, PhD (Universidade Federal do ABC (Santo André/Brazil)

PREFÁCIO

A revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - *Revista De Jure* - chega a sua 39ª edição. Desde o seu primeiro exemplar até o presente, a publicação vem repetindo a bem-sucedida fórmula de conciliar deleite e disseminação de conhecimento.

Motivo de justo orgulho da nossa Instituição, pela reconhecida qualidade dos artigos, este volume transita por variado universo de questões jurídicas e abriga preciosa análise de temas importantes, tais como condições da ação à luz do Direito Processual Civil contemporâneo; governança climática; justiça restaurativa; silêncio seletivo no interrogatório do réu; função da pena; acordo de não persecução penal; mutação constitucional.

Convido-os, pois, à leitura deste exemplar, e também ao envio de artigos para www.dejure.com.br/dejure. Nossa plataforma encontra-se, ao longo de todo o ano, aberta à submissão de artigos. Assim, de forma simples e rápida, os leitores de hoje podem se tornar os autores das próximas edições.

Bem-vindos a esta edição e à submissão de artigos para edições vindouras!

Élida de Freitas Rezende

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

APRESENTAÇÃO

Com nitidez cada vez maior, o panorama que sucede a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vem revelando as potencialidades do Ministério Público no que concerne à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Entretanto, a contribuição do Ministério Público atual vai muito além dessa importante práxis combativa: cada vez mais, os membros do Ministério Público têm levado seus “bons combates” para o campo científico do Direito, com teses, monografias, dissertações, artigos científicos e livros. Assim é que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, consciente da necessidade do constante aprimoramento do saber, emprega entusiasmo e afinco na produção de sua revista jurídica, a *Revista De Jure*, que apresenta mais uma honrosa edição.

Estou certo de que esta 39ª edição, para além de instrumento de aperfeiçoamento funcional dos integrantes dos Ministérios Públicos brasileiros, apresenta-se como veículo altamente difusor das teses e ideias do Ministério Público de Minas Gerais, uma vez que apto a informar e enriquecer toda a comunidade jurídica.

Boa leitura!

Jarbas Soares Júnior

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

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

DAIANE RIOGA VIANA FERREIRA
Especialista em Direito Processual

DANIELLE DE GUIMARÃES GERMANO ARLÉ
Promotora de Justiça

ESDRAS NEEMIAS FREITAS GAVIÃO
Conciliador judicial no Conselho Nacional de Justiça

FELIPE ANTÔNIO DA SILVA
Advogado

GABRIELLA CAINELLI
Bacharel em Direito

JHENNIFER ISABELLE ROCHA
Bacharel em Direito

JULIANA LOPES GERALDO
Bacharel em Direito

LUISA LOIO
Bacharel em Direito

SIDNEY GUERRA
Pós-doutor em Direito

SIMONE CAMPOS DE ABREU
Bacharel em Direito

SUMÁRIO

16 - 62

Artigo

**O DIREITO PROCESSUAL
CIVIL CONTEMPORÂNEO:
UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES
DA AÇÃO À LUZ DO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL DE 2015
– EVOLUÇÃO, EXISTÊNCIA E
CONSEQUÊNCIAS**

CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURAL LAW: AN ANALYSIS OF THE
ACTION IN THE LIGHT OF THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE

FELIPE ANTÔNIO DA SILVA

63 - 72

Artigo

**A COMPATIBILIDADE DA TEORIA
DE JUSTIÇA RESTAURATIVA COM A
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
BRASILEIRO**

THE COMPATIBILITY OF THE THEORY OF RESTORATIVE JUSTICE
WITH THE ROLE OF THE BRAZILIAN PROSECUTION OFFICE

ESDRAS NEEMIAS FREITAS GAVIÃO

DANIELLE DE GUIMARÃES GERMANO ARLÉ

73 - 93

Artigo

**ENTRE A PROTEÇÃO DA DEFESA
E A BUSCA DA VERDADE:
O DILEMA DO DIREITO AO
SILÊNCIO SELETIVO NO
INTERROGATÓRIO DO RÉU**

BETWEEN THE PROTECTION OF THE DEFENSE AND THE SEARCH
FOR THE TRUTH: THE DILEMMA OF THE RIGHT TO SELECTIVE
SILENCE IN THE DEFENDANT'S INTERROGATORY

SIMONE CAMPOS DE ABREU

94 - 121
Artigo

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A
FUNÇÃO DA PENA E SUA
REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO**

THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM:
CONSIDERATIONS ON THE FUNCTION OF THE PENALTY
AND ITS REPERCUSSION IN THE LEGAL WORLD

DAIANE RIOGA VIANA FERREIRA

122 - 160
Artigo

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL: A CONSTITUCIONALIDADE
DA CONFISSÃO FORMAL COMO
REQUISITO NECESSÁRIO
PARA A SUA CELEBRAÇÃO**

NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT:
THE CONSTITUTIONALITY OF THE FORMAL CONFESSION
AS A NECESSARY REQUIREMENT FOR ITS CELEBRATION

JULIANA LOPES GERALDO
JHENNIFER ISABELLE ROCHA

161 - 180
Artigo

**A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO
NORMATIVO E OS LIMITES DA
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

THE INTERPRETATION OF THE NORMATIVE TEXT AND THE LIMITS
OF CONSTITUTIONAL MUTATION

GABRIELLA CAINELLI

181 - 197
Artigo

**O DIREITO INTERNACIONAL
PÚBLICO E A GOVERNANÇA
GLOBAL CLIMÁTICA**

PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND GLOBAL CLIMATE GOVERNANCE

SIDNEY GUERRA

LUISA LOIO

198 - 209

NORMAS DE SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO

16 - 62

Artigo

**O DIREITO PROCESSUAL CIVIL
CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE
DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015 – EVOLUÇÃO, EXISTÊNCIA E
CONSEQUÊNCIAS**

FELIPE ANTÔNIO DA SILVA

O DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – EVOLUÇÃO, EXISTÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS

CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURAL LAW: AN ANALYSIS OF THE ACTION
IN THE LIGHT OF THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE

FELIPE ANTÔNIO DA SILVA

Advogado

Cento Universitário UniHorizontes, Belo Horizonte/Brasil

felipee.asilva@gmail.com

RESUMO: O presente artigo buscou estudar a evolução do direito de ação e suas condições até o implemento do Código de Processo Civil de 2015. Tem-se que o estudo da ação passou por diversas mudanças no decorrer dos anos, surgindo dúvidas e questionamentos sobre sua autonomia e aplicabilidade. O CPC/15, diferentemente de seu antecessor de 1973, deixou de contemplar a expressão “condições da ação” – unicamente trazendo em seu artigo 17 que para postular em juízo é necessário interesse e legitimidade –, bem como deixou de fazer referência à possibilidade jurídica do pedido, que era uma condição da ação autônoma no CPC anterior. Com isso, esta pesquisa teve como objetivo verificar qual é a fase contemporânea do processo civil, levando em consideração diversos autores e seus ideais, bem como as consequências teóricas e práticas da aplicação de cada uma das teorias da ação, revelando desdobramentos relevantes somente cognoscíveis após profunda análise de suas implicações. Ao final, chegou-se à conclusão de que a teoria eclética cunhada por Liebman, temperada com a tese da asserção de Watanebe, apresenta os melhores resultados no processo atual.

PALAVRAS-CHAVE: Condições da ação; possibilidade jurídica do pedido; teorias da ação; Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This article sought to study the evolution of the right of action and its conditions until the implementation of the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure (CPC). The study of action has undergone several changes over the years, resulting in doubts and questions being raised about its autonomy and applicability. CPC/15, unlike its 1973 predecessor, no longer includes the expression “cause of actions” – stating only on article 17 that interest and legitimacy are necessary to postulate in court –, neither makes reference to the legal possibility of request, which was a condition of autonomous action in the previous CPC. Therefore, this research aimed to verify the contemporary phase of the civil process, taking into account different authors and their ideals, as well as the theoretical and practical consequences of the application of each theory of action, revealing relevant developments only knowable after in-depth analysis of its implications. In the end, it was concluded that the eclectic theory coined by Liebman, tempered with the thesis of Watanebe’s assertion, presents the best results in the current process.

KEYWORDS: Cause of action; legal possibility of request; theories of action; Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ação. 2.1. Atipicidade das ações. 2.2. Teorias sobre o direito de ação. 2.2.1. Teoria imanentista. 2.2.2. Ação como direito autônomo e concreto (teoria do direito concreto de ação). 2.2.3. A doutrina de Chiovenda. 2.2.4. Ação como direito público subjetivo, autônomo e abstrato. 2.2.5. A teoria eclética do direito de ação de Liebman. 2.2.6. A teoria da asserção – teoria *della prospettazione*. 2.2.7. Elio Fazzalari – um novo conceito de ação. 3. As condições da ação. 3.1. Interesse de agir. 3.2. Legitimidade ad causam. 3.3. O debate acerca da possibilidade jurídica do pedido e a supressão da ex-

pressão “condições da ação” do Código de Processo Civil de 2015. 4. Elementos da ação (ou elementos identificadores da ação). 4.1. Finalidade prática – coisa julgada ou litispendência (identificação total) e conexão ou continência (identificação parcial). 4.1.1. Coisa julgada. 4.1.2. Litispendência. 4.1.3. Conexão. 4.1.4. Continência. 4.2. Espécies de elementos da ação. 4.2.1. Partes. 4.2.2. Pedido. 4.2.2.1. Teoria dos pedidos implícitos. 4.2.3. Causa de pedir. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Em se tratando da ciência processual contemporânea, verifica-se que diversas foram as evoluções promovidas em seu estudo com o passar dos anos, conforme se verá adiante. Por intermédio do estudo de diversos processualistas, o direito processual consagrou-se independente frente ao direito material, ganhando autonomia e passando a ser tratado individualmente.

O Código de Processo Civil de 1973, alinhado a um viés pouco pragmático do processo, consagrou a teoria das “condições da ação” cunhada por Liebman, italiano refugiado no Brasil durante a Segunda Guerra Mundial, segundo a qual, para análise do mérito da *lide*, o magistrado deve verificar a presença de três requisitos, a saber: o interesse de agir, a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido.

Ocorre que o CPC/15, que detém uma visão mais prática do processo enquanto ciência, não seguiu a linha de seu antecessor, inovando ao dar novos moldes àquelas que antes eram conhecidas como “condições da ação”. A legislação atual não utiliza esse termo, tampouco faz referência à possibilidade jurídica do pedido.

Com isso, surgiram várias teorias para explicar as condições da ação no Código de Processo Civil atual. Alguns doutrinadores entendem que, como não mais há referência ao termo e nem mesmo à possibilidade jurídica do pedido, esses institutos deixaram de existir. Assim sendo, não haveria mais condições para o exercício do direito de ação. Essa primeira corrente retorna às bases nas teorias do alemão Degenkolb.

Por outro lado, existem processualistas que advogam no sentido da existência das condições da ação, ainda que essas não estejam mais positivas, e, quanto à possibilidade jurídica do pedido, entendem que esta passou a integrar o interesse de agir, deixando de ser uma condição da ação autônoma.

Por fim, há quem entenda que as condições da ação continuam existindo normalmente, excetuando-se a possibilidade jurídica do pedido, que passou a integrar o mérito da demanda. Essa última corrente foi a defendida por Liebman e é a ela que nós nos filiamos, pois, como se verá adiante, em uma análise real, é a teoria que melhor apresenta resultados.

O presente trabalho tem como objetivo estudar a evolução da ação desde o sistema romano até os dias atuais, a fim de verificar a continuidade ou não das condições da ação na sistemática processual vigente, sendo certo que a adoção de cada uma das teorias acerca da ação leva a diferentes conclusões e consequências processuais, que serão estudadas ao longo deste artigo.

O objetivo deste trabalho é concluir qual das teorias acerca do direito de ação melhor se encaixa no processo civil atual, analisando suas consequências, falhas e possibilidades. Ao final, estarão demonstrados os problemas ocasionados pela adoção de determinadas teorias da ação, confirmando-se que apenas uma delas leva a conclusões lógicas possíveis em termos jurídico-processuais.

2. Ação

Inicialmente, deve-se compreender o instituto da ação e sua evolução enquanto ramo de uma ciência que é o direito processual.

Com berço no direito romano, a ação somente fazia sentido se analisada sob o prisma do direito material, devendo ser exercida unicamente contra o réu. Aquele que possuía uma pretensão era

detentor da *actio* contra o demandado. Até meados do século XIX, inexistia distinção entre ação e direito material (Ribeiro, 2011).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 159):

A doutrina recorria a conhecidas definições romanistas, com a de Celso, que dizia que “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido” (*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*). Na Itália e na França a doutrina admitia a perfeição do ditado de Celso, limitando-se alguns a colocar o dedo sobre a expressão “o que lhe é devido” (*quod sibi debetur*) para advertir a necessidade da sua complementação com “ou o que é seu” (*vel quod suum est*) [...] deixando claro que a definição abrangia também os direitos reais.

De matriz constitucional (art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988), a ação pode ser conceituada, atualmente, como o direito público subjetivo e abstrato de requerer ao Estado-juiz, ou quem lhe faça as vezes, a tutela jurisdicional (Bastos, 2018).

Permeado pelo princípio da inércia, o Estado somente se movimentará quando provocado, em regra. Essa provocação ocorre mediante o exercício do direito de ação (ou de petição). Nessa senda, é necessário diferenciar a ação de direito material da ação de direito processual. A ação de direito material se releva por intermédio da autotutela, exceção no nosso ordenamento jurídico, autorizada quando não há necessidade de pedir proteção ao Estado, de forma que o próprio indivíduo age em sua proteção. Um exemplo de ação de direito material pode ser retirado do art. 1.210, §1º do Código Civil, também conhecido como desforço imediato da posse:

Art. 1.210, §1º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Por outro lado, o direito de ação processual é aquele cuja faculdade atribuída ao titular do direito para que, mediante provocação, ele exerça seu direito constitucional de provocar a jurisdição na defesa de seus direitos perante terceiros (Bastos, 2018).

Segundo a lição dos professores Antonio Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco (1996, p. 250), ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional. Ante a inércia natural do Poder Judiciário, por intermédio do direito de ação, provoca-se o exercício da jurisdição, que, por consequente, manifesta-se por intermédio do complexo de atos tecnicamente interligados que é o processo.

Conforme se verá adiante, constitui relevante conquista para a ciência processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação frente ao direito material, visto que seu não reconhecimento poderia levar a paradoxos e situações jurídicas tecnicamente impossíveis.

Importantes reflexões advêm da problemática trazida pela interpretação equivocada do direito de ação. A problemática do presente trabalho reside nas diversas consequências prejudiciais à ciência processual quando da adoção de uma visão contraproducente da ação. Para que seja compreendida corretamente a ação e tecida uma linha lógica adequada de sua interpretação, é necessário fazer alguns apontamentos relevantes.

2.1. Atipicidade das ações

É de praxe no meio jurídico que as petições iniciais possuam títulos identificadores, como, por exemplo, Ação de Divórcio; Ação de Alimentos, Ação de Usucapião. Entretanto, a ação não possui nome. Por óbvio, não há vício algum em identificar o procedimento por um título, mas isso é irrelevante para identificar tecnicamente a ação, posto que ela é identificada por seus elementos, quais sejam partes, pedido e causa de pedir (Gajardoni, 2022).

O costume de “nomear” a ação remete ao período formulário do direito romano. Nesse período, o Estado nomeava um pretor para que julgasse as lides que eventualmente surgissem. Anualmente, o pretor editava uma lista de ações (*leges actiones*) que ele aceitaria no corrente ano (Gajardoni, 2022). Caso o cidadão não conseguisse incluir suas pretensões entre aquelas listadas, não poderia exercer o seu direito de ação.

Ainda nessa evolução foi que surgiu o princípio da irrelevância do nome da ação (*juris novit curia e mihi factum dabo tibi juis*), que se traduz na ideia de que o julgador não está vinculado ao título atribuído à demanda, devendo debruçar-se sobre as partes, o pedido e a causa de pedir. Parte-se do pressuposto de que o juiz conhece o direito, de forma que a narrativa jurídica feita na inicial é irrelevante frente a narrativa fática.

Portanto, não há que se falar em nome da ação, pois esta é identificada pelas partes, pedido e causa de pedir, não pelo seu título. Para os fins do nosso estudo, verifica-se que, até hoje, algumas noções antigas do direito romano acompanham os nossos costumes jurídicos. Tal fato é relevante para entendermos o porquê de alguns doutrinadores ainda se prenderem a determinadas concepções clássicas. Passemos ao estudo da evolução teórica e doutrinária do direito de ação.

2.2. Teorias sobre o direito de ação

Através dos anos a natureza jurídica do direito de ação foi interpretada de diferentes formas, por diferentes processualistas de diferentes vertentes. Daí surgiram várias teorias para tentar explicar como o direito de ação se manifesta. Algumas ainda têm como ponto de partida o ideal romano-germânico de ação, conforme veremos. Essas teorias clássicas possuem pouca aplicação prática, já que não se prestam a explicar alguns fenômenos jurídicos, mas são relevantes para entendermos o estado atual da ciência processual.

2.2.1 Teoria imanentista

Também conhecida como teoria clássica ou civilista, a teoria imanentista remonta à conceituação romana de Celso, pela qual a ação era o direito de pedir, em juízo, o que nos é devido (*ius quod sibi debeatur in iudicio perseguendi*) (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996).

Conforme explicam Antonio Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco (1996, p. 250), durante séculos o direito de ação ficou substanciado no direito material, sendo a ação e o processo meros capítulos do direito material. A Escola Clássica, ou Imanentista, entendia o direito de ação como uma mera qualidade de todo direito (ou do próprio direito) reagindo a uma violação.

Explicam, ainda, que esse conceito foi dominante por muito tempo, pois dele resultavam três consequências inevitáveis: não há ação sem direito, não há direito sem ação e a ação segue a natureza do direito. Portanto, direito material e direito de ação eram tratados como se sinônimos fossem.

Os defensores dessa teoria afirmam que o direito de ação é exercido contra seu adversário, não contra o Estado. Portanto, o processo seria apenas um simples procedimento, um conjunto de atos que buscam um determinado fim (Neves, 2021a, p. 224).

Ressalta-se que a ação, para a teoria imanentista, detinha o mesmo nome atribuído ao direito material, nos termos do período formulário do direito romano, pois a ação correspondia, necessariamente, a um direito material. Não existia, portanto, autonomia da ação frente ao direito material (Chaves, 2019, p. 228).

Esta teoria teve como seu principal expoente Savigny. No Brasil, foi adotada por Bevilacqua e João Monteiro (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 250).

O problema desta teoria é que ela não serve para explicar a questão das ações meramente declaratórias e daquelas julgadas improcedentes, tendo em vista que parte do pressuposto de que a ação nada mais é do que o direito material devido ao titular, ou seja, caso o autor não tenha o direito material (sentença improcedente), não terá exercido o direito de ação (Bastos, 2018).

Essa divergência chegou a ser debatida na Alemanha por Muther e Windscheid, processualistas da época. Ao final, Windscheid aceitou parcialmente as ideias de Muther acerca da natureza do direito de ação e sua distinção. Após isso, surgiram outras teorias que passaram a enxergar o direito material e o direito de ação como duas classes diferentes (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 250).

Tem-se, portanto, a clara incompatibilidade da teoria em epígrafe com a ideia contemporânea de processo, que tem como principal pressuposto a separação do direito material do processual.

2.2.2. Ação como direito autônomo e concreto (teoria do direito concreto de ação)

Foi Adolf Wach o precursor da teoria do direito concreto da ação, ainda na Alemanha. Por essa teoria, o direito de ação é um direito autônomo, que não necessariamente faz referência ao direito material violado ou ameaçado, conforme demonstrado nas ações meramente declaratórias (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 251).

É um direito a ser exercido contra o Estado, pois busca exigir proteção jurídica, mas também é exercido contra o adversário processual, do qual se exige a sujeição (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 251).

Todavia, o direito de ação somente será exercido quando da prolação de uma sentença de mérito favorável. Ou seja, ante uma sentença de improcedência, não haveria sido exercido o direito

de ação. Por assim dizer, o direito de ação era concreto, somente exercido quando existente, no caso concreto, o direito subjetivo (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 251).

Embora tenha tido o mérito de demonstrar que a ação processual não se confundia com o direito subjetivo, uma vez que havia a possibilidade de existir uma ação a qual não fosse correspondente nenhum direito material (ação declaratória), incorreu no mesmo erro da teoria civilista, pois não conseguiu explicar a ação julgada improcedente, ao passo que o juiz teria exercido a jurisdição, prolatando sentença de mérito, mas não no sentido de proteger o direito material em debate (Bastos, 2018).

Portanto, a teoria do direito concreto da ação não consegue responder aos seguintes questionamentos:

a) Nos casos em que haja sentença de improcedência, declarando a inexistência do direito material alegado pelo autor e resolvendo o mérito em desfavor do autor, não teria este exercido o direito de ação?

b) Nos casos em que haja sentença de procedência na ação declaratória negativa, declarando a inexistência do direito material do autor, não teria este exercido o direito de ação?

Chiovenda filiou-se a esta teoria quando da construção da ação como direito potestativo em 1903, que intitulou “*L'azione nel sistema dei diritti*”, segundo o professor Charley Chaves (2019, p. 222).

O italiano afirmava que a ação não é direcionada contra o Estado, mas apenas contra seu adversário. Nesse sentido, Chiovenda entendia que a ação não é um direito subjetivo público, por não ser utilizado contra o Estado, sendo, contudo, autônoma em relação ao direito material (Chaves, 2019, p. 223).

Por não apresentar resultados adequados, a teoria concreta da ação não se mostra razoável em termos práticos, devendo ser afastada.

2.2.3. A doutrina de Chiovenda

Chiovenda, por sua vez avançando nos estudos da ação, propõe que esta é exercida contra o Estado, objetivando sujeitar o demandado ao exercício da jurisdição. Nesse sentido, a ação teria características do direito potestativo (Ribeiro, 2011).

A ação, portanto, busca sujeitar a parte adversa aos efeitos produzidos por uma sentença de procedência, conforme explica Marinoni (2008, p. 167):

Segundo Chiovenda, somente é investido da ação aquele cuja demanda é acolhida. Portanto, a ação é um poder em face do adversário que depende de uma sentença favorável, isto é, que necessita de uma sentença que declare a vontade da lei, uma vez que é dela que serão projetados efeitos jurídicos.

Ao discorrer sobre o debate acerca da autonomia do direito de ação, Chiovenda se filia ao entendimento firmando por Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 269):

A ação configura o poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei. Exaure-se com seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada pode fazer a fim de evitar tal efeito.

Para além disso, o direito de ação seria autônomo, independente do direito material, mas não se trataria de um direito público, nem mesmo subjetivo (Ribeiro, 2011).

Nesse sentido, como desdobramento da teoria do direito concreto de ação, Chiovenda defendia que o direito de ação não seria um direito público, ou seja, um direito a ser exercido contra o Estado, sendo exercido apenas frente ao demandado, que ficaria sujeito aos efeitos da sentença derivada do exercício do direito de ação pelo autor.

Se comparada com suas antecessoras, a teoria de Chiovenda demonstra uma evolução considerável na doutrina processual. Todavia, deixa a desejar quando afasta da ação a característica de direito público subjetivo, que a ela é imanente, conforme se demonstrará nos tópicos a seguir.

2.2.4. Teoria da ação como direito público subjetivo, autônomo e abstrato

Desenvolvida pelo Alemão Degenkolb em sua obra *Einlassungszwang und Urteilmorm* (Ingresso Forçado em Juízo e Norma Judicial), a teoria da ação como direito abstrato de agir antecede até mesmo a doutrina de Chiovenda (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 252).

Esta teoria afirma que o direito de ação independe da efetiva existência do direito material em debate, ou seja, ainda que a sentença negue a pretensão inicial do autor, o direito de ação terá sido exercido. Esta teoria apresenta uma grande evolução em comparação às anteriores, não apenas por entender o direito de ação como independente, mas por conferir a ele a característica de direito público.

A teoria abstrata do direito de ação vai além de suas antecessoras ao afirmar a independência entre o direito material e o direito de ação.

Seus defensores afirmam que o direito de ação é abstrato, genérico, amplo e incondicionado, não existindo quaisquer requisitos a serem preenchidos para sua existência (Neves, 2021a, p. 125). Não existem, portanto, condições da ação, tampouco elas poderiam ser analisadas somente sob o prisma do direito material – que, para esta teoria, é irrelevante para a existência do direito de ação, não fazendo sentido pensar em uma “carência da ação”.

Conforme explica Daniel Neves (2021a, p. 128), as consequências desta teoria são extremamente relevantes:

[...] ao entender que toda sentença de carência de ação é na realidade uma sentença de mérito (art. 487, I, do CPC), após o trânsito em julgado essa sentença estará protegida pelo fenômeno da coisa julgada material, o que não ocorre com a sentença terminativa fundada em carência da ação (art. 485, VI, do CPC). Para alguns doutrinadores, essa tese, além de ser academicamente a mais correta, é a mais condizente com o princípio da economia processual, ao evitar a repropositura de demandas cuja pretensão do autor já foi rejeitada.

O italiano Rocco defendeu esta teoria em seu país, explicando-a de forma própria, conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarca (1996, p. 252):

Quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados, surge um outro interesse, que é o interesse à tutela daqueles pelo Estado. Assim, o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal e o interesse à tutela deste, por parte do Estado, é o interesse secundário. Para que configure o direito de ação é suficiente que o indivíduo se refira a um interesse primário, juridicamente protegido; tal direito de ação é exercido contra o Estado.

A partir desta teoria, processualistas da época desenvolveram seus próprios estudos. O italiano Carnelutti, por exemplo, entendia a ação como um direito abstrato, de natureza pública, porém, exercido contra o juiz, não contra o Estado (Cintra; Grinover; Dinamarca, 1996, p. 252).

Embora represente um salto no estudo do processo, a teoria em questão peca ao negar a existência das condições da ação, que, já à luz do CPC/73, existia no sistema processual pátrio. Há uma respeitável doutrina que afirma que o Código de Processo Civil

tenha adotado a teoria em questão ao retirar a expressão “condições da ação” de seu corpo. Tal argumento não merece prosperar e cai por terra quando analisado sob a óptica do art. 17 do novo CPC e da utilização de uma interpretação sistemática da legislação processual.

2.2.5. A teoria eclética do direito de ação de Liebman

Enrico Tulio Liebman, italiano que permaneceu no Brasil durante o período da Segunda Guerra Mundial, foi um dos responsáveis pela evolução da técnica processual brasileira (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 253).

Crítico da teoria abstrata do direito de ação, Liebman entendia como exacerbada a abstração proposta por Degenkolb. O italiano defendia que, embora autônomo ante o direito material, o direito de ação possuía conexão com ele. Dessa forma, formulou um filtro prévio ao processo, denominado “condições da ação” (Chaves, 2019, p. 227).

Inicialmente, Liebman propôs três condições da ação: interesse de agir, legitimidade de agir (legitimidade *ad causam*) e possibilidade jurídica do pedido. Entretanto, a partir da terceira edição de seu manual, suprimiu a última condição (Chaves, 2019, p. 227).

Liebman desenvolveu, então, a teoria eclética do direito de ação. O autor define o instituto como um direito subjetivo instrumental. Conforme explicam Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 253):

O Autor a define como direito subjetivo instrumental - e, mais do que um direito, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do *status civitatis*), em sua extrema

abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável.

Os entendimentos de Liebman gozam de prestígio na doutrina processual pátria, pois consideram as condições da Ação o verdadeiro elo entre a ação e o direito material (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 253).

Buscando uma separação entre a ação processual e ação incondicionada como garantia constitucional, Liebman definiu que a ação como garantia constitucional é “o poder de agir em juízo e reconhecido a todos”, independente do direito material, sendo instrumento para “dar justiça a quem a pedir, e por isso uma das regras fundamentais de nosso ordenamento constitucional assegura a todos a possibilidade de levar-lhes a sua pretensão a obtê-la” (Liebman, 2005, p. 150).

Verificando o magistrado a ausência de qualquer uma das condições da ação, haverá impedimento para o julgamento de mérito. Dar-se-á o nome “carência da ação”. Portanto, ocorrerá a extinção do processo sem resolução do mérito, visto que a demanda não resistiu aos filtros impostos (condições da ação) (Chaves, 2019, p. 227).

Pela teoria eclética, as condições da ação não possuem relação com a existência da ação, mas sim com seu exercício regular, de forma que caberia, inclusive, prova em sentido contrário (Ribeiro, 2011).

Todavia, a teoria eclética sofre fortes críticas. Kazuo Watanabe (1987, p. 91) discorre:

A procedência dessas críticas está na dependência da adoção, pelos defensores da teoria eclética, dos seguintes pontos: a) as condições da ação são pressupostos para a existência da ação e, à falta

de qualquer delas, inexistirá o direito de ação e por isso, quando o juiz pronuncia a “carência da ação”, nem mesmo haverá processo, mas mero fato, e o juiz não terá exercido função jurisdicional; b) as condições da ação devem ser aferidas segundo o que vier a ser comprovado no processo, após o exame das provas, e não apenas tendo-se em consideração a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (*in statu assertionis*), com abstração, pois aquela posição levaria às condições da ação concreta, ligadas à situação de fato efetivamente existente e evidenciadas através das provas, e não apenas afirmadas e consideradas em abstrato.

Embora minoritárias, algumas críticas à teoria da eclética ficam raízes na ideia de que as condições da ação precisam ser provadas, para que, somente assim, funcionem como requisitos da existência da própria ação. Essa ideia perpassa pela corrente concretista, pois leva a termo que somente tem direito de ação aquele que recebe uma sentença de procedência (Ribeiro, 2011).

Outra parte da doutrina também faz críticas porque a sentença que extingue o processo por carência da ação também é uma resposta do Estado-juiz ao exercício de um direito pelo autor. Portanto, caberia à teoria eclética explicar qual direito foi esse exercido. Num primeiro momento, tenta-se diferenciar o direito de ação do direito de petição, afirmando que o primeiro seria um direito de obter uma sentença de mérito, que depende de determinados requisitos, enquanto o segundo seria o direito de obtenção de uma manifestação do poder público, como do Judiciário, sendo amplo, genérico e incondicional.

A corrente abstrativista (ou assertivista) nos parece mais acertada, visto que, caso o autor tenha sua pretensão indeferida (não possua o direito material), ainda assim teria exercido o direito de ação, pois são direitos autônomos e independentes. Ressalva-se, contudo, que na hipótese de o magistrado ter de deslocar sua cognição para além dos fatos narrados na inicial a fim de verificar a existência ou não das condições da ação, ter-se-ia adentrado o mérito da demanda, havendo, portanto, o exercício da jurisdição (teoria da asserção).

Alexandre de Freitas Câmara (2008, p. 111) discorre:

Há que se afirmar que a teoria eclética, embora permaneça dominante, sofreu algumas alterações ao longo do tempo que a fizeram se distanciar da concepção original formulada por Liebman. Assim é que alguns autores mais modernos afirmam que as “condições da ação” não são requisitos de existência daquele direito, mas sim do seu legítimo exercício. Afirmam esses autores que o direito de ação, como qualquer posição jurídica de vantagem, pode ser exercido de forma legítima ou de forma abusiva. As “condições da ação” seriam, então, os requisitos do legítimo exercício da ação, e a “carência de ação” deverá ser vista não mais como “inexistência”, mas como “abuso” do direito de ação.

Nesse sentido, as condições da ação não seriam pré-requisitos do direito de ação, mas seus balizadores de razoabilidade. Portanto, seria ilógico que a suposta ausência de uma condição da ação fosse capaz de levar a uma sentença terminativa, pois poderia o autor ingressar novamente com uma demanda acerca de um direito que ele não possui (Ribeiro, 2011).

Os defensores desta teoria entendem que as condições da ação são matéria de ordem pública, não havendo preclusão, podendo ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mediante cognição sumária ou exauriente, devendo o magistrado extinguir o processo sem resolução do mérito por carência da ação (Neves, 2021a, p. 126).

Adotamos o entendimento de que o Código de Processo Civil de 2015 acolheu a teoria eclética, ao dispor:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Nesse sentido, a teoria eclética se consagra vencedora entre as anteriores por abarcar as conceituações clássicas da ação como direito público, subjetivo, autônomo e relativamente independente, impondo filtros ao seu exercício. E é nesse sentido que surge debate sobre qual é o momento adequado para aferição da presença ou ausência das condições da ação no processo. Sendo que comungamos do entendimento de Liebman, defendemos a aplicação temperada em conjunto com a teoria da asserção.

2.2.6. A teoria da asserção – teoria *della prospettazione*

É a teoria adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Frente a esse debate, buscou-se alterar o momento da cognição das Condições da Ação para o primeiro contato do magistrado com a inicial. Portanto, o juiz deve analisar, de forma abstrata, as condições da ação à luz do alegado na inicial, tomando como verídicos os fatos narrados. Nesse primeiro momento, não vislumbrando o magistrado a ausência das condições da ação, determinando a citação da parte adversa e vindo aos autos alegação acerca da ausência de alguma das condições da ação, a decisão que será proferida será de mérito (improcedência) e não terminativa (extinção do processo).

Para a teoria da asserção, caso seja possível que o juiz conheça, mediante cognição sumária, a ausência de alguma das condições da ação, deverá proferir sentença terminativa, evitando que se dê continuidade a uma demanda fadada ao insucesso. Funda-se na economia processual. Nesse ponto, a teoria da asserção e a teoria eclética não possuem diferenças (Neves, 2021a, p. 128).

Já com a teoria abstrata pura, a teoria da asserção guarda relação, uma vez que o juiz, necessitando adentrar em questões que vão além do alegado na inicial, terá adentrado o mérito, portanto, deverá proferir uma sentença de improcedência (Neves, 2021a, p. 128).

Todavia, como as condições da ação perdem a natureza de “condição” após a citação da parte, passam a ser “mérito”, afastam-se da natureza de ordem pública e ficam sujeitas à preclusão, inclusive pelo próprio juízo (preclusão *pro judicato*) (Neves, 2021a, p. 128).

Watanabe (1987, p. 121), em comentários feitos sobre o trabalho do prof. Machado Guimarães (*A Instância e a Relação Processual*), afirma:

Deve o juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor – sivera sint exposita – apreciar preliminarmente a existência das condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor da ação; só em seguida apreciará o mérito principal, isto é, a procedência ou improcedência da ação.

Em trabalho posterior, Liebman (*apud* Watanabe, 1987, p. 121) ensina que

todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da constatação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já é um problema de mérito.

Portanto, o debate finca raízes no momento de verificação das condições da ação (ou das condições para o julgamento do mérito da demanda). Devem as condições da ação ser analisadas nos termos da inicial (*in statu assertionis*), ou à luz das provas da alegação?

Comungamos do entendimento do Prof. Watanabe. Ao menos provisoriamente, deve ser tido como verdade o narrado na inicial pelo autor. Caso haja a superveniência de fato que infirme o alegado, a decisão será de mérito.

Nesse sentido:

O exame das condições da ação deve ser feito “com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*”; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, “considera tal relação jurídica in *status asserionis*, ou seja, à vista do que se afirmou” raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, “como que admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória”, como preleciona Barbosa Moreira. (Watanabe, 1987, p. 121).

A teoria da asserção também não escapa de críticas. O Código de Processo Civil de 2015 (art. 485, VI) atribui à falta das condições da ação a extinção do processo sem resolução do mérito. Parte da doutrina não aceita a teoria da asserção (Ribeiro, 2011).

Freitas Câmara (2008, p. 111) leciona:

Divide-se a doutrina, sobre o tema, em duas grandes correntes. Uma primeira, liderada por Liebman, e que conta com a adesão, entre outros, de Dinamarco e de Orestes Nestor de Souza Laspro, considera que a presença das “condições da ação deve ser demonstrada, cabendo, inclusive, produzir provas para convencer o juiz de que as mesmas estão presentes. De outro lado, uma segunda teoria, chamada “teoria da asserção”, segundo a qual a verificação da presença das “condições da ação” se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo in *statu asserionis*, isto é, à vista do que se afirmou. Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. Defendem esta teoria, entre outros, Barbosa Moreira e Watanabe. Na mais moderna doutrina estrangeira, encontra-se adesão a esta teoria em Elio Fazzalari.

Em síntese, as críticas à teoria da asserção são em relação a) à legitimação de mentiras na inicial, b) à proximidade da verdade formal e não da material e c) à contradição à expressa disposição legal, uma vez que o art. 485, §3º, dispõe que ao magistrado é dada a possibilidade de conhecer de ofício da ausência das condições da ação, a qualquer tempo e grau de jurisdição, frente a sua natureza de interesse público.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas disposições que privilegiam a boa-fé processual, elevando esta, inclusive, ao status de princípio. As partes devem expor os fatos em juízo conforme a verdade, sendo este um dever legal imposto pelo art. 77, I. O art. 5º do CPC reafirma o dever de boa-fé das partes. A boa-fé decorrente das disposições processuais é objetiva, ou seja, prescinde de análise quanto ao ânimo da parte. Para além disso, ao tratar da responsabilidade das partes por dano processual, o CPC assevera que aquele que litigar de má-fé responderá por perdas e danos, sendo exemplo de litigância de má-fé aquele que altera a verdade dos fatos (inciso II) ou provoca incidente manifestamente infundado (inciso VI). Portanto, o próprio sistema processual instituiu meios de se evitar inverdades ou subterfúgios processuais. Além da sanção processual, há também a cominação de multa sobre o valor da causa. Nos parece suficiente às partes que pensam em adotar esse tipo de prática.

Parte da crítica alega que, neste caso, todos os pleitos deveriam ter pronunciamento de mérito, mas não é o que de fato ocorre. Se, à luz da inicial, de plano, o magistrado verificar a ausência das condições da ação, não julgará seu mérito (Ribeiro, 2011).

O Superior Tribunal de Justiça possui vários julgados adotando a teoria da asserção:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA. TEORIA DA ASSERÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO

FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE.

INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 e 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior adota a teoria da asserção, segundo a qual, a presença das condições da ação, dentre elas a legitimidade ativa, é apreciada à luz da narrativa contida na petição inicial, não se confundindo com o exame do direito material objeto da ação.

(AgInt no AREsp n. 520.790/PB, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 3/11/2022. Grifo nosso).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO E DIREITO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL INDENIZÁVEL E LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. REVER A CONCLUSÃO A QUE CHEGOU A CORTE DE ORIGEM DEMANDA O REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 7/STJ.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal é uníssona ao adotar “a teoria da asserção, segundo a qual a presença das condições da ação, entre elas a legitimidade ativa, é apreciada à luz da narrativa contida na petição inicial, não se confundindo com o exame do direito material objeto da ação” (AgInt no AREsp 948.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 03/11/2016. Grifo nosso).

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.048.161/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 13/12/2022. Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. EXAME. TEORIA DA ASSERÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. A análise sobre a presença das condições deve ser feita à luz da causa de pedir e dos fundamentos apresentados com a petição inicial (Teoria da Asserção).

(AgInt no AgRg no AREsp n. 115.031/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe de 19/9/2016. Grifo nosso).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. OMISSÃO. ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. ART. 267, VII, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. INÉPCIA DA INICIAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERTÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DENUNCIÇÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC/1973.

INADMISSIBILIDADE NO CASO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

4. As condições da ação, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, ou seja, à luz das afirmações deduzidas na inicial, sem a necessidade de uma investigação mais aprofundada das provas.

(AgInt no AREsp n. 410.544/SP, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 22/3/2018, DJe de 27/3/2018. Grifo nosso).

A Suprema Corte também detém julgados no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio adota a teoria da asserção:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. SÚMULA 279 DESTA CORTE. **4. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. A legitimidade para a causa, segundo a teoria da asserção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a verificação das condições da ação, é aferida conforme as afirmações feitas pelo autor na inicial.** Agravo de instrumento conhecido e não provido.” 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 713211 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 24-06-2013 PUBLIC 25-06-2013. Grifo nosso).

Quando realizada uma análise prática, verificamos que a teoria da asserção apresenta soluções satisfatórias, enquanto a teoria eclética não.

Tenhamos como exemplo uma demanda que tenha como objetivo a cobrança de uma dívida. “A” afirma que “B” é seu credor. À luz da inicial, o juiz conhece da relação jurídica de “A” e “B”, do título e do inadimplemento. Pela teoria da asserção, num primeiro momento, estão presentes as condições da ação, de forma que o magistrado poderá conhecer do mérito. Eventualmente, verificando a ausência de alguma das condições da ação, a decisão ainda será de mérito, declarado que “B” não deve a “A”. Portanto, a demanda será improcedente. “A” terá exercido o direito de ação e a decisão formará coisa julgada material. Por outro lado, sendo adeptos da teoria da apresentação, quando o juiz verificasse a ausência de alguma das condições da ação, deveria decidir de forma terminativa, extinguindo o processo sem resolução do mérito, decisão que não estaria acobertada pelos efeitos da coisa julgada.

Em conclusão, a teoria da asserção tanto serve como complemento à teoria eclética quanto pode ser aplicada, em tese, individualmente, pois, frente às demais teorias antes estudadas, é capaz de fornecer soluções a problemas teóricos e práticos que as outras não apresentam.

Com o passar dos anos, alguns doutrinadores tentaram desenvolver uma nova ideia de ação. Vejamos.

2.2.7. Elio Fazzalari – um novo conceito de ação

Para além das teorias abordadas, Fazzalari apresenta um novo conceito de ação, utilizando como marco a teoria da legitimação para agir pertencente à teoria geral do direito (Chaves, 2019, p. 228).

Para Fazzalari, a legitimação deverá ser aferida pelo provimento. Portanto, trata ação como um direito ao provimento (Chaves, 2019, p. 229).

A teoria subdivide-se em dois aspectos: a) situação legitimante e b) situação legitimada. A primeira busca identificar quem atuará no processo e como poderá ser atingido por ele. “Pode ser vislumbrada como uma situação constituída perante a qual um poder, uma faculdade ou um dever é conferido a um sujeito, permitindo-se, desta feita, identificar quem poderá atuar no processo” (Gonçalves, 2021).

Já a situação legitimada é posterior à definição das partes. Ou seja, uma vez identificados os sujeitos, por intermédio da sua situação legitimante, nascem os poderes, deveres e faculdades do sujeito individualizado, que terá legitimidade para agir (legitimação para o processo), atuando no processo em contraditório até o final (Chaves, 2019, p. 229).

Fazzalari defende que todos possuem legitimação para agir no processo (réu, autor, interveniente, juiz, serventuário, Ministério Público). Portanto, a ação pode ser definida como uma situação subjetiva composta, que, analisada sob o aspecto de uma posição subjetiva, compreende uma série de poderes, deveres e faculdades que cada parte possui ao longo do processo, até a produção do provimento final (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 256).

Para mais, ressalta-se que para Fazzalari a legitimação é sempre ativa (autor e réu). Assim sendo, não é correto falar em “legitimação passiva das partes”; somente se analisarmos sob o foco do provimento final (sentença) é que poderemos verificar quem sofrerá seus efeitos (Chaves, 2019, p. 230).

Esse novo conceito de ação carece de força doutrinária e parece que não possui perspectivas de prosperar.

3. As condições da ação

Com fundamento na teoria eclética, Liebman desenvolveu as condições da ação, que são o filtro exercido sob a ação para o provimento meritório pelo Poder Judiciário. Ainda que haja a carência da ação, ou seja, ainda que ausentes as condições da ação, haverá o exercício da jurisdição (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 259).

O Código de Processo Civil de 2015 inovou frente ao seu antecessor, retirando a “possibilidade jurídica do pedido” e a própria expressão “condição da ação” de seu corpo. Essa inovação não se trata de uma surpresa, visto que Liebman na última edição de seu livro já entendia como condição da ação apenas a legitimidade e o interesse de agir.

O art. 3º do CPC/73 dispunha que “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe em seu art. 17 que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Como vemos, o CPC/15 não dispõe de forma categórica sobre as condições da ação, mas faz referência a elas em seu art. 17. Com isso, debates surgiram sobre a manutenção ou não do instituto no processo contemporâneo à luz da nova legislação.

O debate acerca da existência ou não das condições da ação é relevante, uma vez que pode causar retrocessos a depender da interpretação. Em tópicos anteriores, ficou demonstrado que a independência do direito de ação do direito material foi uma vitória conquistada com grande esforço pela ciência processual. Nesse sentido, entender pela inexistência das condições da ação seria trazer de volta institutos jurídicos que já foram superados. A título de exemplo, caso não existissem condições da ação, o direito de ação seria nos termos dos estudos de Degenkolb, o que levaria processos que antes seriam extintos sem resolução do

mérito, não estando acobertados pelos efeitos da coisa julgada, a serem julgados improcedentes, fazendo com que o juiz adentrasse o mérito da questão. Tal linha de raciocínio é perigosa e juridicamente paradoxal, pois leva a consequências indesejáveis.

A doutrina contemporânea entende que são duas as condições da ação: interesse de agir e legitimidade *ad causam*. Quanto à possibilidade jurídica do pedido, analisaremos em momento oportuno.

3.1. Interesse de agir

Se traduz na ideia de que, embora o Estado possua interesse em exercer a função jurisdicional, visto a pacificação social decorrente de seu exercício (pelo menos em tese), para acionar o judiciário em busca da jurisdição é necessário que, da sua demanda, possa obter um resultado útil (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 260).

Conforme explicam os professores Cintra, Grinover e Dinamarco (p. 260):

Interesse de Agir – Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Portanto, compreende-se que o interesse de agir repousa sob o argumento de que demandas temerárias não serão aceitas, pois é desnecessária a intervenção estatal. No mesmo sentido a via eleita pelo requerente deve guardar correlação com o que se pede, repousando na devida adequação (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 260).

O binômio necessidade-adequação é utilizado para se referir ao interesse de agir. A “necessidade”, conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco, manifesta-se na “impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado”. A “necessidade” opera-se ou porque a parte adversa não concorda em satisfazer a pretensão do autor, já que é vedada a autotutela (em regra), ou porque há imposição legal (ações constitutivas necessárias) (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1996, p. 260).

A necessidade, então, consiste na indispensabilidade da intervenção estatal na solução da lide.

Charles Teixeira Chaves (2019, p. 258) discorre:

O interesse de agir repousaria na necessidade entre o solicitado (pedido) e atividade jurisdicional, não pode ser preexistente; enquanto a possibilidade jurídica aponta pela existência no ordenamento jurídico da providência pleiteada, apenas comprovável no curso do processo.

Por outro lado, a adequação refere-se à compatibilidade do pedido feito com a via eleita para se obter a prestação jurisdicional.

Parte da doutrina entende que o magistrado não deve indeferir a inicial sob a alegação da carência do interesse de agir, visto que esta é uma condição que deverá ser produzida frente ao contraditório, no decorrer do processo. Assim sendo, em respeito ao devido processo legal, a necessidade, a utilidade ou a adequação não poderão ser imanentes.

Portanto, ao magistrado não é dado o poder de impedir a instauração do procedimento alegando carência da ação por ausência do interesse de agir sem analisar o pedido à luz do devido processo legal (Chaves, 2019, p. 259).

Esta última posição nos parece mais adequada. O processo contemporâneo não deve assumir uma feição exacerbadamente formalista, que, embora não impeça, prolongue ou dificulte o acesso à justiça pelo cidadão. Assim sendo, dá-se ao processo uma forma de instrumento útil, cuja maior parte dos vícios pode ser sanada de forma endoprocessual, tornando mais difícil a extinção de processos sem resolução do mérito. Existem doutrinadores que defendem a existência de um princípio judicial chamado de “primazia do conhecimento do mérito”, segundo o qual o magistrado possui o dever de manejar todos os esforços necessários para que haja um julgamento de mérito. Reitera-se, portanto, a ideia de que “processo por processo, não funciona”, brocardo tão dito pelo professor Costa Machado. Todavia, não se pode olvidar que a aplicação irrestrita dessa posição em complemento da teoria da asserção do prof. Watanabe leva a algumas falhas, já que, caso o magistrado tenha que se aprofundar em algum elemento para verificar a ausência de alguma das condições da ação, elas passariam a integrar o mérito do pedido, o que levaria a uma sentença de mérito e não extintiva.

3.2. Legitimidade *ad causam*

Também conhecida como “legitimidade para agir”, a doutrina tradicional a conceitua como “a pertinência subjetiva da demanda, ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda” (Neves, 2021a, p. 135).

Ainda para a doutrina tradicional, compreende-se que serão legitimados para o processo aqueles que são titulares da relação jurídica material. Esta doutrina ainda faz sentido se analisada sob a óptica da legitimidade ordinária (Neves, 2021a, p. 135).

Inicialmente, cumpre diferenciar os institutos da legitimidade ordinária e da legitimidade extraordinária.

A legitimidade ordinária é a regra no nosso ordenamento jurídico, conforme art. 18 do CPC/15. Nesse sentido, “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Verifica-se a legitimidade ordinária quando o autor da demanda atua em juízo em nome próprio defendendo direito próprio. É a regra. “A” teve seu direito ferido por “B”, portanto, “A” ingressou em juízo contra “B”.

Em sentido diverso, a legitimidade extraordinária, ou “substituição processual”, se manifesta quando o autor ingressa em juízo em nome próprio na defesa de um direito que não lhe pertence ou que também lhe pertence. É exceção, ocorrendo apenas nas hipóteses previstas em lei. “A” teve seu direito ferido por “B”, entretanto, “C” ingressa em juízo na defesa do direito que pertence ao “A” (podendo ser também direito de “C”). Exemplo ocorre em casos de condomínios. “A”, “B” e “C” são donos de um condomínio. “D” invade o condomínio. Qualquer um dos donos possui legitimidade para ingressar em juízo na defesa do condomínio, direito que não pertence unicamente ao autor. A legitimidade extraordinária pode ser exclusiva ou concorrente. Na primeira, há apenas um legitimado, como é o caso da Lei nº 14.230, que, antes do julgamento das ADI’s 7042 e 7043 em 2022, conferia ao Ministério Público legitimidade exclusiva para a propositura da ação civil pública. No caso da legitimidade concorrente, vários são os legitimados para ingressar em juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, como é o caso da Defensoria Pública, do Ministério Público, da União, dos estados, dos municípios, do Distrito Federal e das associações autorizadas por lei a propor Ação Civil Pública.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 261) ensinam:

Legitimidade “Ad Causam” – ainda como desdobramento da idéia [sic] da utilidade do provimento jurisdicional pedido, te-

mos a regra que o Código de Processo Civil enuncia expressamente no art. 6º: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, em princípio, é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativo), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (Legitimidade Passiva).

Não se deve confundir, todavia, “legitimidade extraordinária” com “representação”. No caso da representação, a própria pessoa titular do direito ingressa em juízo, em nome próprio, mas, por algum motivo, no caso concreto, deverá ser representado (ou assistido) por alguém que possua capacidade de estar em juízo (*legitimidade ad processum*). Exemplo de representação é o do menor que, para cobrar alimentos em juízo, precisa estar representado por sua mãe (Gonçalves, 2021).

3.3. O debate acerca da possibilidade jurídica do pedido e a supressão da expressão “condições da ação” do Código de Processo Civil de 2015

Conforme já mencionado antes, o CPC/15 suprimiu a possibilidade jurídica do pedido das disposições relativas às condições da ação (suprimiu até mesmo a expressão “condições da ação”). Todavia, não significa que, na hipótese de o magistrado verificar na inicial pedido impossível do ponto de vista jurídico, ou até mesmo do ponto de vista fático, deverá recebê-la e prosseguir com o processo (Gonçalves, 2021).

A possibilidade jurídica do pedido manifesta-se pela possibilidade de conhecimento do judiciário sobre a demanda em análise. Ocorre que determinadas *lides* (conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida, pelo conceito carnelutiano) não podem ser julgadas pelo Judiciário, às vezes por expressa proibição legal, às vezes por sua impossibilidade fática. Um exemplo

de ausência da possibilidade jurídica do pedido é a cobrança por dívida de jogo, expressamente vedada pelo ordenamento jurídico. Outro exemplo é a impossibilidade fático-jurídica de vender ou comprar um lote na lua. Em ambos os casos, estará ausente a possibilidade jurídica do pedido (ou, para parte da doutrina, o interesse de agir).

Para Marcos Vinicius Gonçalves (2021, p. 285), no exemplo da dívida de jogo, o juiz deverá indeferir a petição e inicial e proceder à extinção do processo sem resolução do mérito, não pela impossibilidade jurídica do pedido (vedação legal), mas sim por falta de interesse de agir.

Portanto, embora a impossibilidade jurídica do pedido não exista mais enquanto condição da ação autônoma, estaria esta abarcada pelo interesse de agir. O resultado seria o mesmo: extinção do processo sem resolução do mérito (Gonçalves, 2021).

O próprio Liebman, a partir da 3ª edição de seu manual, deixou de considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, manifestando-se no sentido de que se trataria do mérito (Gonçalves, 2021).

Nesse sentido, o italiano reconheceu que a possibilidade jurídica do pedido tratar-se-ia de mérito e não de condição da ação (Chaves, 2019, p. 235).

A Corte Especial, em decisão unânime proferida pela Terceira Turma, no âmbito do REsp 1.757.123/SP, em 2019, defende esse entendimento:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO. NECESSIDADE DE EXAME DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O PEDIDO E DA POSSIBILIDADE DE DECOMPOSIÇÃO DO PEDIDO. ASPECTOS DE MÉRITO DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONDIÇÃO DA AÇÃO AO TEMPO DO CPC/73.

SUPERAÇÃO LEGAL. ASPECTO DO MÉRITO APÓS O CPC/15. RECORRIBILIDADE IMEDIATA DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE AFASTA A ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ADMISSIBILIDADE. ART. 1.015, II, CPC/15 5- O enquadramento da possibilidade jurídica do pedido, na vigência do CPC/73, na categoria das condições da ação, sempre foi objeto de severas críticas da doutrina brasileira, que reconhecia o fenômeno como um aspecto do mérito do processo, tendo sido esse o entendimento adotado pelo CPC/15, conforme se depreende de sua exposição de motivos e dos dispositivos legais que atualmente versam sobre os requisitos de admissibilidade da ação. 6- A possibilidade jurídica do pedido após o CPC/15, pois, compõe uma parcela do mérito em discussão no processo, suscetível de decomposição e que pode ser examinada em separado dos demais fragmentos que o compõem, de modo que a decisão interlocutória que versar sobre essa matéria, seja para acolher a alegação, seja também para afastá-la, poderá ser objeto de impugnação imediata por agravo de instrumento com base no art. 1.015, II, CPC/15. 7- **Recurso especial conhecido e provido.** (REsp 1757123/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 15/08/2019 .Grifo Nosso).

Parte da doutrina entende ainda que, com a exclusão da expressão “condições da ação”, o Código de Processo Civil de 2015 teria eliminado tal instituto, fazendo com que a legitimidade *Ad Causam* e o interesse de agir passassem à classe dos pressupostos processuais (Chaves, 2019, p. 237).

Não comungamos desse entendimento. Argumento basilar reside no fato de que a mera supressão da expressão não faz com que o instituto desapareça do sistema processual. Nesse sentido, no art. 485 do próprio CPC, o legislador separou em dois incisos diferentes as condições da ação (legitimidade e interesse de agir) e os pressupostos processuais:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código. (Grifo nosso).

Caso sinônimos fossem, desnecessário seria tratá-los como diferentes, na contramão do princípio *Verba Cum Effectu Sunt Accipienda* (“A lei não contém palavras inúteis”).

Ainda que assim o fosse, o art. 17 do CPC, embora não mencione a palavra “ação”, nos termos do CPC/73, utiliza-se da expressão “postular em juízo”. Ora, não deixa de se referir à ação.

Respeitável, noutro sentido, é a doutrina do Professor Didier Jr., que advoga no sentido da inclusão da legitimidade *ad causam* e interesse de agir dentro dos pressupostos processuais (Didier Jr., 2015), mas trata-se de uma doutrina minoritária, que não comungamos.

4. Elementos da ação (ou elementos identificadores da ação)

Conforme dito anteriormente, a ação é identificada não pelo seu título, pois ação não tem nome, mas sim por seus elementos, cuja nomenclatura mais correta é “elementos identificadores da ação” (Gajardoni, 2022).

O sistema processual contemporâneo adota a teoria da tríplice identidade (*Tria Eadem*), que preceitua que são três os elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir.

Os elementos identificadores da ação desempenham uma finalidade prática muito relevante, que é o auxílio na verificação dos institutos da coisa julgada ou litispendência e da conexão ou da continência, que por sua vez, têm relevância direta quando tratamos das condições da ação.

Por oportuno, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre os institutos supracitados.

4.1. Finalidade prática – coisa julgada ou litispendência (identificação total) e conexão ou continência (identificação parcial)

4.1.1. Coisa julgada

O fenômeno processual da coisa julgada ocorre quando “se repete ação que já foi decidida por uma sentença de que não caiba recurso” (art. 301, §3º, segunda parte, CPC/15).

A coisa julgada, que poderá ser material ou formal, tem como objetivo impedir a repropositura de uma demanda cuja resposta já tenha sido dada de forma definitiva pelo Poder Judiciário. Tendo a jurisdição a característica da definitividade, tornou-se necessário a elaboração de um instituto para prestigiá-la.

A par das disposições do Código de Processo de 2015 acerca da Coisa Julgada, indaga-se: como se identifica uma ação que já foi anteriormente proposta? Conforme já exposto, com base nos seus elementos: partes, pedido e causa de pedir. Portanto, havendo a propositura de uma ação cujos elementos sejam os mesmos de uma ação anteriormente proposta, verifica-se que as ações são idênticas, portanto, será atacada a decisão anterior da mesma ação, ferindo a coisa julgada, não devendo ser conhecida pelo Judiciário.

Assim sendo, a existência de coisa julgada terá como fim uma sentença terminativa, ou seja, não haverá a resolução do mérito da segunda ação, nos termos do art. 485, V, do CPC.

4.1.2. Litispendência

Inclusa no conceito de identificação total, a litispendência se assemelha bastante com a coisa julgada. Na litispendência também há identidade entre as partes, o pedido e a causa de pedir, porém a ação idêntica já está em curso. “Há litispendência quando se repete ação que está em curso” (art. 337, §3º, CPC/15).

Assim como com a coisa julgada, havendo litispendência o magistrado deverá extinguir o processo sem resolução do mérito pelo comando do art. 485, V, da legislação processual.

Os elementos da ação são responsáveis pela identificação da litispendência, de forma que se faz necessário analisá-los à luz da ação litispendente.

No caso da litispendência, como ainda não houve resposta judicial à demanda, a propositura da nova ação dependerá da correção do vício que deu ensejo à sentença terminativa (art. 486, §1º, CPC).

4.1.3. Conexão

Ocorre a conexão quando em “duas ou mais ações lites for comum o pedido ou a causa de pedir” (art. 55, CPC/15). Diferente dos institutos anteriores, não há correlação total entre as demandas (partes, pedido e causa de pedir), apenas parcial (pedido ou causa de pedir).

O pedido e a causa de pedir são elementos da ação, determinantes para a identificação da conexão. No caso da conexão e da continência, cuja identificação também é parcial, o efeito não será a extinção do processo sem resolução do mérito, mas sim a reunião das ações perante o juízo prevento.

3.1.4. Continência

A continência ocorre quando em “duas ou mais ações houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais” (art. 56, CPC/15).

No caso da ação continente (pedido mais amplo) ter sido proposta antes da ação contida (pedido menos amplo), esta terá sentença terminativa. Ao revés, caso a ação continente seja proposta após a ação contida, a primeira que deverá ser extinta sem resolução do mérito.

4.2. Espécies de elementos da ação

4.2.1. Partes

Segundo os professores Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 262), são partes as pessoas que participam do contraditório perante o Estado-Juiz. Adota-se, portanto, um conceito ampliativo de parte processual, sendo aquela que atua em contraditório,

excetuado o magistrado. Assim sendo, todos os agentes processuais poderiam estar inseridos no conceito de parte, como o Ministério Público nos casos em que atua como *custos legis*, o *amicus curiae* e os demais intervenientes.

Chiovenda, por outro lado, adota um conceito mais restritivo de parte, sendo parte aquele que figura na relação material, ou seja, quem pede e contra quem pede. Para Chiovenda, portanto, terceiros não seriam parte no processo, pois não pedem nada e nem têm nada pedido contra.

A melhor doutrina entende que este entendimento se encontra superado pelos ensinamentos de Liebman, que adota o conceito de parte como todo aquele que participa na relação jurídico em contraditório, sendo parte o assistente e até o *amicus curiae*, como entende a professora Ada Pellegrini (Gajardoni, 2022).

Nos parece ser mais correto o entendimento da corrente ampliativa de Liebman. O Código de Processo Civil de 2015, dentre outros exemplos, concedeu ao terceiro interveniente poderes extensos, sendo a redação do art. 121 do CPC clara no sentido de que “o assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido”. Para mais, o art. 138, §3º do Código de Processo Civil possibilita que o *amicus curiae* oponha embargos de declaração e, que nos casos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), utilize-se dos recursos especial e extraordinário.

4.2.2. Pedido

Outro elemento da ação é o pedido (*petitum*). Ingressa-se no judiciário em busca de algo, um provimento, uma medida, um objeto ou um bem da vida. Parte da doutrina entende que o juiz não resolve o conflito, a *lide*, tampouco causa uma pacifi-

cação social verdadeira, mas resolve o pedido feito pela parte (Gajardoni, 2022).

O juiz, em regra, deve se ater ao pedido, o que se denominou de princípio da adstrição, ou seja, deve o magistrado decidir dentro dos limites impostos pelas partes, dentro do pedido (Gajardoni, 2022).

O pedido é o verdadeiro limitador da atividade jurisdicional, dividindo-se em imediato e mediato. O pedido imediato é a tutela jurisdicional reclamada, o provimento que se busca. Por exemplo, nas ações de usucapião, o pedido imediato é uma sentença declaratória de propriedade. Por outro lado, o pedido mediato é o bem da vida pretendido, o que se deseja de fato. Nas ações de usucapião, o pedido mediato é o exercício da propriedade do imóvel desejado.

O CPC/15 trouxe uma seção específica para tratar do pedido, a partir do art. 322. A regra no ordenamento jurídico é o pedido certo e determinado. Excepcionalmente, é possível que o pedido seja genérico, no caso de ações universais, quando o autor não puder individualizar os bens demandados, quando não for possível determinar seguramente as consequências do ato ou do fato e quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Outras regras como o pedido alternativo e subsidiário também encontraram amparo legal.

O tema da cumulação dos pedidos merece destaque. É certo que, para que haja a cumulação dos pedidos, alguns requisitos devem estar presentes. O Código de Processo Civil possibilita a cumulação de pedidos quando os pedidos forem compatíveis entre si, quando for competente para conhecer deles o mesmo juízo e quando for adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. Caso haja necessidade de se empregar procedimentos diferentes, ainda assim será possível a cumulação, desde que o autor opte pelo procedimento comum (art. 327, §2º, CPC). Ressalta-se que a cumulação de pedidos é incompatível com os pedidos subsidiários.

No Código de Processo Civil de 1973 havia uma restrição maior ao teor dos pedidos. Foi com o advento do CPC/15 que, em razão do princípio da boa-fé, cooperação e instrumentalidade, surgiu a teoria dos pedidos implícitos.

4.2.2.1. Teoria dos pedidos implícitos

A regra é que o pedido deve ser expresso, não cabendo ao magistrado conceder algo que não lhe foi expressamente pedido, sob pena de proferir uma sentença *ultra, extra* ou *infra petita* (Neves, 2021a, p. 140).

Entretanto, essa regra tem sido revista e tomado uma nova roupagem pelos processualistas atuais. O Superior Tribunal de Justiça tem ampliado o conceito de pedido implícito para abarcar a concessão de pedido não feito pelo autor na inicial, desde que decorra do conjunto lógico presente na inicial (Neves, 2021a, p. 145).

Exemplo da aplicação dessa teoria é a possibilidade de condenação em dividendos e juros sobre o próprio capital nos casos de demandas por complementação de ações de empresas de telefonia, independentemente de pedido expresso do autor, por decorrer de forma lógica do pedido de complementação (STJ, 2ª Seção, REsp 1.373.483/RS, rel. Min. Paulo de Tarso, julgado em 11/06/14).

Outro exemplo é a admissão como pedido implícito de novo julgamento nos casos de ação rescisória, por considerar lógica a sua decorrência da desconstituição da decisão impugnada (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.070.825/PR, rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/09/2013).

O Código de Processo de 2015 adota a teoria dos pedidos implícitos:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

Defendemos a aplicação desta teoria. Boa é a doutrina que acolhe a teoria dos pedidos implícitos, pois não apenas é fundada na economia processual e na boa-fé, como também admite uma atividade proativa do judiciário para prestar, da melhor forma, a atividade jurisdicional.

Há tempos a doutrina processual civil vislumbra o magistrado não apenas como o julgador frio da causa, “boca da lei”, mas como um agente da promoção dos direitos e garantias constitucionais. Exemplo disso é a aplicação das medidas atípicas de execução, que conferem ao magistrado um poder mais amplo para efetivar o direito ali reconhecido. Ao juiz não cumpre apenas decidir, mas também efetivar o direito que foi legalmente reconhecido pelo judiciário. Por óbvio, não defendemos uma atuação inquisitorial do magistrado (muito embora, no processo civil, ainda haja vários resquícios), mas sim uma atuação ponderada e pautada na efetivação, equidade e garantia dos direitos fundamentais. Se a inafastabilidade da jurisdição é um direito fundamental, ao magistrado devem ser conferidos poderes para sua salvaguarda, pensamento semelhante à teoria dos poderes implícitos. Ora, se um poder é conferido a alguém, a esse alguém também devem ser conferidos os meios de exercê-lo.

Fato é que o Código de Processo Civil de 2015 manteve a ideia das alterações realizadas em seu antecessor, perpetuando a noção do processo sincrético, onde as atividades cognitiva e executiva são realizadas no mesmo processo, tudo isso a fim de fazer funcionar um processo mais célere, mais efetivo, que não busca apenas a atividade declarativa, mas também a executiva.

O professor Fernando Gajardoni (2022), Juiz de Direito, Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP, ensina:

no código de processo anterior se interpretavam restritivamente os pedidos, mas agora se interpretam de acordo com o conjunto da postulação, observada a boa-fé, conforme art. 322, §2º do novo CPC. “Temos, portanto, a adoção da teoria dos pedidos implícitos”.

Não se defende, como pregado por parte da doutrina, a retirada de requisitos específicos ou a conivência com a ausência da técnica processual; fato é que, à luz do neoprocessualismo, impõe-se ao sistema uma releitura de dogmas que, até então, traziam ao processo uma feição estritamente formal.

Confere-se ao magistrado não uma exceção direta e arbitrária ao princípio do dispositivo, mas a possibilidade de tornar o processo um instrumento para a efetivação do direito que ali se busca.

Não defendemos, portanto, uma posição monocular da relação processual. É evidente que o processo deve ser analisado sob o prisma da triangulação processual, tendo como base o contraditório e a ampla defesa. Não é facultado ao magistrado que decida, em grau algum de jurisdição, acerca de uma matéria sobre a qual não possibilitou à parte que se manifestasse, ainda que se trate de norma cogente. Portanto, a teoria dos pedidos implícitos não deve ser utilizada na contramão da boa-fé, fazendo surpresa ao réu quando do julgamento.

4.2.3. Causa de pedir

Esse elemento da ação guarda íntima relação com a *ratio petiti-tum*, razão de pedir, ou seja, o fato pelo qual se origina o ingresso em juízo (Montenegro Filho, 2012).

A doutrina divide a causa de pedir em duas espécies: causa de pedir próxima e causa de pedir remota. A causa de pedir próxima é a fundamentação jurídica em si, o enquadramento jurídico do fato feito pela parte. Por outro lado, a causa de pedir remota é o fato em si, o acontecimento fático que deu ensejo ao exercício do direito de ação (Montenegro Filho, 2012).

O direito processual civil pátrio exige não apenas a narrativa dos fundamentos jurídicos, mas também dos fundamentos fáticos.

Cumpra diferenciar fundamento jurídico do fundamento legal. O fundamento legal, que não integra a causa de pedir e não vincula o magistrado quando do julgamento, é a indicação do artigo de lei em que se enquadra o acontecimento. Em sentido diverso, o fundamento jurídico é a ligação, o liame jurídico que o fato possui com o pedido, ou seja, a aplicação, com base no ordenamento jurídico, do motivo pelo qual o autor merece o que pede diante dos fatos narrados (Neves, 2021a, p. 154).

Todavia, a doutrina brasileira divide-se quanto à teoria adotada pelo sistema processual vigente. Parte da doutrina, sendo esta majoritária, entende que o Brasil adotou a teoria da substanciação, de matriz alemã, que propõe que a causa de pedir, seja qual for a natureza da ação, é formada apenas pelos fatos jurídicos alegados pelo autor, portanto, apenas pela causa de pedir próxima (Neves, 2021a, p. 154).

Entretanto, essa mesma doutrina afirma que a causa de pedir é composta tanto pelos fundamentos jurídicos, quanto pelos fundamentos fáticos, gerando certa incongruência (Neves, 2021a, p. 156).

Por outro lado, a doutrina minoritária defende a existência de uma teoria mista, de forma que, ao exigir que o autor na inicial narre os fatos e os fundamentos jurídicos, o direito brasileiro teria acolhido uma teoria que buscasse um equilíbrio entre a teoria da substanciação e da individualização (afirma que a causa de pedir somente é composta pela relação jurídica afirmada pelo autor), logo, a teoria mista (Neves, 2021a, p. 156).

5. Conclusão

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise ampla e aprofundada da ação, de sua evolução histórica, condições e elementos, bem como das consequências e aplicabili-

dade das teorias mais debatidas sobre o direito de ação. Além disso, permitiu a reunião de um vasto banco de dados sobre as possíveis consequências da aplicação de cada uma das conjecturas cunhadas pelos mais diversos processualistas referências na modernidade e na contemporaneidade.

Ao discorrer sobre a evolução histórica e doutrinária do direito de ação, verificou-se que não são todas as teorias que apresentam resultados compatíveis com a sistemática processual vigente, sendo que algumas levam a paradoxos jurídicos que não são passíveis de solução, como a teoria civilista, a teoria do direito concreto de ação e a teoria da ação como direito público subjetivo, autônomo e abstrato.

A análise contemporânea do sistema instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como a aplicação de determinados institutos jurídicos como a extinção do processo sem resolução do mérito com base na carência de ação, leva à conclusão de que não se pode conceber a ideia de que o direito de ação seja parte do direito material, como pregava a teoria imanentista do direito romano, sendo possível, portanto, afirmar que a teoria mais adequada é a cunhada por Liebman (teoria eclética), que não apenas difere o direito processual do material, mas também filtra ações que estão fadadas ao insucesso com o implemento das condições da ação.

Com o aprofundamento do tema, ficou confirmado que as condições da ação, embora não descritas explicitamente no novo CPC, continuam existindo no sistema processual vigente, tendo uma relevante aplicação e sendo temperadas pela teoria da asserção do professor Watabane, que melhor descreve o momento para sua verificação.

Tendo em vista a importância do tema, tem-se a necessidade de abandonarmos as matrizes romanas que prendem o sistema processual a uma lógica civilista, o que causa uma aproximação e con-

fusão indesejadas em institutos de natureza iminentemente processual. Com a evolução do direito de ação até os moldes atuais, faz-se necessária a aplicação de teorias modernas que não neguem a existência das condições da ação e tornam útil a separação das sentenças meritórias e terminativas à luz do momento ideal da verificação de aptidão para o exercício do direito de ação.

Em conclusão, o retrocesso no exercício do direito de ação deve ser evitado pois suas consequências podem culminar em inconvenientes problemas processuais, que só podem ser resolvidos com uma visão neoprocessualista da ação e de suas condições, termos em que a separação do direito civil e do processo civil se mostra relevante.

6. Referências

BARRETO, Luiz. Preâmbulo da Petição Inicial: Irrelevância do Equívoco no Nome da Ação Diante da Correta Afetição do pedido e Causa de Pedir. *Coad*. [S. l.], c2023. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_42/1033/Doutrina. Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. [Código de Processo Civil (1973)]. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 11 jan. 1973.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 11 jan. 2002

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. v. 1.

BASTOS, Lucília. As Condições da Ação: Do Código de 1973 ao Código de 2015. *Revista Jurídica do Uniaraxá*, [s. l.], v. 22, n. 21, p. 160-184, 2006. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-UNIARAXA_v.22_n.21.09.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

CASTRO, João Antônio. *Direito Processual: Efetividade Técnica Constitucional*. Belo Horizonte: PUC Minas: IED., 2010.

CHAVES, Charley. *Curso de Teoria Geral do Processo*. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodvm, 2015. v. 1.

ELEMENTOS da Ação e Identificação da Demanda são Estudados no Curso do Direito Processual Civil. *Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia/52472#:~:text=E%20podemos%20ter%20no%20processo,n%C3%A3o%20tem%20pedido%20contra%20si>. Acesso em: 3 fev. 2023.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

BUENO FILHO, Otávio. Novo Código de Processo Civil Quebra Paradigma das “Condições da Ação”. *Consultor Jurídico*. [S. l.], 30. nov. 2015. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>. Acesso em: 31 jan. 2023.

GAJARDONI, Fernando. *Curso de Direito Processual Civil*. G7 Jurídico, 2022. Notas de aula.

GEISER, Tamara. Teoria da Asserção: Consequências da (In)Aplicabilidade no Processo Civil Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 201-223, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.abdconst.com.br/revista11/teoriaTamara.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2023.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2021. GROCK, Gabriela; VAZ, Paulo Afonso. As Condições da Ação no Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, p. 634-659, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/53699/36334>. Acesso em: 31 jan. 2023.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual I*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Butshatsky, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 3. d. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.v. 1.

NEVES, Daniel. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2021a.

NEVES, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2021b.

PEREIRA, Luís Guilherme. *A Possibilidade Jurídica de Julgamentos Implícitos no Processo Civil*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/8272/1/LU%C3%8DS%20GUILHERME%20GON%C3%87ALVES%20PEREIRA%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O%20DE%20MESTRADO%20-%20A%20POSSIBILIDADE%20JUR%C3%8DDICA%20DE%20JULGAMENTOS%20IMPL%C3%8DCITOS%20NO%20PROCESSO%20CIVIL.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2023.

RIBEIRO, Arthur. *A Teoria da Asserção*. 2011. Trabalho de conclusão de curso (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/270/1/Monografia_Arthur%20Frota%20Ribeiro.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

Artigo

O direito processual civil contemporâneo: uma análise das condições da ação à luz do Código de Processo Civil de 2015 – Evolução, existência e consequências

Felipe Antônio da Silva

TESHEINER, José Maria. Os Elementos da Ação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, p.213-231, jul. 1994. DOI: 10.22456/0104-6594.69395. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheiner\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheiner(5)%20-formatado.pdf). Acesso em: 3 fev. 2023.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

Artigo recebido em: 24/02/23.

Artigo aprovado em: 17/10/23.

DOI: 10.59303/dejure.v22i39.480

63 - 72
Artigo

**A COMPATIBILIDADE DA
TEORIA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA
COM A ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO**

ESDRAS NEEMIAS FREITAS GAVIÃO
DANIELLE DE GUIMARÃES GERMANO ARLÉ

A COMPATIBILIDADE DA TEORIA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA COM A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

THE COMPATIBILITY OF THE THEORY OF RESTORATIVE JUSTICE
WITH THE ROLE OF THE BRAZILIAN PROSECUTION OFFICE

ESDRAS NEEMIAS FREITAS GAVIÃO

Conciliador Judicial no CNJ
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil
neemiasgaviao@gmail.com

DANIELLE DE GUIMARÃES GERMANO ARLÉ

Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil
germano@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente artigo busca trazer a proposta da Justiça Restaurativa como paradigma de teoria de justiça e apresentar a importância do Ministério Público, enquanto órgão constitucionalmente instituído para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como agente necessário para a propagação da Justiça Restaurativa, chancelando e participando de processos e programas restaurativos para reforçar a legitimidade da proposta restaurativa e a sua congruência com os intentos ministeriais. O artigo também tem o objetivo de sustentar o papel do Ministério Público na superação dos mitos da Justiça Restaurativa como prática religiosa, lúdica ou meramente garantista pró-réu.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça restaurativa; Ministério Público; acesso à justiça.

ABSTRACT: This article aims to introduce the concept of Restorative Justice as a paradigm within the realm of justice theory. Additionally, it underscores the significance of the Prosecution Office as an institution established by the constitution to safeguard both social and irreplaceable individual interests. The Prosecution Office plays a crucial role as a catalyst for advancing Restorative Justice by actively engaging in restorative processes and programs. This engagement serves to strengthen the legitimacy of the restorative approach and aligns with the institutional objectives of the Prosecution Office. By dispelling misconceptions that view Restorative Justice as exclusively religious, recreational, or merely as safeguard for defendants, the Prosecution Office contributes to the wider acceptance and implementation of this approach.

KEYWORDS: Restorative Justice; Prosecution Office; access to justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A proposta restaurativa. 2.1. Os objetivos dos processos baseados na teoria de Justiça Restaurativa. 2.2. O que a Justiça Restaurativa não se propõe a ser. 3. O Ministério Público brasileiro e a Justiça Restaurativa. 3.1. A importância do Ministério Público na promoção de processos e programas de Justiça Restaurativa. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

O presente estudo tem por escopo expor a teoria da Justiça Restaurativa e a compatibilidade desta com a atuação do Ministério Público brasileiro. A Justiça Restaurativa é uma teoria de justiça focada na reparação integral do ofendido (vítima) em fatos desestabilizadores da ordem social. Os teóricos da Justiça Restaurativa demonstram preocupação principalmente com a sua realização prática, mais do que com a sua conceituação teórica. Por isso, o presente texto ocupa-se dos objetivos e mitos acerca do tema, ainda sustenta que as práticas e programas de Justiça Restaurativa divulgados, avalizados ou feitos com a participação do Ministério Público podem impulsionar a desmistificação da teoria – que não é conflitante com os ideais de justiça do Ministério Público brasileiro, mesmo enquanto órgão acusador. O método utilizado neste estudo foi o hipotético-dedutivo, com técnica bibliográfica, através da análise de conteúdo consistente da matéria, por via de entendimento doutrinário.

2. A proposta restaurativa

A Justiça Restaurativa é uma filosofia ou teoria de justiça que se realiza através da autocomposição, por métodos próprios (restaurativos)¹ ou exógenos², apresentando-se como paradigma próprio de compreensão de justiça. Focada no ofendido e nas suas necessidades, com participação não menos importante do ofensor e da comunidade, busca a compreensão do ofensor enquanto violador de um semelhante, mas também de um sistema comunitário de relações. A perspectiva restaurativa procura trazer o acesso à justiça como proposta dialógica integrativa comunitária, superando a compreensão de realização da justiça exclusivamente como contenciosidade (ZEHR, 2008, p. 171-177 e 703).

1 Exemplos de processos autocompositivos restaurativos próprios: Círculos de Construção de Paz, Mediação Vítima-Ofensor, Conferência Restaurativa. Sobre o tema, cf. ARLÉ, 2016.

2 Processos autocompositivos de escopo negocial podem ter viés restaurativo.

No escopo restaurativo, a compreensão de justiça deve dar-se como política distributiva. Entende-se por esta o estabelecimento de igualdade material, pois indivíduos de uma mesma sociedade, ainda que formalmente iguais, são materialmente desiguais em razão de processos econômicos, históricos, étnicos, etc., por motivos alheios à sua vontade. Concretizando o ideal da justiça no seu estado puro, equitativa de sujeitos dentro de um mesmo sistema social, a justiça, assim compreendida (RAWLS, 1997, p. 3-12), deve ser entendida como intervenção psicossocial, de caráter emancipatório dos indivíduos, advinda da compreensão da responsabilidade de todos os atores, enquanto sujeitos de direitos e deveres, que ocupam espaços sociais e comunitários (RIZZO, 2009).

2.1. Os objetivos dos processos baseados na teoria de Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa tem por objetivos a reparação integral dos danos da vítima (ofendido)³, a responsabilização ativa do agente causador do dano e a satisfação das necessidades de todos os atores envolvidos (ofendido – vítima, ofensor – réu, comunidade).

Dessa forma, os processos restaurativos colocam vítima, autor e comunidade em processos colaborativos focados na exposição das observações do fato disruptivo, sentimentos experimentados no evento, necessidades destes atores – principalmente da vítima – para a compreensão e superação do fato.

Ainda objetiva a compreensão de responsabilidade coletivo-comunitária do ofensor para efetivação integral de reparação do ofendido, reequilibrando o pertencimento de todos à comunidade e propondo-se a recompor o tecido social, com a transformação do conflito assim restaurado. Em razão disso, cumpre elucidar alguns mitos sobre a Justiça Restaurativa (ARLÉ, 2020, p. 85-93).

³ A compreensão de dano pode ser tanto material quanto imaterial.

2.2. O que a Justiça Restaurativa não se propõe a ser

A Justiça Restaurativa não é uma teoria que tem por escopo o garantismo com privilégio ou enfoque principal no acusado. Não é religiosa ou derivativa, e por isso não possui a pretensão de criar processos com sucesso determinado pelo perdão do ofendido ao ofensor. Não é um método ou um programa, exatamente porque não tem a finalidade de descongestionamento da justiça formal, podendo funcionar simultaneamente a feitos judiciais. Tampouco se limita ao contexto penal/infracional (ARLÉ, 2020, p. 71-84).

A priori, é importante ressaltar que os processos restaurativos não têm viés alternativista, razão por que podem ser utilizados livremente de forma complementar à forma acusatória penal (ARLÉ, 2020, p. 71-84).

Essa possibilidade aponta para uma lacuna do sistema penal, que funciona como anulador do diálogo entre ofensor, ofendido e comunidade, produzindo tão somente uma retribuição estatal que se realiza pela imposição da pena e/ou indenização. Mais alarmante ainda em relação às ações onde o Ministério Público substitui o ofendido (ação penal pública – art. 24 a 62 do CPP – e ação penal pública condicionada à representação – art. 39 do CPP), sendo o ofendido reduzido à mera condição de procedibilidade da ação ou de meio de prova de atuação ministerial. Pois não existe nenhuma tentativa de promoção do diálogo entre o ofensor e ofendido no processo formal (ainda que por vontade destes atores), retirando-se dos indivíduos a possibilidade de trazer quaisquer interesses ou necessidades além do processamento e eventual condenação (ZEHR, 2008, p. 94-97 e 703).

3. O Ministério Público brasileiro e a Justiça Restaurativa

O Ministério Público brasileiro, desde a sua concepção na Constituição da República de 1988, foi instituído como órgão ativo, na forma do art. 127 da CRFB/88, que o patentiza como defensor da ordem jurídico-constitucional, do regime democrático e dos interesses so-

ciais e individuais indisponíveis, não sendo meramente acusador ou consultivo, tal qual o era pré-constitucionalmente. Dessa forma, a atuação ministerial deve pautar-se como garantidora do efetivo acesso à justiça, para que cumpra os objetivos fundamentais da República, consignados na Carta Magna (MOREIRA, 2009, p. 152).

Assim, a teoria de Justiça Restaurativa e, conseqüentemente, os programas, as políticas e as práticas baseados nela demonstram alinhamento ao *design* constitucional do Ministério Público brasileiro, que busca primordialmente a proteção do ofendido (vítima), mas também garantir humanidade ao ofensor (acusado), a integração de todos esses atores à comunidade, bem como sua manutenção enquanto tecido social (ARLÉ, 2020, p. 142).

Se o Ministério Público tem entre suas missões a de construir uma sociedade mais livre, justa e mais solidária, a visão de justiça que parece ser a mais adequada às missões ministeriais é justamente a da Justiça Restaurativa, que propõe a satisfação da necessidade de todas as pessoas de maneira relacional.

A visão restaurativa de justiça é visão de justiça plenamente compatível com a missão ministerial, conforme reconhecido na própria Resolução CNMP 118, de 1º de dezembro de 2014, que, ao dispor sobre a Política Nacional de Autocomposição no âmbito do Ministério Público, em seu art. 13, previu as práticas restaurativas para as situações em que

[...] seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

O Ministério Público, sendo compromissado com o acesso efetivo à justiça, deve propor-se a ser propagador de processos autocompositivos judiciais e extrajudiciais, quando for da vontade dos interessados, em prol da superação do paradigma de acesso à justiça apenas pela contenciosidade (GAVIÃO; SOUZA, 2022a, p. 382-403).

3.1. A importância do Ministério Público na promoção de processos e programas de Justiça Restaurativa

O Ministério Público brasileiro não se propõe a ser exclusivamente acusatório e tampouco está imbuído constitucionalmente do dever meramente punitivo titularizado na ação penal, pois, no modelo brasileiro, também faz o papel de *ombudsman* (art. 127 a 130-A da CRFB/88). Na seara restaurativa, popularmente entre leigos e operadores do direito, muito se especula inveridicamente acerca dos intentos da Justiça Restaurativa⁴, principalmente como se esta fosse abolicionista penal ou garantista monocular (SICA, 2008, p. 158-189).

É importante salientar também a superação do paradigma de medida adequada de solução de conflito exclusiva pela substitutividade processual do Estado-juiz, depois do que foi consignado no § 3º do art. 3º do CPC, que colocou o incentivo à autocomposição como política judiciária de dever promocional da autocomposição por parte dos operadores do direito (entre eles o Ministério Público). Isso ensejou outras legislações nesta seara, além de políticas judiciárias de autocomposição no Poder Judiciário (a Lei nº 13.140/15 – Lei de Mediação, bem como a Resolução CNJ nº 225/16 – Política Nacional de Justiça Restaurativa, ambas posteriores ao CPC/15) (GAVIÃO; SOUZA, 2022a).

A percepção de realização de acesso à justiça qualitativo, concretizado em práticas, programas e abordagens restaurativas quando encabeçados, avalizados ou conduzidos pelo Ministério Público, tem a capacidade de amplitude da compreensão da Justiça Restaurativa (enquanto modelo aderente aos intentos públicos defendidos pela instituição), do interesse social legítimo, bem como da aplicação prática, superando os mitos que permeiam os leigos e que encaram de modo pejorativo a Justiça Restaurativa como filosofia balizadora de práticas tão somente lúdicas ou pseudoquânticas (ARLÉ, 2020, p. 85-93).

⁴ Conforme tratado nos itens 2.1 e 2.2 desse artigo.

Em suma, a importância do Ministério Público na adesão das pessoas a práticas e programas com enfoque restaurativo está relacionada à possibilidade de maior participação, baseada na confiabilidade das pessoas às instituições (TOFF et al., 2021). Também produz efeitos na superação interna e externa da imagem da própria instituição como exclusivista acusatória, punitivista e contenciosa, alçando-a à luz da atuação constitucional.

4. Considerações finais

Até aqui foi proposto que a Justiça Restaurativa não se trata de um método autocompositivo ou política específica, mas de uma teoria de justiça que se realiza de inúmeras formas. A Justiça Restaurativa se propõe, como teoria, ao enfoque nas necessidades integrais do ofendido (vítima), mas também atenta à participação de todos os atores envolvidos (ofensor, comunidade) em alguma situação conflitiva.

A perspectiva restaurativa, por conseguinte, traz em suas práticas um ator importante diferenciado do processo contencioso para a compreensão de processo participativo, a comunidade, que tem papel integrativo relevante pelo viés de compreensão do fato conflitivo como fator de interesse comunitário e que só pode ser superado, enquanto tal, com a participação efetiva da comunidade.

A Justiça Restaurativa, como teoria de justiça, foi ao longo dos tempos associada a práticas autocompositivas como a mediação, mas é importante elucidar que aquela não constitui um método autocompositivo, somente tem como uma de suas formas de realização os métodos autocompositivos.

Além da referida confusão com a mediação, vários mitos acerca da Justiça Restaurativa foram criados, como a disseminada ideia de que se tratava de mais uma teoria pró-réu, o que é superado pela com-

preensão do que é a Justiça Restaurativa, uma teoria com enfoque no ofendido. Tampouco se trata de abolicionismo ou alternativismo penal, pois não se propõe a substituir o sistema formal de justiça, nem a ser um sistema que determina seu sucesso no perdão, mas somente retoma o protagonismo dos atores ofensor, ofendido e comunidade, interessados nos fatos ocorridos dentro desses espaços comunitários.

Justamente na superação destes mitos, o Ministério Público, enquanto órgão de Estado, com função essencial à ordem jurídico-constitucional, tem papel importante na inserção e proliferação dos ideais de justiça da Justiça Restaurativa, os quais não são incompatíveis com as suas funções, inclusive acusatórias.

A instituição ministerial possui confiabilidade pública para demonstrar as teorias e práticas restaurativas sem comprometimento da sua função como órgão que busca a justiça para a vítima, o réu e a comunidade. Dessa forma, pode ser um agente fundamental na desmistificação do que sejam a Justiça Restaurativa e suas práticas, recomendando-as, avalizando-as, e delas participando efetivamente, pois goza de confiabilidade como órgão de Estado imbuído da defesa dos interesses públicos.

5. Referências

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *A Justiça Restaurativa e o Ministério Público brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, [2016]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 2 fev. 2022.

GAVIÃO, Esdras Neemias Freitas; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Pressupostos das medidas autocompositivas adequadas de solução de conflitos: Acesso efetivo à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 2, p. 382-403, 2022a.

GAVIÃO, Esdras Neemias Freitas; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Medidas adequadas de solução de conflitos: formas de acesso efetivo à justiça. In: JEUNON, Franca Arenare; HANRIOT, Sérgio de Moraes; DINIZ, Alexandre Magno. (org.). *29º Seminário de Iniciação Científica, Tecnológica e de Inovação. A ciência em um mundo cada vez mais conectado. Destaques 2021*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2022b. Disponível em: <https://www1.pucminas.br/seminarioproppg/docs/IC-Destaques-2021.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIZZO, Alvis. Aproximación teórica a la intervención psicosocial. *Poiésis*, Medellín, v. 9, n. 17, 2009. Disponível em: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/view/189>. Acesso em: 16 abr. 2022.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa: Críticas e contra-críticas. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 158-189, dez./jan. 2008.

TOFF, Benjamin et al. Overcoming indifference: what attitudes towards news tell us about building trust. *Reuters Institute*, 2021. Disponível em: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/overcoming-indifference-what-attitudes-towards-news-tell-us-about-building-trust>. Acesso em: 22 abr. 2022.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre crime e justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Artigo recebido em: 01/03/23.

Artigo aprovado em: 24/08/23.

DOI: 10.59303/dejure.v22i39.485

73 - 93
Artigo

**ENTRE A PROTEÇÃO DA DEFESA
E A BUSCA DA VERDADE:
O DILEMA DO DIREITO AO
SILÊNCIO SELETIVO NO
INTERROGATÓRIO DO RÉU**

SIMONE CAMPOS DE ABREU

ENTRE A PROTEÇÃO DA DEFESA E A BUSCA DA VERDADE: O DILEMA DO DIREITO AO SILÊNCIO SELETIVO NO INTERROGATÓRIO DO RÉU

BETWEEN THE PROTECTION OF THE DEFENSE AND THE SEARCH FOR THE TRUTH:
THE DILEMMA OF THE RIGHT TO
SELECTIVE SILENCE IN THE DEFENDANT'S INTERROGATORY

SIMONE CAMPOS DE ABREU

Bacharel em Direito
Faculdade de Direito de Ipatinga – Ipatinga/Brasil
simonecampos.juridico@gmail.com

RESUMO: Este artigo analisa o direito ao silêncio seletivo durante o interrogatório no processo penal tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no de outros países. O estudo aborda a relação entre o interrogatório e o direito ao silêncio do réu, a ampla defesa e o direito de se não autoincriminar, além de interpretar a aplicação em tribunais internacionais do direito ao silêncio seletivo em tratados como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: interrogatório; princípio da ampla defesa; direito ao silêncio; autoincriminação; silêncio seletivo.

ABSTRACT: This article analyzes the right to selective silence during interrogation in criminal proceedings both in the Brazilian legal system and in other countries. The study addresses the relationship between interrogation and the defendant's right to silence, the full defense and the right not to incriminate oneself, in addition to interpreting the application in international courts of the right to selective silence in treaties such as the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights.

KEYWORDS: interrogation; principle of full defense; right to silence; self incrimination; selective silence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interrogatório do réu. 3. Ampla defesa e direito ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro: proteção constitucional e a validade do silêncio seletivo como estratégia de defesa. 4. O dilema do direito ao silêncio seletivo na doutrina jurídica brasileira. 4.1. Recente posição do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. 5. Silêncio seletivo no âmbito jurídico internacional: uma análise comparativa em diferentes sistemas legais. 6. Posicionamento de tribunais internacionais sobre silêncio seletivo no processo penal. 7. Em busca da verdade: o conflito entre o contraditório e o silêncio seletivo no sistema de justiça brasileiro. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. Introdução

O interrogatório e o direito ao silêncio seletivo são temas de grande relevância no âmbito jurídico, especialmente no contexto do processo penal. O interrogatório é um procedimento le-

gal que visa colher informações do acusado. Este, porém, tem o direito de não responder a perguntas que o possam incriminar. O direito ao silêncio seletivo, aliás, é um aspecto importante da ampla defesa. O direito de o acusado não produzir provas contra si mesmo encontra respaldo tanto na Constituição Federal brasileira quanto em tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2. Interrogatório do réu

O interrogatório, um direito constitucional previsto no artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal, garante ao réu ser informado da acusação que lhe é imputada e de que terá a oportunidade de se defender. No Brasil, com a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, o interrogatório do acusado só se realiza ao final da instrução processual. Antes, o interrogatório era o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, o que gerava problemas como a ausência de acesso à integridade dos elementos probatórios.

A nova ordem do interrogatório permite acesso a todo o conjunto probatório produzido durante a instrução, e assim o acusado pode defender-se de forma mais segura, sendo-lhe assegurado o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, além de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. O réu também tem o direito de ser assistido por um advogado para orientá-lo a respeito de seus direitos e deveres no processo e durante o interrogatório.

Mesmo que o réu opte pelo silêncio, ele deve ser submetido a um interrogatório formal feito pela autoridade policial ou pelo juiz. No entanto, pode recusar responder às perguntas que o possam prejudicar, sem que isso seja interpretado como confissão ou implicação de culpa contra ele. Destaque-se que o inter-

rogatório não tem o objetivo de forçar o acusado a confessar o crime, mas sim de permitir que ele apresente a sua versão dos fatos e exerça a ampla defesa.

Assim, o direito ao silêncio no interrogatório é uma garantia fundamental para a defesa do réu, visando à proteção contra a autoincriminação e à presunção de inocência, valores caros ao Estado Democrático de Direito.

3. Ampla defesa e direito ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro: proteção constitucional e a validade do silêncio seletivo como estratégia de defesa

O direito ao silêncio é um princípio fundamental que visa garantir a proteção do réu contra a autoincriminação forçada. O réu não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo está previsto na Constituição Federal (art. 5.º, LXIII), no Código de Processo Penal (art. 186) e em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

O direito ao silêncio é uma das garantias constitucionais do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa* no âmbito do processo penal e não pode ser interpretado como confissão ou como indício de culpa. Pelo contrário, o réu tem o direito de permanecer em silêncio sem que isso implique prejuízo ou culpa para si. O acusado, aliás, deve estar ciente do direito que lhe assiste de permanecer em silêncio e de não responder a questionamentos feitos depois de ser devidamente identificado e informado acerca da acusação.

A *ampla defesa* é um dos princípios basilares do direito processual penal reconhecido não apenas no ordenamento jurí-

dico brasileiro, mas também no de outras nações. Esse preceito assegura ao acusado o direito de se defender em todas as etapas do processo, valendo-se dos recursos legais disponíveis e tendo à disposição a assistência de um advogado ou a de um defensor público.

A interpretação mais favorável ao réu é essencial no contexto da *ampla defesa*, especialmente quando pairam dúvidas quanto à interpretação. Nesse caso, o *princípio da proibição da autoincriminação* assegura o direito de não produzir provas que possam vir a prejudicar o acusado.

O Brasil é signatário de dois importantes tratados internacionais de direitos humanos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos possuem status de norma constitucional em seu ordenamento jurídico e preveem a proteção do direito ao silêncio. Embora inexistam menção expressa ao silêncio seletivo, a jurisprudência brasileira tem interpretado o direito ao silêncio como um direito absoluto que não pode ser relativizado ou condicionado. Mesmo assim, há um debate acadêmico e jurisprudencial em torno da validade e dos limites do chamado silêncio seletivo no contexto do direito brasileiro. Em alguns casos, os magistrados têm permitido ao réu escolher a quais perguntas deseja responder, mas essa posição não é consensual.

O silêncio seletivo emerge como estratégia relevante de defesa do acusado, que opta por se manter calado apenas em relação a determinadas indagações, a fim de resguardar-se de possível autoincriminação e proteger o direito a que tem ao silêncio. Diante desse cenário, é fundamental aprofundar o exame das garantias constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos, a fim de entender a validade e os limites do silêncio seletivo como estratégia de defesa.

4. O dilema do direito ao silêncio seletivo na doutrina jurídica brasileira

Silêncio seletivo é a possibilidade de o acusado, durante o interrogatório, escolher a quais perguntas responderá. No Brasil, o artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal estabelece que ao preso é garantido o direito à *ampla defesa* e ao *contraditório* e informado de direitos fundamentais para a efetividade do processo penal, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. E o exercício do direito ao silêncio não pode ser em prejuízo do acusado nem interpretado como confissão.

Embora a legislação brasileira não faça menção específica ao silêncio seletivo, uma questão bastante polêmica e que tem gerado debates e posições diversas na doutrina e na jurisprudência, deixando o tema para a interpretação dos tribunais, alguns entendem que o direito ao silêncio inclui a possibilidade de se escolher a quais perguntas responder, desde que não seja uma obstrução à investigação ou um prejuízo ao direito de a acusação produzir provas.

Os doutrinadores, por um lado, veem no direito ao silêncio um importante instrumento de defesa do acusado, que não pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo. Por outro lado, o silêncio seletivo pode ser interpretado como uma estratégia para esconder informações relevantes e prejudicar a busca da verdade real, favorecendo a impunidade. Para Capez (2016), o silêncio seletivo é uma manifestação da autodefesa, sendo uma forma legítima de proteção do acusado, haja vista que o direito ao silêncio compreende a faculdade de não produzir prova contra si mesmo e se incriminar. Desde que não se trate de uma manifestação parcial e contraditória, o silêncio seletivo pode ser entendido como uma estratégia de defesa, em que o acusado escolhe responder apenas àquelas perguntas que o não incriminam, sem prejuízo da sua defesa.

Badaró (2019) entende que o direito ao silêncio compreende a possibilidade de escolher a quais perguntas responder ou não, sem que isso possa ser interpretado em prejuízo ou utilizado como prova de culpa do réu.

Para Gomes (2018), que tivera a mesma compreensão de Badaró, a vedação ao silêncio seletivo é uma violação ao direito de defesa do acusado.

No livro *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, no entanto, Cezar Roberto Bitencourt defende que o acusado não pode escolher a que perguntas responder.

[...] o direito ao silêncio é absoluto, uma vez que não pode o investigado/depoente escolher sobre o que responder ou deixar de responder, porquanto essa opção, por si só, já seria uma forma de depoimento, de modo que a negativa de resposta a alguma pergunta, mesmo que considerada incriminadora, constitui exercício regular do direito constitucional ao silêncio, sem qualquer natureza de prova contra ele. (BITENCOURT, 2015, p. 965)

Embora haja tendência de alguns sistemas jurídicos permitirem que o acusado selecione as perguntas a serem respondidas, essa prática pode comprometer a busca pela verdade e a imparcialidade do processo. No contexto brasileiro, Fabiana Melo Zega (2019) critica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema. Segundo ela, há uma tendência de permitir o silêncio seletivo em alguns casos, mas essa posição ainda minoritária na Corte deve ser avaliada com cautela, em consideração aos princípios constitucionais que regem o processo penal.

Para Bitencourt (2015) e Zega (2019), o silêncio seletivo não encontra respaldo na legislação brasileira e pode até mesmo prejudicar a defesa do acusado. Eles argumentam que a escolha de responder a algumas perguntas e não a outras pode ser interpretada como uma admissão implícita de culpa ou uma tentativa de manipular o processo judicial.

Consoante outros juristas, a prática do silêncio seletivo pode acarretar consequências nefastas à consecução da verdade real. Postula-se que o direito ao silêncio seja absoluto, abarcando a recusa do acusado em responder a quaisquer questionamentos formulados durante o interrogatório de modo que o silêncio seletivo não seja uma artimanha para obstruir a produção probatória e dificultar a averiguação dos fatos, visto que tal comportamento, em última análise, pode redundar na impunidade do acusado.

Não há, pois, um consenso na doutrina brasileira a respeito do silêncio seletivo, o que evidencia a relevância do tema para o debate jurídico.

4.1. Recente posição do Superior Tribunal de Justiça brasileiro

A possibilidade de exercer o direito ao silêncio parcial vertical, quando o acusado responde apenas às perguntas da defesa, tem sido estratégia frequentemente adotada pelas defesas técnicas e chegado, inclusive, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Em julgamento do HC 703.978, a 6.^a Turma do STJ, ante a possibilidade de o acusado responder apenas às perguntas da defesa técnica, decidiu cassar a pronúncia de um homem acusado de homicídio, que havia tido o direito ao silêncio seletivo cerceado. Confira a ementa:

HABEAS CORPUS. PRIMEIRA FASE DO JÚRI. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. RECUSA DE RESPONDER PERGUNTAS AO JUÍZO. CERCEADO QUESTIONAMENTOS DEFENSIVOS. ILEGALIDADE CONSTATADA. 1. O artigo 186 do CPP estipula que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder a perguntas que lhe forem formuladas 2. O interrogatório, como meio de defesa, implica ao imputado a possibilidade de responder

a todas, nenhuma ou a apenas algumas perguntas direcionadas ao acusado, que tem direito de poder escolher a estratégia que melhor lhe aprouver à sua defesa. 3. Verifica-se a ilegalidade diante do precoce encerramento do interrogatório do paciente, após manifestação do desejo de não responder às perguntas do juízo condutor do processo, senão do seu advogado, sendo excluída a possibilidade de ser questionado pelo seu defensor técnico. 4. Concessão do habeas corpus. Cassação da sentença de pronúncia, a fim de que seja realizado novo interrogatório do paciente na Ação Penal n. 5011269-74.202.8.24.0011/SC, oportunidade na qual deve ser-lhe assegurado o direito ao silêncio (total ou parcial), respondendo às perguntas de sua defesa técnica, e exercendo diretamente a ampla defesa. (STJ. Habeas Corpus 703.978/SC. Relator: min. Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1.^a Região). Sexta Turma. Brasília, 5 abr. 2022. DJE 7 abr. 2022)

Na supracitada decisão, o STJ destacou que no interrogatório o acusado tem o direito de escolher a estratégia que melhor lhe aprouver para defesa. Declarou-se, pois, a ilegalidade do encerramento precoce do interrogatório do paciente, pós-manifestação do desejo de não responder às perguntas do juízo condutor do processo senão do seu advogado, sendo-lhe excluída a possibilidade de ser questionado pelo defensor técnico.

Tal decisão assegurou o direito ao silêncio total ou parcial de o réu responder apenas às perguntas da defesa técnica, exercendo diretamente sua *ampla defesa*, o que reforça o direito de o acusado escolher a estratégia que se adapta melhor à sua defesa dentro do devido processo legal.

5. Silêncio seletivo no âmbito jurídico internacional: uma análise comparativa em diferentes sistemas legais

O conceito de “direito ao silêncio seletivo” não é amplamente reconhecido em outros países, pelo menos não com essa nomenclatura. No entanto, a ideia subjacente do direito de permanecer em silêncio e não se autoincriminar aparece em muitos sistemas jurídicos.

Nos Estados Unidos, de acordo com Bitencourt (2020), o *Fifth Amendment Right* – traduzido para O Direito da Quinta Emenda – se trata de uma emenda à Constituição dos Estados Unidos que estabelece várias proteções processuais para indivíduos envolvidos em processos criminais, incluindo o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo.

Esse direito ao silêncio conhecido como *pleading the fifth*¹ o protege. Além disso, o réu pode escolher responder somente às indagações da defesa e não às perguntas da acusação. Esse direito é fundamental para garantir o *princípio da não autoincriminação* e a presunção de inocência, que são pilares do sistema jurídico americano.

No Reino Unido, o *privilege against self-incrimination* (privilegio contra a autoincriminação) é uma proteção legal a quem se recuse a responder a perguntas em um processo judicial se a resposta puder incriminá-lo. Essa proteção se baseia no princípio de que ninguém é obrigado a fornecer provas contra si mesmo. No entanto, ao contrário dos Estados Unidos, o direito ao silêncio no Reino Unido não é absoluto. Se um indivíduo se recusa a responder a uma pergunta, isso pode ser usado como prova em um processo judicial e ser interpretado como um sinal de culpa. Trata-se do *adverse inference*, uma inferência adversa. Além disso, há um debate no Reino Unido sobre o “silêncio seletivo”, ou seja, a prática de se responder a algumas perguntas, mas se recusar a responder a outras. Isso pode ser visto como uma tentativa de manipular o processo judicial a fim de prejudicar a defesa do indivíduo. Em alguns casos, os tribunais do Reino Unido costumam instruir os jurados a considerarem o silêncio seletivo como uma evidência relevante no julgamento (TOURINHO FILHO, 2016).

1 *Pleading the Fifth* pode ser em português “invocar a Quinta Emenda”, que se refere ao direito de uma pessoa nos Estados Unidos se recusar a testemunhar em um processo criminal para não se autoincriminar, conforme garantido pela Quinta Emenda da Constituição dos EUA.

Em países como a Alemanha, o direito de permanecer em silêncio é garantia fundamental de que o acusado não é obrigado a fazer qualquer declaração durante o interrogatório sem que isso seja interpretado como admissão de culpa ou um fator contra ele. Na França, assim como no Reino Unido, a legislação permite que os juízes tirem conclusões adversas acerca do silêncio durante o interrogatório, o que significa ser interpretado como uma admissão de culpa ou um fator contra o acusado. Essa abordagem conhecida como “presunção de culpa” é vista como diferença significativa em relação a sistemas jurídicos que se baseiam na “presunção de inocência”. (NUCCI, 2018)

De acordo com Sanahuja (2018), na Espanha e em Portugal o direito ao silêncio é interpretado como um direito absoluto: não permite o silêncio seletivo ou parcial. Ou seja, a pessoa interrogada não pode escolher a que perguntas responder e a que perguntas se recusar a responder. Além disso, a recusa em responder a uma pergunta é considerada um exercício legítimo do direito ao silêncio, e não pode ser utilizada contra o interrogado como evidência de culpa. Assevera que, na Espanha, o Código de Processo Penal (artigo 520) garante o direito ao silêncio, que é interpretado pela jurisprudência como um direito absoluto, e que, em Portugal, a Constituição Federal de 1976 garante o direito ao silêncio em seu artigo 32, que é aplicado tanto para investigações criminais como para processos judiciais. Destaque-se que essa posição é diferente da adotada nos Estados Unidos, em que o réu pode escolher a que perguntas responder e a que perguntas se recusar a responder, o que é conhecido como "direito ao silêncio seletivo". Na Argentina, a admissibilidade ou não do silêncio seletivo ainda é debatida na doutrina e na jurisprudência.

Em suma, o direito de permanecer em silêncio é reconhecido em muitos sistemas jurídicos, mas a nomenclatura e as implicações específicas do “direito ao silêncio seletivo” podem variar de país para país.

6. Posicionamento de tribunais internacionais sobre silêncio seletivo no processo penal

A seletividade do silêncio no processo penal tem-se tornado questão relevante para a jurisprudência. Alguns tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm entendido que o direito à proteção contra a autoincriminação inclui o direito ao silêncio seletivo, ou seja, o direito de o acusado escolher a quais perguntas responder durante o interrogatório.

Fundamentada em tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelecem o direito à proteção contra a autoincriminação e à presunção de inocência, essa interpretação foi adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em vários casos, como o de *John Murray v. Reino Unido*, em 1996, cujo direito ao silêncio inclui escolher a quais perguntas responder e a quais permanecer em silêncio sem que isso possa ser usado contra o réu que, embora tenha o dever de cooperar com as autoridades na medida do possível, não é obrigado a responder a perguntas que o possam incriminar.

A interpretação de que o direito à proteção contra a autoincriminação inclui a seletividade do silêncio também foi adotada pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) em casos como o do ex-vice-presidente congolês JeanPierre Bemba Gombo, em 2016. Nesse caso, o TPI entendeu que o direito ao silêncio inclui o direito de escolher a quais perguntas responder e a quais permanecer em silêncio, sem que isso possa ser usado contra o réu.

Como o direito à seletividade do silêncio é uma parte do direito à proteção contra a autoincriminação alvo de debate na doutrina e jurisprudência de diversos países, no Brasil não é diferente. Sem um entendimento pacífico sobre o assunto, existem casos em que o direito à seletividade do silêncio é reconhecido pelos tribunais, especialmente quando há risco de autoincriminação do réu.

7. Em busca da verdade: o conflito entre o contraditório e o silêncio seletivo no sistema de justiça brasileiro

O *princípio do contraditório* constitui um pilar fundamental na busca pela verdade no processo penal. Ele assegura que todas as partes tenham a oportunidade de apresentar argumentos e evidências, alegações e provas, refutar as alegações e as provas da parte contrária e participar plenamente do processo, garantindo, assim, a justiça e a equidade.

No entanto, a prática do silêncio seletivo, ou seja, a escolha de o réu responder a algumas perguntas e silenciar diante de outras, pode ter implicações relevantes para o *princípio do contraditório*. Alguns operadores do direito têm interpretado o silêncio seletivo como uma transgressão a esse princípio.

A ideia de que o direito ao silêncio seletivo viola o princípio constitucional do contraditório está baseada na noção de que o contraditório pressupõe igualdade de tratamento entre as partes em um processo legal. Argumenta-se que o direito ao silêncio seletivo, quando o réu pode escolher quais informações divulgar e quais reter durante o processo de interrogatório, poderia ser interpretado como uma restrição ao direito de a parte acusadora confrontar as evidências apresentadas e de ter acesso a todas as informações relevantes para o caso, afetando assim a isonomia entre as partes.

Segundo Eugenio Pacelli (2017), o *princípio do contraditório* exige a garantia de participação em simétrica paridade. O contraditório garante o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação de ambas como a oportunidade de a resposta se realizar na mesma intensidade e extensão.

A ideia por trás do *princípio da paridade das armas* é a de que nenhuma parte deve estar em desvantagem significativa em rela-

ção à outra. Esse princípio é importante sobretudo onde há um desequilíbrio de poder entre as partes, como as que envolvem o Estado e um indivíduo ou uma grande corporação e um consumidor individual. Nesses casos, o *princípio da paridade das armas* ajuda a nivelar o campo de jogo e a garantir que a parte mais fraca não seja injustamente prejudicada.

No entanto, observe-se que o *princípio da paridade das armas* não significa necessariamente que todas as partes devam ser tratadas exatamente da mesma maneira. Em vez disso, as partes devem ser tratadas de maneira justa e equitativa, levando em consideração as circunstâncias individuais. Por exemplo, na perspectiva da autodefesa, o acusado tem o direito ao interrogatório e de estar presente no momento da audiência. Contudo, esse princípio pode ser relativizado quando a vítima solicita que seu depoimento não se faça na presença do réu. Outro exemplo é a fase de inquérito em um processo penal, cujo objetivo é coletar provas e informações sobre o crime. Devido à sua natureza inquisitiva, os princípios do contraditório e da *ampla defesa* são mitigados ou diferidos durante essa fase.

Outro pilar fundamental do sistema jurídico é o *princípio da ampla defesa*, que está intimamente relacionado aos princípios da paridade das armas e do contraditório. Se o contraditório é entendido como o direito de contestar os argumentos contrários aos próprios interesses e se aplica a todas as partes do processo (NUCCI, 2015), a *ampla defesa* distingue-se por ser um direito exclusivo do acusado.

O direito à *ampla defesa* é o instrumento primordial de o acusado utilizar amplamente os recursos legais para refutar as alegações estatais, visando, acima de tudo, proteger sua presunção de inocência.

Esse princípio garante ao acusado o direito de permanecer em silêncio, ser representado por um advogado e apresentar provas e testemunhas em sua defesa. Esse direito é dividido em autodefesa, à qual pode renunciar, e em defesa técnica.

O acusado tem o privilégio de estar presente nos atos processuais com assistência jurídica (defesa técnica), impetrar habeas corpus, fazer pedidos na execução penal e solicitar a progressão de regime. Também tem o direito de apresentar pessoalmente a versão dos fatos à autoridade judicial durante o interrogatório, considerado o momento mais crucial para o exercício da *ampla defesa*.

No contexto de uma ação penal, o interrogatório representa chance de extrema importância para o acusado exercer o contraditório em relação aos fatos narrados pela acusação, os quais foram moldados na fase inquisitiva, na denúncia ou na queixa-crime. Além disso, em prol do seu direito à *ampla defesa*, há a oportunidade de contradizer a vítima, se houver, e as testemunhas durante a instrução do processo.

Importa considerar que o silêncio seletivo é um componente essencial da *ampla defesa* quanto à não autoincriminação, direito garantido em muitas jurisdições como fundamental. Esse direito visa proteger os indivíduos de serem forçados a fornecer evidências que possam ser usadas contra eles mesmos.

Para apoiar esse entendimento, é pertinente mencionar a lição de Queijo sobre a prerrogativa de o acusado selecionar as perguntas a que irá ou não responder:

A posição mais consentânea com o *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental que é, objetivando a tutela do acusado contra risco de autoincriminação, é permitir ao acusado que exerça o direito ao silêncio, durante o interrogatório do mérito, livremente. Mesmo porque não se poderia exigir dele que fizesse opção pelo direito ao silêncio, ou não, antes de conhecer as perguntas que seriam formuladas, exceto se se tratasse de estratégia defensiva previamente traçada. Desse modo, poderá o acusado não responder a nenhuma pergunta, como poderá responder a algumas delas e silenciar com relação a outras que entenda expô-lo a risco de autoincriminação. Fica assim assegurada integralmente sua liberdade de autodeterminação no interrogatório (QUEIJO, 2012).

O direito de permanecer em silêncio, de se abster de fazer declarações, de responder apenas às perguntas que não levem à autoincriminação, bem como responder de forma integral ou parcial às questões apresentadas, é conhecido como autodefesa negativa. O suspeito, o acusado, o réu ou o imputado no âmbito criminal, depois de devidamente informados sobre a acusação, têm o direito de escolher a estratégia defensiva que melhor lhes convém: a decisão de não fazerem declarações, de não comparecerem, de recusar a se submeterem a procedimentos ou a métodos de coleta de provas que lhes possam prejudicar a presunção de inocência (GIACOMOLLI, 2016).

Além do mais, no processo penal, o ônus da prova em relação à culpabilidade cabe à acusação. O acusado não tem o dever de colaborar com ela na formação de sua culpa.

Dessa forma, garante-se ao acusado o direito de escolher a melhor forma de se autodefender, sendo perfeitamente possível que ele, estrategicamente, não responda às indagações da autoridade judicial e da acusação, especialmente se essas perguntas têm o objetivo de incriminá-lo, não de absolvê-lo.

Os princípios do contraditório – paridade de armas e *ampla defesa* – são pilares fundamentais do sistema jurídico e se inter-relacionam. Mas a aplicação desses princípios não é sempre absoluta. Existem situações em que a *ampla defesa* e o contraditório podem ser relativizados em prol de outros direitos fundamentais. Na possibilidade de oitiva da vítima sem a presença do acusado, a restrição do contraditório visa proteger a privacidade e a integridade da vítima, a fim de evitar possíveis coações ou interferências indevidas durante o depoimento. Em situações em que o contraditório é relativizado em prol da *ampla defesa*, garante-se que o acusado tenha a possibilidade de permanecer em silêncio diante de algumas perguntas durante o interrogatório a fim de lhe preservar a autodefesa e evitar a autoincriminação.

Portanto, é essencial manter um equilíbrio sensato entre a *ampla defesa*, o contraditório e a paridade de armas no sistema jurídico em diferentes contextos. Esse equilíbrio visa garantir a justiça e a equidade no processo legal, protegendo os direitos das partes envolvidas e promovendo a busca pela verdade de forma imparcial e transparente, sem, contudo, sacrificar esses princípios a qualquer custo.

8. Conclusão

A relação entre o interrogatório e o direito ao silêncio seletivo, tanto no Brasil quanto em outras nações, infere que a seletividade do silêncio no processo penal configura-se um direito fundamental protegido não só pelo ordenamento jurídico interno, mas também por tratados internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Embora a legislação brasileira não faça menção específica ao silêncio seletivo, o art. 186 do CPP explicita que o réu tem o direito de permanecer calado e de não responder a perguntas que lhe forem formuladas. O parágrafo único desse mesmo artigo garante que o silêncio não será interpretado como confissão e usado para prejudicar a defesa. Aqui, cabe a interpretação mais benéfica ao acusado. Portanto, restringir o direito da defesa de formular perguntas depois de o acusado exercer o direito que lhe assiste ao silêncio constitui evidente transgressão ao parágrafo único do artigo 186 do CPP. O silêncio do acusado, afinal, não pode ser interpretado de maneira desfavorável à defesa, sendo inaceitável a tentativa de prejudicá-lo por meio da obstrução das perguntas formuladas pela defesa.

Ressalte-se que alguns tribunais internacionais têm entendimento de que a seletividade do silêncio no processo penal ainda en-

globalmente o direito à proteção contra a autoincriminação, ou seja, o indivíduo não pode ser compelido a responder a perguntas que o possam incriminar, mas tem a opção de responder a outras perguntas que o não prejudiquem.

O ilustre constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva (2008) realça que o direito ao silêncio seletivo decorre da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, e sua interpretação deve ser ampla e tutelar. O direito ao silêncio seletivo constitui, pois, importante manifestação da *ampla defesa* e da *proibição da autoincriminação*, permitindo que o réu escolha as informações que serão fornecidas durante o interrogatório. Por conseguinte, o réu possui o direito de se calar e não ser compelido a produzir provas contra si mesmo, em consonância com o *princípio da proibição da autoincriminação*, vetado pela Carta Magna brasileira.

Em virtude do exposto, importa ressaltar que a restrição do *princípio da ampla defesa* em prol da *busca pela verdade real* no contexto do processo penal não se pode realizar de forma imprudente, notadamente quando tal empenho possa culminar na transgressão de direitos fundamentais e garantias constitucionais do acusado. O escopo do processo penal deve, pois, guiar-se pelo *princípio do devido processo legal*, que, por sua vez, congrega o estrito cumprimento das salvaguardas individuais, como o direito ao silêncio, à *plenitude de defesa* e ao *contraditório*. Nessa senda, vale frisar que o silêncio seletivo do acusado é uma prerrogativa a ser estritamente preservada, sob pena de se afrontarem os *princípios da não autoincriminação e da autodefesa*.

Com efeito, a proteção dos direitos individuais do acusado é tida como ferramenta precípua de controle do poder punitivo estatal, resguardando-o de arbitrariedades e abusos perpetrados pelas autoridades. Ademais, a luta contra a impunidade não se pode dar, em hipótese alguma, a qualquer preço, sob pena de se instituir um estado de exceção, o que desrespeita, por conseguinte, os fundamentos que sustentam o Estado Democrático de Direito.

9. Referências

- AMORIM, L. C. *Direito ao silêncio seletivo em contexto de litígio transnacional: reflexões a partir da jurisprudência dos tribunais internacionais*. Revista de Direito Internacional, v.16, n.2, p. 169-186, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2021. /BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2019.
- BANDEIRA, Leonardo Marcondes Machado. *O direito ao silêncio no processo penal alemão: análise à luz do princípio da presunção de inocência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, nov./dez. 2015.
- BIANCHINI, Alice; GIACOMOLLI, Nereu José. *Direitos Humanos e Garantias Processuais Penais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 703.978/SC, rel. min. Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1.^a Região), Sexta Turma, Brasília, 5.4.2022, DJ 7 abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=144953092&num_registro=202103512141&data=20220407&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- CAMPOS, Marcelo Luizetto. *Direito ao silêncio e seu exercício seletivo*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 294, jul. 2018.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. /CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 25 mar. 2023.
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- Corte Europeia de Direitos Humanos. Direitos e liberdades fundamentais. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=cases&c#n1472089063471_pointer>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- Corte Internacional de Justiça. Jurisdição Penal Internacional. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/pt/casos/jurisdicao-penal-internacional>>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito ao Silêncio na Investigação Preliminar*. São Paulo: Atlas, 2018.
- COSTA, José de Faria. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
-

Artigo

Entre a proteção da defesa e a busca da verdade: o dilema do direito ao silêncio seletivo no interrogatório do réu
Simone Campos de Abreu

ZEGA, Fabiana Melo. *Direito ao silêncio seletivo: uma análise crítica à luz dos sistemas internacional e constitucional brasileiro*. Revista de Direito Internacional, v. 16, n. 2, p. 231-259, 2019.

Artigo recebido em: 26/03/23.

Artigo aprovado em: 06/11/23.

DOI: 10.59303/dejure.v22i39.491

94 - 121

Artigo

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE
A FUNÇÃO DA PENA E SUA
REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO**

DAIANE RIOGA VIANA FERREIRA

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO DA PENA E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO

THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: CONSIDERATIONS ON THE
FUNCTION OF THE PENALTY AND ITS REPERCUSSION IN THE LEGAL WORLD

DAIANE RIOGA VIANA FERREIRA

Especialista em Direito Processual
Unihorizontes, Belo Horizonte/Brasil
daianerioga@gmail.com

RESUMO: As penitenciárias brasileiras estão um caos, onde o objetivo da pena não é alcançado. A exemplo disso está a superlotação, que reitera a função punitiva da pena, piorando as condições físicas e mentais do apenado, e refletindo diretamente no seu retorno ao convívio em sociedade. Assim, o presente artigo científico, primeiro, buscará compreender as teorias da pena e, depois, aplicá-las ao cenário atual dos presídios, evidenciando os desrespeitos aos direitos consagrados no âmbito constitucional e infraconstitucional. Em seguida, será possível averiguar se o Estado cumpre com o seu papel quanto à teoria adotada no Brasil, destacando quais meios podem ser apresentados para solucionar o problema da superlotação. Para tanto, é crucial mencionar a doutrina de Rogério Greco, bem como duas jurisprudências importantes proferidas pelo STJ e pelo STF, quanto ao cômputo em dobro da reprimenda, e o reconhecimento do estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário e os efeitos gerados.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias da pena; superlotação; direitos humanos; sistema penitenciário.

ABSTRACT: Brazilian prisons are in chaos, where the goal of punishment is not achieved. An example of this is overcrowding, which emphasizes the punitive function of the penalty, worsening the physical and mental conditions of the convict, directly affecting their reintegration into society. Thus, this scientific article will first seek to understand the theories of punishment and then apply them to the current scenario of prisons, highlighting the disregard for the rights enshrined in the constitutional and infraconstitutional scope. Next, it will assess whether the State fulfills its role according to the theory adopted in Brazil, emphasizing possible solutions to address the problem of overcrowding. To this end, it is crucial to mention the doctrine of Rogério Greco, as well as two important jurisprudences issued by the STJ and the STF, regarding the double computation of the reprimand and the recognition of the unconstitutional state of affairs in the penitentiary system and the resulting effects.

KEYWORDS: Theories of penalty; overcrowded; human rights; penitentiary system.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução histórica da pena. 3. Teorias funcionais da pena. 3.1. Teorias absolutas. 3.2. Teorias relativas. 3.3. Teorias mistas. 4. Direitos assegurados ao apenado. 5. Condições atuais do sistema penitenciário ante a superlotação. 6. O efeito do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. 7. Possíveis soluções incorporadas na jurisprudência e na doutrina. 7.1. O cômputo em dobro da pena como solução provisória atribuída pela resolução da Corte IDH de 2018 e reconhecida pelo RHC 136.961, do STJ. 7.2. A necessidade de atuação conjunta de todos os Poderes para solucionar a crise do sistema carcerário, conforme Rogério Greco. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. Introdução

A pena privativa de liberdade não possui unicamente a função de punição do indivíduo infrator, mas também busca a prevenção do crime e a reinserção do apenado na sociedade. Assim, dada a situação atual do sistema penitenciário, se faz necessária uma reanálise dos objetivos da reprimenda, tendo-se em conta que o Estado não está conseguindo assegurar todos os direitos presentes nas legislações extravagantes e na Constituição Federal, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos.

Uma patente violação a esses direitos é a superlotação, pela qual os presos, por falta de garantia de sua dignidade, são submetidos a um sistema de dupla punição, uma vez que, além de receberem a resposta estatal pela conduta delituosa, sofrem com a precariedade do local onde foram inseridos. Para Barbosa et al. (2021, p. 11), a superlotação acrescida da crise sanitária se revelou uma verdadeira “política de morte”.

Desta forma, sendo perceptível a afronta aos direitos do detento, em evidente desrespeito à função da pena, visto que, apesar da previsão legal, muitos se encontram em estabelecimentos penitenciários superlotados, indaga-se quais atitudes devem ser tomadas para que seja cumprida, de fato, a função da pena e ocorra a prevenção do crime.

A fim de dar respostas a essa problemática, o objetivo deste trabalho será estabelecer as possíveis soluções para a lotação do sistema carcerário, tecendo ideias de alcance em curto e longo prazo, aptas a corrigir as condições de indignidade a que o detento está sendo submetido. Além disso, para chegar a esta conclusão, é necessário perpassar pela compreensão do que seria a função da pena, bem como pelas garantias inerentes ao sujeito em situação de supressão de liberdade.

Para tanto, é necessário sintetizar a evolução histórica da pena, as teorias desenvolvidas quanto à finalidade da reprimenda, e os direitos e garantias constitucionais e internacionais assegurados legalmente ao detento. Superada essa fase, busca-se analisar a superlotação com base em dados concretos constantes no *site* do Ministério da Justiça, referentes ao primeiro semestre de 2021, bem como analisar duas jurisprudências dos tribunais superiores, que trabalharam soluções no caso concreto.

2. Evolução histórica da pena

A pena só conseguiu a legitimação de que precisava quando estipulou um determinado fim, nas palavras de Mariel Muraro (2017, p. 94), “promovendo a ideia de que ela tem uma função, de que produz um ‘bem’ para alguém”, criando a convicção de que é um mal necessário, utilizado para restaurar a ordem jurídica (BITENCOURT, 2011, p. 25).

Nesse mesmo sentido, Cesare Beccaria, logo no primeiro capítulo de seu famoso livro *Dos delitos e das penas*, discorre que as penas possuem origem nas leis, estabelecendo motivos para que o homem que foi submetido ao controle do Estado, renunciando à sua liberdade, não viesse a retomá-la e, juntamente com a sua, tomar a liberdade dos demais homens que optaram pelo controle soberano como forma de proteção.

Assim, discorre o autor supracitado, que

eram necessários motivos sensíveis que bastassem para demover o despótico ânimo de cada homem de reimmergir, no antigo caos, as leis da sociedade. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (BECCARIA, 2020).

No entanto, apesar de hoje conhecida e evidente a justificativa para sua criação, não é possível datar com precisão quando a reprimenda começou a ser utilizada, sendo certo que

quem quer que se proponha a aprofundar-se na história da pena de prisão corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo se encontra cheio de espinhos. (BITENCOURT, 2011, p. 27).

Assim, para fins desta construção científica, importa uma análise mais restrita da evolução da pena, incidindo de forma sucinta em alguns pontos importantes da história.

Sob a ótica da antiguidade, as interações humanas sempre foram pautadas em regras de convivência. Diante da necessidade do homem de viver em sociedade, era imprescindível estabelecer limites, e quem os desrespeitasse sofria com a reação social em defesa da paz, podendo chegar à expulsão do infrator da tribo ou grupo familiar. Aqui, então, a ideia da pena perpassava pela eliminação do “inimigo de comunidade” e pela prevenção, evitando-se a disseminação da mácula da qual o agente foi contaminado, uma vez que a antiguidade tinha fortes convicções no sobrenatural e na vingança dos deuses (CALDEIRA, 2009, p. 260).

Neste mesmo período também surgiu a vingança privada. Indivíduos integrantes de diferentes grupos, em razão da ofensa perpetrada, se dirigiam até o infrator imbuídos por um sentimento de vingança.

Com o passar dos anos, o desenvolvimento social e o apego à religião, rapidamente chega o momento da vingança divina, na qual os castigos eram baseados na benevolência dos deuses, que poderiam livrar o suposto infrator, caso ele fosse inocente dos atos imputados (CALDEIRA, 2009, p. 261).

Logo em seguida veio a vingança pública,

com a evolução das organizações sociais e o avanço e reforço da vida política, surgiram comunidades maiores e com tendência de centralizar o poder, passando a pena a representar uma reação desta coletividade, com o objetivo de autopreservação. (CALDEIRA, 2009, p. 262).

Finda esta primeira fase do surgimento histórico da pena, nasce do direito grego, romano, germânico e canônico o Direito Penal Comum, pautado na intimidação e na expiação (TEIXEIRA, 2008, p. 22). Aqui a pena possui caráter retributivo, caracterizando-se por punições públicas (CALDEIRA, 2009, p. 264).

Imperioso ressaltar, por oportuno, que, segundo Bitencourt (2011), esses períodos estão relacionados com penas de tortura, as quais eram amplamente utilizadas como meio de obter a verdade.

Além disso, eram submetidos os infratores a más condições, onde

as masmorras das casas consistoriais e as câmaras de torturas estavam umas ao lado das outras e mantinham os presos até entregá-los ao Monte das Orcas ou às Pedras dos Corvos, abandonando, amiúde, mortos, que haviam sucumbido à tortura ou à febre do cárcere. (BITENCOURT, 2011, p. 28).

Haja vista as transcrições dos suplícios, feitas por Foucault (1987), que denotam a crueldade das penas aplicadas, não sendo observado nenhum direito ao condenado, nem mesmo a garantia de um devido processo.

Apesar das atrocidades testemunhadas na antiguidade, é importante reconhecer que foi nesse momento que ocorreram as primeiras manifestações do que seria a pena privativa de liberdade, bem como uma ideia inicial de sistema penitenciário (CALDEIRA, 2009, p. 264).

Com o passar do tempo, já na idade moderna, a pena ganha aspectos ressocializadores, não concentrados só na ideia de punição do indivíduo, o que foi desenvolvido de maneira mais eficaz na idade contemporânea, após o Iluminismo, baseando-se o funcionamento da sociedade na razão, defendendo a soberania da lei, a defesa dos direitos subjetivos e as garantias necessárias no processo penal (CALDEIRA, 2009, p. 267).

A partir daí, conhecido como período humanitário da pena, são criadas escolas que abandonaram as irracionalidades das penas aplicadas nos tempos antigos, introduzindo a ideia da proporcionalidade entre o mal gerado e a sanção imposta, bem como a fixação de leis específicas e predominância de juízes capazes de julgar os crimes.

No entanto, apesar do grande avanço, as penas estabelecidas ainda consistiam na morte e na mutilação, uma vez que as prisões eram vistas como uma forma de guardar o preso para um posterior julgamento (CALDEIRA, 2009, p. 268).

Assim, diante do crescente número de pessoas na pobreza e do aumento na criminalidade, optou-se pela criação da pena privativa de liberdade, que surge para sanar o problema da pena de morte, que não poderia ser aplicada indistintamente a tantas pessoas, além de proporcionar um desenvolvimento econômico, já que, com a prisão, os delinquentes passaram a ser utilizados como mão de obra gratuita (BITENCOURT, 2011, p. 38-39).

Desta forma, de acordo com Caldeira,

a prisão surge em razão da necessidade do regime econômico capitalista em crescente desenvolvimento, e também como forma de controle social da classe que dominava tal regime, possuindo, na verdade, finalidade de controle social. (CALDEIRA, 2009, p. 268).

Sucessivamente, surgem outras escolas para superar as ideias anteriores, como a Escola Positivista, que interpretava a pena como uma instituição do Estado, aplicando a rigorosidade dos fatos, buscando o fundamento racional da conduta do agente, iniciando, então, a ideia do que viria a ser a individualização da pena, já que considerava em seus estudos a personalidade e a conduta social do criminoso para o aperfeiçoamento da sanção (CALDEIRA, 2009, p. 270).

Além desta, uma outra escola foi a Escola Crítica ou Eclética, que via a pena como uma forma de defesa social, “mas diferenciam-se da Escola Positiva ou Antropológica, pois admitiam que os loucos sejam suscetíveis a mudanças bruscas nas atitudes, tendo em vista castigos ou recompensas” (CALDEIRA, 2009, p. 270).

Assim, diante do deslanchar da história, percebe-se que a pena possuiu diversos objetivos, desde a simples punição do indivíduo, até a busca pela garantia dos direitos do apenado, dada a gravidade das punições. Faz-se pertinente, então, uma análise das teorias funcionais que foram elaboradas em relação à pena, com o fim de correlacioná-las com a evolução histórica e a prática cotidiana da aplicação da reprimenda.

3. Teorias funcionais da pena

Tendo em vista a necessidade de se atribuir uma finalidade à pena, foram desenvolvidas teorias, as quais podem ser divididas em três grandes grupos, a saber, as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas.

Assim, para uma melhor compreensão da função da pena, é necessário separá-las em tópicos, destacando-se somente pontos pertinentes a esta construção acadêmica, sem o objetivo de exaurir o tema.

3.1. Teorias absolutas

As teorias absolutas, também conhecidas como retributivas ou da repressão, buscam a finalidade da pena na retribuição do mal gerado, sendo decorrente de uma exigência de justiça. De acordo com Prado (2004, p. 2), essas teorias possuem

origem no idealismo alemão, sobretudo com a *teoria da retribuição ética ou moral de Kant* – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência.

Imperioso destacar que aqui não se observa a finalidade voltada para a prevenção do crime, ou mesmo algum efeito social futuro para o apenado, mas exclusivamente a justiça pautada na retribuição do crime (RODRIGUES, 2021, p. 25).

Apesar do caráter retributivo, infere-se uma certa proporcionalidade entre a gravidade do fato e a pena aplicada, uma vez que, na prática de um ilícito penal, este deve ser reparado por uma aflição em igual medida, sendo um mecanismo necessário para restaurar a ordem pública violada.

Entretanto, mesmo para Kant, que era adepto desta teoria, não seria possível retribuir todo o mal gerado, visto que “mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolvesse, ainda assim o último assassino deveria ser punido, a fim de que cada um recebesse a retribuição que exige sua conduta” (ESTEFAM, 2018, p. 377).

3.2. Teorias relativas

As teorias relativas, também conhecidas como finalistas, utilitárias ou da prevenção, veem a pena como um objetivo futurístico, sendo justificável a aplicação da sanção enquanto estiver cumprindo seu papel de prevenção do crime, necessária à segurança social.

Nas palavras de André Estefam, os adeptos desta teoria defendem que

Não se admite possa a pena servir como simples mecanismo de retribuição. Não se justifica a imposição de um mal tão grave e acentuado sem que haja, por detrás, a busca de um fim ulterior, de uma meta superior. Seus adeptos, então, aduzem que a finalidade superior consistiria justamente em evitar a ocorrência de novos crimes: *pune-se para não delinquir (punitur ne peccetur)*. (ESTEFAM, 2018, p. 378).

Trata-se, portanto, de uma forma de garantia social de que novos delitos não irão acontecer, tudo isso a partir da prevenção do crime, que é tratada sob a ótica da prevenção geral e prevenção especial.

Sucintamente, a prevenção geral, que é subdividida em negativa e positiva, estabelece a ideia de intimidação; a sociedade, ao ver o infrator submetido ao castigo pelo mal gerado, será intimidada a não realizar as mesmas condutas, evitando, assim, a prática de novos delitos pelo medo da reprimenda. Além disso, traz a “fidelidade e o respeito às normas vigentes, a afirmação da estabilidade do Direito, tendo como consequência de sua violação, a sanção penal” (RODRIGUES, 2021).

Já a prevenção especial, que também é subdividida em positiva e negativa, estabelece a retirada do indivíduo do meio social pelo cárcere. Mas, ao passo que se retira o infrator do convívio social, os adeptos desta teoria buscam a ressocialização do apenado, trabalhando nele meios para que não venha cometer novos crimes e, após o cumprimento efetivo da reprimenda, retorne à sociedade (RODRIGUES, 2021).

3.3. Teorias mistas

Também conhecida como teorias ecléticas, intermediárias ou conciliatórias, as teorias mistas identificam um papel duplo na pena, a saber, retribuir e prevenir o crime, *punitur quia peccatum est et ne peccetur* (ESTEFAM, 2018, p. 378).

Assim, a partir da conciliação da retribuição do mal causado com os fins da prevenção geral e especial, esta teoria assevera que

a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração. (PRADO, 2004, p. 6).

À vista disto, o legislador brasileiro ateu-se à necessidade da prevenção do crime, sem se esquecer dos anseios de justiça, retribuindo ao infrator uma sanção pelo delito praticado, demonstrando sua aderência à teoria mista.

Nesse sentido, estabelece o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) que o juiz, ao aplicar a reprimenda, deverá dosá-la conforme a medida da reprovabilidade do crime praticado, bem como visando o necessário à sua prevenção, levando em consideração algumas circunstâncias judiciais imprescindíveis para a individualização da pena do sujeito em conflito com a norma penal.

Além disso, de acordo com Cristiano Rodrigues (2021), a pena passará por três etapas. A primeira é a prevenção geral negativa, “presente na cominação abstrata da pena”. A segunda é a prevenção geral positiva e retribuição, sendo aqui aplicada a pena concreta, já devidamente individualizada e dosada pela gravidade do fato e na medida da culpabilidade do autor. Por fim, a terceira etapa liga-se à prevenção especial positiva e negativa, que estabelece a execução da reprimenda, possibilitando ao agente o sistema progressivo.

4. Direitos assegurados ao apenado

A legislação penal brasileira, quanto às garantias e direitos do preso, é muito ampla, pois o Brasil é um dos maiores ratificadores de tratados internacionais nesse sentido, criando diversos mecanismos e parâmetros de preocupação e proteção ao apenado.

A exemplo disso está a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que consagraram direitos e garantias instituídos internacionalmente e utilizados como base na confecção da Constituição Federal.

Além destes, há também as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, no âmbito internacional, conferidas pelo I Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e para Tratamento de Delinquentes (BITENCOURT et al., 2021, p. 851).

Todos esses ordenamentos,

de forma geral, objetivam estabelecer padrões e conceitos essenciais atualizados, com princípios e regras de organização penitenciária e boas práticas relativas ao tratamento de presos, tanto que o artigo 11 do Pacto assegura a proteção da honra e da dignidade, afirmando que: ‘toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade’ e ainda que ‘toda pessoa tem direito à proteção da lei contra ingerências ou ofensas’ (BITENCOURT et al., 2021, p. 852).

À vista disso, foram criadas leis nacionais estabelecendo parâmetros e diretrizes para implementação no sistema penitenciário, que vão desde a metragem de cada cela até aos direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à convivência familiar. É o que se extrai do teor dos artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), constituída na intenção de ressocializar o apenado e assegurar condições mínimas ao detento, sendo dever do Estado dar assistência ao preso.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - Material;

II - À saúde;

III - Jurídica;

IV - Educacional;

V - Social;

VI – Religiosa.

Ressalte-se que essa assistência é estendida tanto ao preso provisório quanto ao preso definitivo. Assim, apesar de perder sua liberdade, o detento possui direito a um tratamento com dignidade.

Diante desses critérios assistenciais estabelecidos, Costa Júnior e Marcelo Moreira (2019, p. 32) destacam que a Lei de Execução Penal é um instrumento que traz recursos teóricos para mudar a situação dos presídios, se de fato devidamente efetivada, cabendo não só aos funcionários do estabelecimento penal cooperar pela melhora, mas também às famílias dos presos e ao Poder Executivo, o qual, através de sua função diretiva, deve promover investimento nas penitenciárias.

À vista disso, Sônia Proença menciona que a assistência ao preso indica uma atuação positiva do Estado, com implementação de políticas públicas, cabendo a ele o

dever de fornecer a estes agentes alimentação, vestuário e instalações higiênicas, uma vez que estão sob sua custódia e devem ter as condições mínimas de sobrevivência garantidas, conforme artigo 12, da LEP (2020, p. 48).

Ainda há disposições, especificamente no artigo 13 da LEP (BRASIL, 1984), que determinam que os estabelecimentos prisionais devem dispor de instalações e serviços condignos, dentro de uma metragem específica, assegurando ao condenado condições mínimas de vida dentro da penitenciária (PROENÇA, 2020, p. 48).

Essa assistência ao preso também é efetivada por meio da garantia de alguns direitos que, por sinal, estão previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, além de outras legislações esparsas e no plano internacional.

A Constituição determina que não serão permitidos maus-tratos e castigos cruéis ou desumanos, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, além da igualdade entre homens e mulheres, entre outros (RODRIGUES; CORDAZZO, 2019, p. 211).

No que diz respeito à Lei de Execução Penal, esta elenca, no seu artigo 41 (BRASIL, 1984), dezesseis incisos sobre os direitos do apenado, os quais devem ser respeitados por todas as autoridades.

Entretanto, não obstante a lei e seus desígnios, a situação atual do sistema penitenciário é precária e não condiz com a previsão legal, em que nem mesmo condições de alimentação são dadas aos detentos; segundo Muraro (2017, p. 133), são comuns as reclamações quanto à qualidade da comida, que é servida azeda ou estragada, além das reclamações acerca da higiene, haja vista a superlotação dos presídios.

5. Condições atuais do sistema penitenciário ante a superlotação

Atualmente, o sistema penitenciário não está dentro dos moldes sonhados pelo legislador ao confeccionar as garantias individuais, nem tampouco atrelado aos princípios do direito penal elencados na Carta Magna.

Isso porque, mesmo com esses direitos, estabelecidos tanto na Constituição quanto nas leis infraconstitucionais, ainda persistem as más condições de vida dentro dos presídios, onde muitos têm seu estado de saúde agravado, além da escassez de medidas higiênicas (BARBOSA; MARINHO; COSTA, 2021), o que corrobora o descumprimento da função da pena, pois que ela perde uma de suas finalidades, qual seja, a ressocializadora, e passa a trabalhar a ideia de simplesmente punir.

Assim, tendo em vista que o Brasil possuía, entre janeiro e junho de 2021, o total de 815.165 pessoas em cumprimento de pena, dos quais somente 91.238 detentos estavam em regime aberto (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021), as políticas voltadas para o combate à criminalidade deveriam ser mais assíduas e eficazes, objetivando a reinserção do indivíduo na sociedade, bem como o cumprimento efetivo da pena.

Mas, ao contrário do mundo ideal, o que hoje predomina no Brasil é a necropolítica, ou melhor, a política de morte, uma vez que o Estado, omissivo quanto ao seu papel na reeducação social, age com desrespeito e descaso (BARBOSA; MARINHO; COSTA, 2021), inserindo o indivíduo infrator em uma política de hiperencarceramento, que conta com 491.064 vagas, distribuídas em 2.855 estabelecimentos prisionais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021).

Nesse sentido, Rogério Greco relaciona a situação atual dos presídios às masmorras antigas, uma vez que

o orçamento destinado ao sistema penitenciário quase nunca é o suficiente para as suas necessidades básicas. Os direitos mais mezinhos, a exemplo da possibilidade de se alimentar dignamente, de tomar banho, utilizar a energia elétrica, enfim, situações que, de modo algum, importariam em regalias para o preso, são desprezados, fazendo com que o sistema carcerário mais se pareça com as masmorras do período medieval (2015, p. 226).

Ademais, verifica-se que grande parte das pessoas ocupantes dos estabelecimentos prisionais estão sob prisão provisória, ou seja, atualmente as medidas coercitivas chegam primeiro que o devido processo legal, que deveria apurar previamente a autoria do crime para então estabelecer a medida extrema, o que contribui para a superlotação carcerária (GRECO, 2015, p. 228). Conforme dados constantes no *site* do Ministério da Justiça, mais de 228.000 pessoas estavam presas preventivamente no primeiro semestre do ano de 2021.

Desta forma, nesse abarrotado de pessoas o que prevalece é a lei do mais forte. E o Estado, na tentativa de controlar as rebeliões e contendas dentro dos presídios, estabelece um novo método de separação dos detentos, o qual não está previsto em lei, que é o da facção à qual pertence o detento, fazendo com que haja o fortalecimento das organizações criminosas (BITENCOURT et al., 2021, p. 858).

Assim, com essa nova forma de organização dos presos, o sujeito infrator de menor gravidade passa a conviver com aqueles que cometeram delitos de maior proporção, operando-se, então, a evolução dos métodos utilizados para a prática criminal, e o acautelado sairá do presídio “pós-graduado na prática delitiva” (BOCALETI; OLIVEIRA, 2017, p. 214)

6. O efeito do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário

Diante da situação degradante do sistema carcerário, foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, com o fim de combater as irregularidades e as situações indignas às quais o detento é submetido (LEMOS; CRUZ, 2017).

O grande marco dessa ação foi o requerimento, em sede cautelar, para que as penitenciárias nacionais fossem classificadas como um “estado de coisas inconstitucional”, que é uma técnica utilizada quando se identifica

um ‘bloqueio institucional’ para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas (LEMOS; CRUZ, 2017, p. 23).

Conforme dispõe Lemos e Cruz em sua análise jurisprudencial, o citado ADPF, é voltado ao

enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Ademais, da forma pela qual foi proposta, a ADPF desafia a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, não apenas aspectos do controle, mas outras ações ou omissões do poder público (2017, p. 22).

Ressalte-se que, para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, que é um instituto de origem colombiana, é necessário preencher alguns requisitos, quais sejam, a prolongada omissão no cumprimento das obrigações pelas autoridades; um número significativo de pessoas com direitos fundamentais violados; a necessidade de se envolverem vários órgãos estatais para solucionar o problema; e, por fim, a potencialidade de abarrotamento judiciário, dado que, se todos recorrerem de seus direitos, haverá expressiva demanda judicial (MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES, 2021, p. 819).

Assim, tal ação constitucional serviu para anunciar o estado degradante do sistema penitenciário nacional, reconhecendo “expressamente a existência de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária” (OLIVEIRA, 2020).

No entanto, das oito teses levantadas pelo requerente, seis detinham previsão legal ou projetos em curso, fazendo com que somente duas delas fossem deferidas, quais sejam, a necessidade de liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a imposição aos magistrados para realizarem audiência de custódia (BRASIL, 2015).

Além disso, os efeitos após o acórdão da ADPF não foram significativos, sendo que

as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático e coisas por meio do Direito é posta em dúvida. (MAGALHÃES, 2019, p. 31).

Isso porque as audiências de custódia não atingiram aqueles que já estavam em situação degradante, mas foi uma garantia que beneficiou os futuros detentos (MAGALHÃES, 2019, p. 17), cabendo ressaltar que, atualmente, ela foi regulamentada pela Lei nº 13.964, de 2019, que alterou o Código Penal (BRASIL, 1940).

Quanto ao Funpen, o efeito gerado pela ADPF foi a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, que mais tarde foram convertidas em lei, tornando o fundo mais dinâmico, acrescentando “objetivos novos e destinando recursos para áreas de inteligência e segurança pública” (MAGALHÃES, 2019, p. 24).

Assim, deixando de lado as críticas quanto ao reconhecimento do instituto do estado de coisas inconstitucional no Brasil, bem como a forma que atingiu a separação de poderes, o que não é o escopo da presente construção acadêmica, infere-se que os impactos produzidos pela ação constitucional em comento não foram capazes de minimizar os problemas estruturais do sistema carcerário, porquanto os métodos consagrados depois da ação seguem a mesma lógica anterior a ela (MAGALHÃES, 2019, p. 25).

Mas, apesar disso, a partir deste marco histórico de reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema penitenciário, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro submeteu a controvérsia da superlotação e insalubridade dos presídios à Corte Interamericana de Direitos Humanos, na busca por condições dignas que permitam o cumprimento da função salutar da pena (SILVA, 2021, p. 11).

7. Possíveis soluções incorporadas na jurisprudência e na doutrina

À vista dos problemas levantados pelos dados concernentes à superlotação, bem como pelos relatos sobre a situação degradante dos presídios, passa-se à análise de duas possíveis soluções.

A primeira, de iniciativa internacional, com reconhecimento no Superior Tribunal de Justiça, estabelece uma alternativa a curto prazo para solucionar o problema nos presídios por meio da análise de um caso específico do Rio de Janeiro.

Já na segunda, em uma perspectiva teórica atribuída pelo doutrinador Rogério Greco, será apresentada uma solução a longo prazo, a fim de sanar ou mesmo melhorar o colapso atual das penitenciárias.

7.1. O cômputo em dobro da pena como solução provisória atribuída pela resolução da Corte IDH de 2018 e reconhecida pelo RHC 136.961 do STJ

A Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, foi elaborada na intenção de reduzir as condições de insalubridade, mortes recentes, superlotação e outras precariedades presentes no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro (SILVA, 2021).

Por meio desta medida, o Estado brasileiro se submeteu à aplicabilidade da Corte e começou a adotar meios, a primeiro momento provisórios, que pudessem transformar a realidade da penitenciária, uma vez que foram recebidas diversas denúncias acerca das condições desumanas a que eram submetidos os presos (SILVA, 2021, p. 16).

Ressalte-se, por oportuno, que a referida resolução foi o produto de diversas resoluções emitidas pela Corte, desde 2016, na busca de informações dos órgãos brasileiros, bem como pela aplicação das medidas cautelares requisitadas.

Assim, sendo estabelecido o contato com o Brasil, este enviou relatórios à Corte assumindo sua responsabilidade e reconhecendo a situação de superlotação dos presídios, em especial o IPPSC, acrescentado que propôs

a criação de Grupo de Trabalho no âmbito do Ministério Público do Rio de Janeiro para tratar do tema superlotação, a criação de Comitê Interinstitucional de Enfrentamento da Superpopulação Carcerária no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado e Departamento Penitenciário Nacional, informa a adoção de alternativas penais e de medidas como o monitoramento eletrônico e a possibilidade de conceder prisão domiciliar aos internos que estejam cumprindo satisfatoriamente a pena em regime aberto (SILVA, 2021, p. 18).

No entanto, o fato curioso desta resolução foi a solução atribuída de aplicação imediata, uma vez que determinou que aqueles que estão cumprindo pena privativa de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho recebam o benefício da contagem em dobro pelo tempo de privação no local, sendo reconhecidas as condições de insalubridade da penitenciária, e acrescentando que as penas ali incorporadas impõem uma dupla punição pela sua antijuricidade, porquanto o sofrimento é maior do que a mera privação de liberdade, sendo razoável

compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução. As penas ilícitas não deixam de ser penas

em razão de sua antijuridicidade, e o certo é que vêm sendo executadas e causando sofrimento, circunstâncias que não se pode negar para chegar a uma solução o mais racional possível [...] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 23).

Desta forma, tendo em vista tais determinações, em que a Corte estipulou o cômputo em dobro da pena em situação de insalubridade, reconhecendo a antijuridicidade da pena ali aplicada, foi proposto o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 136961, o qual, em razão do princípio *pro persona*, atribuiu interpretação favorável àquele que está em situação de violação de direito, ampliando a contagem do cômputo em dobro ao período total em que o paciente esteve privado de liberdade na penitenciária IPPSC, já que a resolução não estipulou o termo inicial de contagem (BRASIL, 2021, p. 5).

Além disso, foi reafirmado o caráter vinculante das sentenças emitidas pela Corte IDH, a qual detém legitimidade para julgar as violações do Pacto de São José da Costa Rica. Um eventual desrespeito atinge diretamente o princípio do *pacta sunt servanda*, não podendo o Estado “alegar razões de ordem interna para se furtar a assumir sua responsabilidade internacional e respeitar seus compromissos convencionais” (ANDRADE, 2006, p. 153).

Assim, verifica-se a obrigatoriedade do país vinculado à Corte em comento em cumprir as sentenças proferidas.

7.2. A necessidade de atuação conjunta de todos os Poderes para solucionar a crise do sistema carcerário, conforme Rogério Greco

Aqueles que possuem uma visão superficial da crise carcerária concluem que se trata de uma mera questão matemática, chegando ao simples raciocínio de aumentar a capacidade das penitenciárias ou diminuir o número de detentos (PUTIGNANO, 2021, p. 57).

No entanto, a solução é mais difícil do que parece, uma vez que envolve diversas esferas de atuação do Poder Público, sendo que “nenhuma medida isolada é suficientemente eficaz no sentido de resolver o problema do sistema prisional” (GRECO, 2015, p. 351).

À vista disso, a solução recorrente entre os estudiosos do Direito é a privatização dos presídios, com o melhoramento da estrutura e a incorporação do estabelecido na Lei de Execução Penal, e assim a melhora na qualidade de vida do detento proporcionará a dignidade da pena e um cumprimento humanizado (FREITAS, 2017, p. 44).

Entretanto, a ideia de transferir o poder punitivo do Estado ao particular que visa ao lucro acarreta violação direta da função da pena, além do teor do texto constitucional, pois que não é permitida a delegação do poder de polícia (FERNANDES; SILVA; CAVALCANTI, 2020).

Assim, solucionar o impasse da superlotação é tarefa difícil. Para os adeptos da privatização ou terceirização dos presídios, em especial Rogério Greco, apesar dos movimentos contrários, verifica-se a necessidade de implementação de formas mais eficazes no tratamento do preso por meio da fiscalização direta pela Administração Pública. A negligência estatal nos presídios permite que os detentos vivam em condições sub-humanas, sendo crucial atribuir uma finalidade digna aos sujeitos com liberdade suprimida (GRECO, 2015, p. 348).

Contudo, apesar dos benefícios que a privatização pode gerar, deve-se auferir a razoabilidade dessa iniciativa, se de fato é a melhor solução, uma vez que ela também acarreta pontos negativos. A exemplo disso, apesar de *a priori* solucionar o problema da superlotação com a construção de novos presídios, com o passar do tempo, mesmo o sistema privado sofre com o alto contingente populacional, uma vez que, com vista no lucro e na redução de gastos, a qualidade do serviço prestado cai diante do aumento da demanda (FREITAS, 2017, p. 46).

Mas, como já mencionado, para além da mera privatização,

há necessidade de uma atuação complexa e coordenada de todos os Poderes constituídos, adotando-se medidas de política estatal, de política criminal, bem como de política penitenciária, com a finalidade de evitar a prática de infrações penais (GRECO, 2015, p. 348).

Isso se reflete diretamente no número de presos no sistema penitenciário.

Desta forma, conforme Rogério Greco (2015, p. 242-244), com a política estatal a ideia é dar mais atuação ao Estado, possibilitando, pela efetivação das leis, que as comunidades carentes tenham acesso à saúde, à educação e a outras ações positivas com alvo nas famílias de baixa renda, que são os maiores destinatários da aplicação do direito penal.

Quanto à política criminal, tem-se a reforma da aplicabilidade da punição carcerária, levando a segregação cautelar somente aos crimes mais graves, e deixando a proteção aos demais bens jurídicos às outras esferas do direito, além da adoção de medidas despenalizadoras.

No que concerne à política penitenciária, esta diz respeito à fiscalização dos presídios sob as entidades responsáveis, auferindo-se o tratamento dos detentos e as atividades desenvolvidas durante a segregação, o que corrobora o caráter preventivo da pena.

Assim, não se pode deixar de considerar aquilo apresentado por Greco, quanto à atuação conjunta dos três Poderes, a qual é crucial para solucionar a superlotação dos presídios.

8. Conclusão

A pena, como resposta estatal ao ato cometido pelo infrator, possui finalidade embasada em teorias funcionais incorporadas na execução. Nesse sentido, foram analisados os enfoques gerais de três grupos de teorias existentes quanto ao objetivo da pena. No Brasil, pela análise do artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), foram adotadas as teorias de natureza mista, atribuindo-se à reprimenda um caráter retributivo, mas também preventivo, na medida em que busca meios de evitar futuras transgressões.

Além disso, pela institucionalização de uma finalidade para a pena, infere-se que há uma preocupação, ao menos em tese, de se extinguirem os antigos castigos, visto que, conforme demonstrado pela evolução histórica da punição estatal, eram incorporados castigos corporais, sendo recorrentes os suplícios descritos por Foucault (1987).

No entanto, não se pode deixar de notar que as circunstâncias em que atualmente são submetidos os detentos do sistema penitenciário nacional remetem a essas mesmas condições, e a insalubridade das masmorras antigas se faz presente nos presídios brasileiros.

Essas más condições de vida, que refletem o desrespeito direto ao princípio da dignidade da pessoa humana, são desdobramentos de um sistema em caos que está caindo diante da superlotação, não possuindo o Estado recursos para receber tamanha demanda, o que gerou o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que a estrondosa população carcerária é fruto da ausência de aplicabilidade de políticas voltadas para a redução deste contingente por meio de alternativas à prisão; de fato, conforme apurado no *site* do Ministério da Justiça, a pretensão estatal está voltada em punir o indivíduo antes mesmo de se estabelecer o devido processo legal, haja vista as mais de duzentas mil pessoas presas preventivamente.

Desta forma, em resposta à problemática levantada, para que haja a prevenção do crime é necessário solucionar primeiro a superlotação, uma vez que, dada a impossibilidade de se arquitetar um plano de organização dentro dos presídios que separe os detentos conforme a gravidade do crime praticado, o que se verifica dentro do sistema prisional é uma verdadeira escola do crime, onde o detento irá se tornar pós-graduado em prática delitiva (BOCALETI; OLIVEIRA, 2017, p. 214).

Então, superada essa fase em que há notória desvinculação da função preventiva da pena, será possível adotar os sonhados moldes do legislador quando elaborou as leis referentes à execução da pena, as quais possuem amplo campo de atuação, já que o Brasil é um dos maiores ratificadores de tratados internacionais de direitos humanos.

Com isso, percebe-se que o principal problema não é a legislação aplicável ao caso, mas sim a eficácia que é atribuída na prática.

À vista disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, provocada pela Defensoria Pública, atuou na aplicabilidade dos direitos consagrados aos detentos, sendo reconhecida, com medida cautelar, a contagem em dobro do período de cumprimento da pena em situação degradante, uma vez que não havia condição digna dentro do IPPSC para o devido cumprimento da reprimenda, o que acarretava dupla punição.

Entretanto, apesar da atuação da Corte, é preciso mais do que uma solução a curto prazo. Diante disso, Rogério Greco propõe a privatização dos presídios combinada com uma atuação social na garantia de saúde, educação, e imposição de políticas públicas voltadas para aqueles que são os principais destinatários da lei penal, demonstrando uma ação estatal antes mesmo da prática delitiva, além da fiscalização cotidiana nos estabelecimentos prisionais.

Portanto, repita-se mais uma vez, é necessária uma atuação conjunta, que envolva todos os poderes constituídos, com a finalidade de se evitar a prática de infrações penais, o que irá repercutir diretamente no índice de encarceramento. Assim, será possível proporcionar o real cumprimento da função da pena, sendo atribuíveis punições na medida da reprovabilidade da conduta, bem como prevenindo novas práticas.

9. Referências

ANDRADE, Isabela Piacentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, n. 3, jan./jun. 2006.

BARBOSA, Bárbara Arbex; MARINHO, Leticia Gamonal; COSTA, Marcela Braga. O sistema prisional brasileiro frente à pandemia do novo coronavírus. *Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior*, Juiz de Fora, v. 13 n. 1, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/790>. Acesso em: 16 set. 2021.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Matheus Coutinho Figueira. Ed digital. Petrópolis: Vozes de Bolso, 2020. E-book.

BITENCOURT, Abrelino de Castro et al. A superlotação prisional no Brasil como ataque aos direitos e garantias da pessoa humana. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, São Paulo, v. 7, n. 2, fev. 2021. Disponível em <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/906/405>. Acesso em: 16 set. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOCALETI, Juliana Maria dos Reis; OLIVEIRA, Débora Goeldner Pereira. Superlotação e o sistema penitenciário brasileiro: é possível ressocializar? *Actio Revista de Estudos Jurídicos*, n. 27, v. 1, p. 205-217, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dns2.faculdaesmaringa.br/index.php/actiorevista/article/view/62>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 136961, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, DF, julgado em 28 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=202002844693&dt_publicacao=30/04/2021. Acesso em: 1º abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal pleno) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, julgado em 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 fev. 2022.

CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisórias a respeito do Brasil, de 22 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 1º abr. 2022.

COSTA JÚNIOR, Carlos Roberto da; MOREIRA, Marcelo. O sistema prisional: superlotação e ressocialização. *Revista Vox*, n. 10, p. 22-33, dez. 2019.

ESTEFAM, André. *Direito penal*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERNANDES, Carlos Vinícius Mendes; SILVA, Marco Antônio da; CAVALCANTI, Paulo César. Um estudo sobre a privatização do sistema prisional brasileiro. *Pesquisa & Educação à Distância*, n. 20, abr./maio/jun. 2020. Disponível em: <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=2013EAD1&page=article&op=view&path%5B%5D=9090&path%5B%5D=4401>. Acesso em: 02 abril 2022.

FREITAS, Juliana Santos de. *A intervenção da iniciativa privada é a solução para atingir a finalidade da pena?* 2017. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20236/3/IntervencaoIniciativaPrivada.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27 ed. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

LEMONS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos; CRUZ, Gabriel Dias Marques. Análise do estado de coisas inconstitucional na APDF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária. *Revista de direitos sociais e políticas públicas*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 18-40, Jul./Dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9881/2017.v3i2.2300>. Acesso em: 25 fev. 2022.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 5, n. 1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019.

MAMEDE, Juliana Maria Borges; LEITÃO NETO, Hélio das Chagas; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumento do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 807-835, set./dez. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Informações Gerais. Período de janeiro a junho de 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYVlxY-jl3MTktNDZiZi00YjVhLWJmZjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNDNm-Ny05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 fev. 2022.

MURARO, Mariel. *Sistema penitenciário e execução penal*. Curitiba: Intersaberes, 2017.

OLIVEIRA, Luiz Francisco de. *Trabalho no Ambiente Prisional: A utilização prática do trabalho do apenado como causa de (re) inserção social no sistema penitenciário*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2020. E-book.

PRADO, Luiz Régis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais*, v. 0, jan. 2004. Disponível em: <http://regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

PROENÇA, Sônia de Oliveira Wormes. *Sistema penitenciário: execução penal*. Curitiba: Contentus, 2020.

PUTIGNANO, Enrico. *O problema da superlotação nas prisões brasileiras*. 2021. 66 f. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/31284/Disserta%3%a7%c3%a3o_Putignano_Enrico_Formatted.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º abr. 2022.

RODRIGUES, Cristiano. *Manual de direito penal*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foca, 2021.

RODRIGUES, Maria Isabela de Lima. CORDAZZO, Karine. Os atuais problemas carcerários: uma análise crítica da superlotação carcerária e a ineficiência do estado. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, v. 7, n. 2, p. 203-223, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1794>. Acesso em: 21 set. 2021.

SILVA, Júlio Cesar Oliveira. *Análise da efetividade da aplicação da decisão de 22/10/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Lei de Execução Penal: Estudo de caso – Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – Rio de Janeiro*. 2021, 36f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2021.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal: Propostas para melhoria do desempenho de uma Vara de Execução Penal*. 2008. 216 f. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

Artigo recebido em: 28/03/23.

Artigo aprovado em: 24/07/23.

DOI: 10.59303/dejure.v22i39.492

122 - 160

Artigo

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
A CONSTITUCIONALIDADE DA
CONFISSÃO FORMAL COMO REQUISITO
NECESSÁRIO PARA A SUA CELEBRAÇÃO**

JULIANA LOPES GERALDO
JHENNIFER ISABELLE ROCHA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO FORMAL COMO REQUISITO NECESSÁRIO PARA A SUA CELEBRAÇÃO

NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT:
THE CONSTITUTIONALITY OF THE FORMAL CONFESSION
AS A NECESSARY REQUIREMENT FOR ITS CELEBRATION

JULIANA LOPES GERALDO

Pós-graduanda em Direito
Centro Universitário Una, Betim/Brasil
julianalgeraldo@gmail.com

JHENNIFER ISABELLE ROCHA

Bacharel em Direito
Centro Universitário Una, Betim/Brasil
jhenniferisabelle@yahoo.com

RESUMO: O presente artigo analisa o instituto do acordo de não persecução penal e as implicações da confissão formal e circunstanciada nos casos de descumprimento do acordo. Por ser algo inovador e recente no cenário penal brasileiro, o ANPP gera diversos debates, seja pela interpretação distorcida que pode causar, seja pela falta de esclarecimentos por parte do legislador. Portanto, faz-se necessária a análise da constitucionalidade deste instituto, especialmente, no que diz respeito à confissão circunstanciada, requisito que individualiza o ANPP quanto aos demais acordos penais existentes no Brasil e se configura como condição imprescindível para sua homologação. Nesse sentido, procura-se esclarecer que o uso da confissão formal e circunstanciada não viola os princípios constitucionais que regem o devido processo legal. Além do mais, busca-se ponderar os limites do uso da confissão circunstanciada em eventual processo, seja pelo Ministério Público na produção de provas, seja na fundamentação do magistrado diante de uma sentença condenatória.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal; constitucionalidade; confissão formal e circunstanciada; persecução penal.

ABSTRACT: This article analyzes the institution of the non-criminal prosecution agreement and the implications of the formal and detailed confession in cases of non-compliance with the agreement. Because it is something innovative and recent in the Brazilian criminal scenario, the ANPP (Non-Criminal Prosecution Agreement) generates several debates, either due to the distorted interpretation it may cause or the lack of clarification by the legislator. Therefore, it is necessary to analyze the constitutionality of this institution, especially concerning the detailed confession, a requirement that distinguishes the ANPP from other existing criminal agreements in Brazil and becomes an essential condition for its ratification. In this sense, we seek to clarify that the use of formal and detailed confession does not violate the constitutional principles governing due process of law. Moreover, it aims to consider the limits of the use of the detailed confession in an eventual process, whether by the Public Ministry in the production of evidence or in the reasoning of the magistrate in the face of a condemnatory sentence.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement; constitutionality; formal and detailed confession; criminal prosecution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. 3. Acordos penais no Brasil: particularidades e evolução histórica. 3.1. Transação penal. 3.2. Suspensão condicional do processo. 3.3. Colaboração premiada. 3.4. Justiça restaurativa. 3.5. Acordo de não persecução penal. 4. Requisitos gerais necessários para a celebração do acordo de não persecução penal. 4.1. Condições a serem impostas ao investigado para a celebração do ANPP. 5. A confissão formal e circunstanciada como requisito necessário para a celebração do acordo de não persecução penal. 6. O uso da confissão formal e circunstanciada em eventual persecução penal. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

O acordo de não persecução penal (ANPP), na sistemática adotada pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, foi introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019), em substituição ao artigo 18 da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, elaborada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a qual constituiu a primeira regulamentação acerca do tema. O instituto do ANPP consiste num negócio jurídico de natureza extrajudicial, que passa a valer após a homologação do juízo competente, sendo celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso.

Nesta espécie de negócio jurídico, o investigado, devidamente representado por um advogado ou defensor, confessa formal e circunstanciadamente a prática do crime e se sujeita ao cumprimento de certas condições (não privativas de liberdade), em troca da garantia de não ser perseguido judicialmente pelo Ministério Público, isto é, o *Parquet* não oferecerá denúncia em relação aos fatos extraídos da investigação penal, e caso a avença seja integralmente cumprida, decreta-se extinta a punibilidade do investigado, nos termos do artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal.

Dá se pode notar a existência de uma viabilidade acusatória, porquanto o investigado se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito. Neste contexto, o acordo de não persecução penal se diferencia de outros institutos de justiça negociada existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exem-

plo, a transação penal e a suspensão condicional do processo, os quais não exigem a confissão. Todavia, esses institutos mencionados se assemelham quanto à aceitação e ao cumprimento das condições pelo autor do fato, pois em nenhum deles é possível gerar reflexos de culpabilidade ou se fazer constar na certidão de antecedentes criminais do investigado, exceto para o fim de impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de cinco anos.

O objeto deste artigo incide na análise da justiça penal negociada no Brasil, com foco no instituto do acordo de não persecução penal, expandindo-se a exploração do tema com a abordagem da constitucionalidade da confissão formal e circunstanciada como condição imprescindível para a celebração e a homologação do acordo de não persecução penal.

A primeira parte do artigo se volta para a análise do acordo de não persecução penal dentro do contexto geral da justiça negociada, apontando os efeitos que justificaram a sua criação, originalmente pela Resolução nº 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime. Busca-se ainda apurar questões semelhantes e controversas do ANPP em relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A segunda parte é dedicada ao exame dos requisitos necessários e das condições impostas para a celebração do acordo de não persecução penal, finalizando o estudo com uma investigação útil sobre o controle jurisdicional prévio à celebração do acordo de não persecução penal.

A terceira e última parte é destinada ao aprofundamento do estudo sobre a constitucionalidade e imprescindibilidade da confissão formal e circunstanciada como requisito para a celebração do ANPP, para compreender-se que a referida confissão não enseja a violação do direito constitucional ao silêncio (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal), nem esbarra nos princípios que regem o devido processo penal, especialmente os da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, o estudo se concluirá com o debate sobre a utilização da confissão formal e circunstanciada como fonte probatória ou como fundamentação em uma sentença condenatória ou absolutoria, no caso de eventual persecução penal decorrente do descumprimento injustificado das obrigações assumidas pelo investigado no acordo de não persecução penal.

Para conduzir a investigação proposta, esta análise se valeu de pesquisa teórica, revisão bibliográfica e raciocínio dedutivo, não se limitando ao ordenamento jurídico, mas incluindo manifestações doutrinárias.

2. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal

A justiça penal brasileira sofre com a morosidade e ineficiência da prestação jurisdicional. No Brasil, o sistema criminal é lento, arcaico e enfrenta um colapso. Com a evolução e os anseios da sociedade moderna, passou-se a exigir respostas rápidas e eficientes para a conduta criminosas. O número excessivo de processos judiciais revela a sobrecarga do trabalho a que os profissionais do direito se submetem. Este ônus traz como consequência o afastamento de garantias do acusado durante a persecução penal e excessivas decisões judiciais escassas de fundamentação.

Neste cenário, o acordo de não persecução penal se mostra como um meio para impedir o ajuizamento de ações penais que envolvem infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, visto que o cumprimento de certas condições em um cenário extrajudicial é suficiente para a reprovação e prevenção da conduta criminosas.

A esse respeito, leciona Renato Brasileiro de Lima:

Vários são os fatores que justificaram a sua criação, originalmente pela Resolução n. 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19): a) exigência de soluções alternati-

vas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais. (LIMA, 2020, p. 275).

Previamente, imprescindível se faz destacar que o presente estudo não visa à análise das vantagens e desvantagens do acordo de não persecução penal, até porque o ANPP, introduzido no Código de Processo Penal, já é uma realidade, não sendo conveniente criticá-lo.

Por outro lado, o instituto do acordo de não persecução penal é um negócio jurídico de natureza não penal e não processual, celebrado no âmbito do procedimento administrativo investigatório, portanto extrajudicial.

Partindo desse entendimento, em resumo, o ANPP é um instituto em que o autor do fato confessa formal e circunstanciadamente a prática delitiva, submetendo-se ao cumprimento de certas condições apresentadas pelo representante do Ministério Público, em troca do compromisso do *Parquet* de não o perseguir judicialmente.

Por ser um instituto de justiça negociada, no acordo de não persecução penal não se fala em pretensão punitiva ou em prestação jurisdicional do Estado-Juiz, uma vez que não há pena, mas condições e pressupostos, os quais, devidamente cumpridos pelo autor do fato, ensejam a extinção da punibilidade e o arquivamento do procedimento administrativo investigatório.

Cumprе salientar que, apesar de o artigo 28-A, § 6º, do Código de Processo Penal determinar que a fiscalização das condições pactuadas no acordo de não persecução penal deve ser realizada pelo juízo da execução penal, não é este o juízo competente para declarar a extinção da punibilidade, mas sim o juízo que

homologou o acordo. Aliás, a fiscalização do ANPP pelas varas de execuções criminais é objeto de crítica pela doutrina, a qual, majoritariamente, reconhece que no ANPP não se pactua pena, mas condições, isto é, medidas despenalizadoras; portanto, a sua fiscalização não deveria ficar a cargo do juízo da execução penal.

Sobre o tema, eis a pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça no CC 192.158-MT do Informativo 757 – STJ: “A competência para a execução do acordo de não persecução penal é do Juízo que o homologou”.

No entanto, nos casos em que o autor do fato descumprir a avença, o Ministério Público pode decretar a rescisão do ANPP e ofertar denúncia, admitindo a plena instrução processual, bem como a utilização da confissão formal e circunstanciada como prova e fundamentação, o que não viola o princípio da presunção de inocência ou não culpa, tema sobre o qual se discorrerá ao longo deste artigo.

Por fim, para que o acordo de não persecução penal possa ser celebrado, é necessário que o autor do fato se enquadre nos requisitos dispostos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, que também serão analisados pormenorizadamente no decorrer deste artigo.

Todavia, a celebração do ANPP não é direito subjetivo do acusado, mas uma discricionariedade regrada do Ministério Público, uma vez que, na justiça consensual, as partes dialogam horizontalmente, o que exige do *Parquet* uma justificativa fundamentada para a recusa em oferecer a proposta ao investigado que faz jus à celebração da avença.

Sobre o assunto, eis o teor do Enunciado nº 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Esta-

dos e da União (CNPJ) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM):

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 prevenção do crime no caso concreto.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que, ao se interpretarem os artigos 28, *caput*, e 28-A, ambos do Código de Processo Penal, chega-se às seguintes conclusões:

[...] Recebida a inicial acusatória e realizada a citação, momento no qual o acusado terá ciência da recusa ministerial em propor o acordo, cabe ao denunciado requerer (conforme exige o art. 28-A, § 14, do CPP) ao Juízo (aplicação do art. 28, *caput*, do CPP, atualmente em vigor), na primeira oportunidade de manifestação nos autos, a remessa dos autos ao órgão de revisão ministerial; c) Uma vez exercido o direito de solicitar a revisão, cabe ao Juízo avaliar, com base nos fundamentos apresentados pelo *Parquet*, se a recusa em propor o ajuste foi motivada pela ausência de algum dos requisitos objetivamente previstos em lei e, somente em caso negativo, determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral [...]. (BRASIL, 2022).

Portanto, fica demonstrado que o acordo de não persecução penal é atual e eficiente em relação aos problemas estruturais que acometem o sistema penal brasileiro, porquanto trabalha com o direito penal punitivo como *ultima ratio* e constitui uma ferramenta imprescindível no controle de processos judiciais, evitando, assim, a morosidade e a ineficiência da justiça penal brasileira.

3. Acordos penais no Brasil: particularidades e evolução histórica

Não é novidade que a justiça criminal brasileira vem, há muito tempo, apresentando soluções alternativas à condenação pela prática de crimes, visando, precipuamente, a reduzir o número de processos encaminhados ao poder público e, conseqüentemente, a conferir maior celeridade às demandas de maior gravidade jurídica e social.

Essas soluções alternativas são os chamados acordos penais, que cada dia têm ganhado mais força no cenário jurídico brasileiro.

Assim como no âmbito cível, que trata frequentemente de contratos, os acordos penais podem ser interpretados como negócios jurídicos bilaterais, por meio dos quais o Ministério Público e o acusado se comprometem ao cumprimento de direitos e deveres, seguindo determinados preceitos de validade, tais como legitimidade, vontade das partes, objeto, forma e agente.

Trata-se aqui do chamado *plea bargaining*, um importante instrumento processual existente nos Estados Unidos, o qual é definido por Levenson e Chemerinsky como um processo de negociação pelo qual o réu aceita confessar culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado (CAMPOS, 2012, p. 5).

O que se entende por *plea bargaining* nos países norte-americanos é entendido, no Brasil, como justiça negociada, que, seguindo a mesma linha de raciocínio, é justamente essa relação de consensualidade entre o órgão ministerial e o acusado, visando a uma maior celeridade no encerramento de determinado processo criminal, mediante o cumprimento de requisitos por parte do acusado, o que resultará na extinção de sua punibilidade.

Existe ainda a hipótese em que o agente receberá um benefício em decorrência de uma colaboração relevante para o curso do

processo. É o caso, por exemplo, de um integrante de organização criminosa que fornece às autoridades penais e judiciárias informações que resultem na identificação dos demais agentes que compõem o grupo, além de revelar detalhes concernentes à estrutura e tarefas da organização, permitindo o seu desfazimento e a conseqüente recuperação de valores, localização de vítima e prevenção de crimes futuros.

Surgida no ano de 1995, especificamente com o advento da Lei nº 9.099, que dispõe sobre o funcionamento e estruturação dos Juizados Especiais e que consagrou o instituto da transação penal e conferiu à composição civil novos efeitos penais, a justiça negociada nasce para mitigar alguns princípios que haviam sido consagrados pelo Código de Processo Penal de 1941, tais como o da obrigatoriedade e o da indisponibilidade da ação penal.

Posteriormente, com o avanço jurídico no Brasil, bem como com o aumento das demandas criminais, novas modalidades de acordos e institutos penais de justiça negociada foram surgindo e ganhando força. O acordo de não persecução penal, instituto mais recente e alvo de muitas críticas e discussões, será aqui o objeto de explanação. Contudo, necessária se faz a abordagem e contextualização de acordos que lhe precederam o advento.

3.1. Transação penal

Com previsão expressa no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, a transação penal é um dos institutos despenalizadores pré-processuais de justiça consensual que surgiu com o objetivo de conferir um cenário jurídico mais célere e adequado às demandas estatais e sociais, simplificando procedimentos e conferindo ao acusado benefícios e condições específicas do processo penal.

Para Vladimir Aras (2018, p. 269), o termo “transação” pode ser entendido como um negócio bilateral, seja um acordo, ajuste ou pacto, o qual dirime um litígio mediante concessões recíprocas das partes interessadas, em que o magistrado atua como um mediador, de forma a obter a autocomposição dos interesses em conflito. No âmbito penal e no sistema preconizado pela Lei nº 9.099/1995 e pela Lei nº 12.850/2013, está sempre sujeita ao controle judicial.

Com aplicação exclusiva aos crimes de menor potencial ofensivo, entre os quais se compreendem as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, a transação penal, que se utiliza do procedimento oral e sumaríssimo, é o instituto por meio do qual o membro representante do Ministério Público e o suposto autor do fato, devidamente acompanhado de defesa técnica, discutem a possibilidade de aplicação antecipada de uma pena diversa à privativa de liberdade ao fato praticado, mais especificamente uma pena de multa ou restritiva de direitos, com a consequente extinção da punibilidade e o arquivamento do processo.

Vale ressaltar que a celebração do acordo de transação penal não carece da obrigatoriedade de confissão por parte do acusado, que tem a extinção de sua punibilidade vinculada tão somente ao cumprimento de todas as condições estipuladas no acordo, que deve ser homologado pelo magistrado.

Frise-se, ainda, que o não cumprimento das condições impostas implica o reestabelecimento do *status* anterior e a consequente propositura de ação penal, mediante o oferecimento de denúncia ou queixa, o que evidencia que tal instituto só é cabível quando presentes indícios suficientes de autoria e materialidade, não sendo o caso de arquivamento.

Por outro lado, o cumprimento integral das medidas estipuladas no acordo acarreta a extinção da punibilidade do agente, ficando impossibilitada a propositura de ação penal.

Por fim, uma vez pactuada a transação penal, sua ocorrência não constará para efeitos de reincidência ou de maus antecedentes. Contudo, o agente favorecido fica impedido de ser contemplado pelo mesmo benefício pelos cinco anos subsequentes à celebração do acordo.

3.2. Suspensão condicional do processo

Também criado pela Lei nº 9.099/95, com previsão em seu artigo 89, o instituto da suspensão condicional do processo, manifestação do princípio da oportunidade, pode ser entendido como a faculdade que detém o órgão ministerial de oferecer ao denunciado, devidamente assistido por advogado ou defensor, a suspensão do curso da ação penal, pelo período de dois a quatro anos, sob determinadas condições, mesmo nos crimes que não sejam de menor potencial lesivo.

No que diz respeito à sua aplicação, é cabível nos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Sua ocorrência se dá perante o juiz natural, após o oferecimento da peça inicial acusatória, e depende da homologação por parte do magistrado.

Nesse sentido, tem-se que, havendo recusa do órgão ministerial em oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, a qual, assim como a transação penal, não exige confissão do agente, cabe ao magistrado aplicar o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, em consonância com o HC 76.439-SP, de 1998, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, no qual a 1ª Turma do STF decidiu o seguinte:

Tendo em vista que a suspensão condicional do processo é uma faculdade do Ministério Público para fins de política criminal, a Turma deferiu em parte o *habeas corpus* para que a recusa do promotor de justiça em fazer proposta de suspensão condicional do processo seja submetida à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 28 do CPP. Orientação adotada pelo STF no julgamento do HC n. 75.343-MG. (BRASIL, 1998).

Por outro lado, uma vez oferecido o benefício, expirado o prazo fixado para a suspensão processual sem a sua revogação, e estando devidamente cumpridas todas as condições estipuladas, com a devida reparação do dano causado à vítima, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente.

Por fim, faz-se necessário destacar que não há que se falar em decurso do prazo prescricional durante o período em que o processo estiver suspenso, conforme o disposto no § 6º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Ademais, assim como na transação penal, uma vez concedido o benefício ao agente, este não poderá ser favorecido pelo mesmo instituto dentro do prazo de cinco anos.

3.3. Colaboração premiada

Inicialmente, importa ressaltar que, embora criado em 2013, pela Lei nº 12.850, que dispõe sobre as organizações criminosas, o instituto da colaboração premiada só ganhou notoriedade após um fato de grande repercussão na história brasileira, qual seja, a Operação Lava Jato, por meio da qual foram investigados crimes de corrupção, em suas modalidades ativa e passiva, lavagem de dinheiro, organização criminosa, gestão fraudulenta, obstrução da justiça, operação fraudulenta de câmbio e recebimento de vantagem indevida.

Assim como os demais institutos vistos até aqui, a colaboração premiada, que foi aprimorada pela Lei nº 13.964/19, conhecida como Lei “Anticrime”, também possui natureza bilateral e negocial, e seu processo só pode ser iniciado após a formalização da proposta de acordo feita ao Ministério Público.

Dessa forma, ao fornecer provas e informações relevantes à persecução penal, auxiliando efetivamente na instrução criminal e possibilitando a responsabilização da associação criminosa e de

seus agentes, o colaborador estará apto a ser titular de benefícios premiais, podendo até mesmo utilizar-se do referido instituto como instrumento de defesa.

Frise-se que, inicialmente, o prêmio concedido ao colaborador se restringia tão somente à redução de pena. Contudo, atualmente existe a possibilidade de serem concedidos benefícios bem mais amplos e abrangentes, desde que cumpridos os requisitos expressos e que sejam fornecidas informações de fato relevantes ao caso, conforme previsão do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, colacionado a seguir:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Este mesmo artigo prevê ainda a suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia (§ 3º), os acordos de imunidade – na hipótese de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, observados os requisitos necessários (§ 4º, incisos I e II), a redução da pena até a metade, em caso de colaboração após a sentença (§ 5º), entre outros benefícios premiais.

Assim, superadas as fases de negociação, e observados os requisitos e exigências para a pactuação da colaboração premiada, que poderá ser efetivada em qualquer das fases processuais, o acordo será remetido ao magistrado que, após realizar oitiva sigilosa do agente a ser beneficiado, analisará a conveniência de homologá-lo ou não.

Com relação ao tema, cumpre salientar que o acordo de colaboração premiada não se confunde com o instituto da delação premiada, uma vez que apresentam natureza jurídica distinta. Enquanto a colaboração premiada compreende ato bilateral firmado entre as partes interessadas, a delação é definida como ato unilateral do acusado.

Renato Brasileiro de Lima apresenta, de forma clara, a distinção entre ambos os institutos, apontando que a colaboração premiada pode ser entendida como o gênero, enquanto a delação premiada seria uma de suas espécies. Oportunamente, segue-se o entendimento:

A nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corréu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie. (LIMA, 2017, p. 521).

Por fim, vale frisar que a delação premiada, por seu lado, não se confunde com o instituto da confissão espontânea. Mais uma vez, a distinção se dá em razão da natureza jurídica de cada um dos institutos, bem como por seus respectivos requisitos, consequências jurídicas e previsões legais, não havendo, portanto, espaço para aplicação analógica.

3.4. Justiça restaurativa

Outros tipos de acordos penais vêm ganhando força na justiça brasileira, como o caso da aplicação da justiça restaurativa, forma de autocomposição que se desenvolveu nos países que adotam o modelo *common law*, mais familiarizados à aplicação do princípio da oportunidade.

Tal método passou a ganhar forças no cenário jurídico brasileiro no ano de 2014, quando o CNJ aprovou o Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa, documento que apresentou práticas de justiça restaurativa aplicáveis também às infrações penais, como forma autocompositiva de solução de conflitos.

Embora a aplicação das práticas restaurativas seja mais comum nas ações privadas e públicas condicionadas à representação, em decorrência da autonomia de vontade da vítima, nada impede o seu emprego nas ações de iniciativa pública, uma vez que o seu principal objetivo é a restauração do convívio social, bem como a pacificação do relacionamento entre vítima e autor.

Ressalte-se que a prática restaurativa é aplicável em qualquer etapa do que seria o procedimento criminal regular e depende da existência de justa causa, e sua propositura considera as circunstâncias jurídicas e sociais do caso, não prejudicando o direito de ação do Estado.

Por fim, cumpre dizer que sua aplicação carece da aceitação de ambas as partes, as quais detêm o direito de assistência jurídica durante o procedimento, cuja natureza é sigilosa, e não permite que as declarações do acusado sirvam, posteriormente, como prova, em caso de oferecimento de denúncia ou queixa.

3.5. Acordo de não persecução penal

Por último, mas não menos importante, há que se falar no acordo de não persecução penal, também chamado de ANPP, objeto de análise do presente artigo.

Com previsão no artigo 28-A do Código de Processo Penal (instituído pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019), o referido instituto, também de caráter pré-processual, possui natureza jurídica negociável e bilateral, sendo firmado entre o acusado, devidamente assistido por advogado, e o representante do Ministério Público, dependendo de homologação por parte do magistrado.

Diferente dos demais institutos, o acordo de não persecução penal exige a confissão formal e circunstanciada da prática do delito por parte do acusado, e é cabível tão somente nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, desde que sua pactuação seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Vale ressaltar que o § 2º do referido dispositivo legal elenca as hipóteses de não cabimento do ANPP, tais como: se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente, ou se existirem elementos probatórios capazes de indicar que o agente se dedica à prática criminal habitual, reiterada ou profissional; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Ademais, o fato de o agente já ter sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, igualmente configura óbice à propositura de novo ANPP.

Na hipótese de descumprimento de quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, por parte do investigado, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para que o acordo seja rescindido, a investigação retorne ao seu *status* anterior, e seja possível o oferecimento da denúncia, dando início à persecução penal.

Aliás, o desrespeito do agente às condições estipuladas pelo órgão ministerial na propositura da avença poderá ser utilizado pelo *Parquet* como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Por outro lado, uma vez cumpridas integralmente as medidas impostas durante a propositura do acordo de não persecução penal, caberá ao juízo competente declarar extinta a punibilidade do agente, nos termos do artigo 28-A, § 13, do CPP.

Ressalte-se que a celebração e o cumprimento do ANPP não constarão de certidão de antecedentes criminais, salvo para indicar se, no período de cinco anos, o agente já foi beneficiário do referido instituto.

Por fim, vale destacar que o instituto do acordo de não persecução penal possui uma série de particularidades e requisitos próprios, as quais serão analisados de forma pormenorizada ao longo do presente artigo.

4. Requisitos gerais necessários para a celebração do acordo de não persecução penal

Uma vez apresentado um panorama geral sobre o acordo de não persecução penal, sua definição, o contexto histórico e as modalidades de acordos da justiça negociada que o precederam, passa-se à análise dos requisitos e das particularidades deste instituto.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, que faz menção ao ANPP e regula as hipóteses e requisitos para a propositura do acordo, dispõe o seguinte:

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 direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

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

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

Passe-se pois à análise pormenorizada de cada um desses requisitos, cuja explanação se segue.

a) Não ser o caso de arquivamento do procedimento investigatório

Inicialmente, importa salientar que só há que se falar em propositura de acordo de não persecução penal quando a instrução do processo penal se mostrar viável. Em outras palavras, significa dizer que o referido instituto está vinculado à existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do delito em apuração, à não prescrição da pretensão punitiva estatal e à legitimidade da parte.

Contrariamente, nos casos em que o Ministério Público entender ser o arquivamento dos autos a medida cabível, esta é a que se impõe, não sendo possível a propositura de acordo, uma vez ausente ao menos um dos requisitos acima descritos.

Nesse sentido, embora o Código de Processo Penal seja omissivo no que diz respeito às causas de arquivamento do feito, aplicam-se, analogicamente, as hipóteses de rejeição da peça inicial acusatória, elencadas no artigo 395 do CPP. São elas:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. (BRASIL, 1941).

De igual modo, há que se falar, ainda, na aplicação, por analogia, das causas que ensejam a absolvição sumária do acusado, elencadas no artigo 397 do CPP:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
- III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV – extinta a punibilidade do agente. (BRASIL, 1941).

Desta forma, estando presente qualquer uma das hipóteses acima descritas, o representante do órgão ministerial deverá requerer o arquivamento dos autos, o qual deverá ser ordenado pelo magistrado, ressalvada a hipótese de desarquivamento, caso surjam novas provas.

b) Confissão formal e circunstanciada por parte do investigado

Tem-se, aqui, uma das condições impostas ao investigado para a celebração do acordo de não persecução penal, tratando-se de uma contribuição do agente à investigação criminal e a uma eventual ação penal, em caso de descumprimento de qualquer uma das medidas impostas.

É válido mencionar que a celebração do acordo está sujeita à voluntariedade do agente. Portanto, é necessário que o investigado seja advertido sobre o seu direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, o que faz com que a exigência da confissão esteja em consonância com os demais princípios legais e constitucionais.

Desta forma, a celebração do ANPP fica a cargo da discricionariedade e voluntariedade do agente que, devidamente assistido por defesa técnica, poderá analisar a viabilidade de sujeitar-se ou não aos requisitos impostos.

c) Infração penal cometida sem violência ou grave ameaça

Embora o artigo 28-A do CPP seja omissivo quanto à natureza da violência praticada, é plausível considerar que esta seja a de natureza dolosa, o que justifica a celebração da avença nos casos em que um crime é praticado na modalidade culposa e assume resultado violento, como é o caso da lesão corporal culposa.

Entende-se, portanto, que a violência que obsta a propositura do acordo de não persecução penal por parte do Ministério Público é aquela presente na conduta do agente, e não no resultado.

Aliás, este é o entendimento do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ), firmado em conjunto com o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que, em seu Enunciado de nº 23, expõe o seguinte:

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 pela agente, apesar de previsível. (CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO, 2019).

Por fim, frise-se que não há que se falar em restrição de propositura de ANPP ao agente que pratica infração penal com emprego de violência contra a coisa, como é o caso do furto com rompimento de obstáculo, previsto no artigo 155, § 4º, inciso I, e do crime de dano, disposto no *caput* do artigo 163, ambos do Código Penal.

d) Cometimento de infração penal cuja pena mínima seja inferior a quatro anos

No tocante à aferição de pena para eventual propositura de acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá observar as causas de aumento e diminuição presentes no caso concreto.

No mesmo sentido é o entendimento disposto no Enunciado 29 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ), firmado em conjunto com o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), o qual segue colacionado a seguir:

Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. (CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO, 2019).

4.1. Condições a serem impostas ao investigado para a celebração do ANPP

Enquanto o artigo 28-A do CPP elenca, em seu *caput*, os requisitos gerais para a celebração do acordo de não persecução penal, os incisos I a IV deste mesmo dispositivo elencam as condições a serem impostas pelo órgão ministerial ao investigado, de forma cumulativa ou alternativa, a depender do caso concreto.

Assim, superados os requisitos, passa-se à explanação das referidas condições, sem as quais não há que se falar em pactuação da avença.

a) Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo

Inicialmente, cabe dizer que esta condição não depende da modalidade do dano sofrido, seja moral, material ou estético. Assim, após minuciosa análise do caso concreto, a vítima terá o seu prejuízo devidamente reparado ou restituído pelo investigado celebrante do ANPP, observanda a gravidade do delito, a intensidade do sofrimento experimentado pela vítima e os parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência em casos análogos.

Por outro lado, é evidente que, nos casos em que não houver dano à vítima, não há que se falar na imposição de tal condição, o que ocorre, também, na hipótese em que se comprovar a

vulnerabilidade financeira do agente, ficando impossibilitada a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima.

b) Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime

Com previsão no inciso II do artigo 28-A, a renúncia de bens e direitos pode ser compreendida como um acordo cuja conveniência da celebração deve ser examinada pelo investigado. Aliás, trata-se de uma renúncia voluntária, e não espontânea.

Tal condição configura tão somente a antecipação dos efeitos da condenação, os quais englobam a perda dos produtos ilícitos do crime, do produto do crime e do proveito do crime, conforme o artigo 91, II, “a”, do Código Penal.

Por fim, oportunamente, colaciona-se o entendimento de Renato Brasileiro de Lima sobre o tema, uma vez que guarda relação com o que foi exposto até aqui:

nenhum sentido faria a celebração do acordo de não-persecução penal se o investigado pudesse manter consigo, por exemplo, os instrumentos do crime, muito menos se pudesse preservar o produto direto ou indireto da infração penal. [...] Trata-se, pois, de um verdadeiro confisco aquiescido. Conquanto não possam ser rotuladas como efeitos da condenação, já que não há, *in casu*, sentença condenatória transitada em julgado, as condições em questão assemelham-se aos efeitos extrapenais obrigatórios das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 91 do Código Penal. (LIMA, 2020, p. 280).

c) Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas

Como descrito no próprio tipo penal, a prestação de serviços à comunidade considera a pena mínima cominada ao delito supostamente praticado pelo investigado, da qual será subtraída a fração de um a dois terços.

Por este motivo, é de suma importância que, na ata de audiência, em que serão registradas as medidas estipuladas para a celebração do acordo, esteja identificada, de forma clara, qual a infração praticada pelo investigado, sendo conveniente que o *Parquet* mencione, ainda, a tipificação adotada para o caso concreto.

Ressalte-se, por fim, que o local de prestação não será estipulado pelo membro representante do órgão ministerial, mas pelo juízo da execução, o qual teve sua competência fixada por mera opção do legislador, uma vez que tal medida não possui natureza de sentença condenatória.

d) Pagar prestação pecuniária

Conforme disposição do inciso IV do artigo 28-A do CPP, o pagamento de prestação pecuniária será destinado a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha como função, preferencialmente, proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

O referido dispositivo faz menção, ainda, ao artigo 45 do Código Penal, o qual, em seu § 1º, traz a definição do que se entende por prestação pecuniária, conforme exposto a seguir:

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (grifo nosso). (BRASIL, 1941).

Verifica-se, portanto, que não existe um valor pré-estabelecido a ser pago a título de prestação pecuniária, podendo ser fixado segundo valores bastante variados, que resultarão de negociação entre o *Parquet* e o investigado, observadas as circunstâncias do caso concreto e suas particularidades.

Vale dizer, por fim, que a fixação do valor da prestação pecuniária caberá ao juízo da execução, que, assim como no caso da prestação de serviços à comunidade, também teve sua competência fixada por mera opção do legislador, já que a medida não possui natureza de sentença condenatória.

e) Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada

A última condição, prevista no inciso V do dispositivo legal aqui analisado, trata da liberdade de que dispõe o Ministério Público para sugerir qualquer outra medida a ser cumprida pelo investigado, a qual deve ser, necessariamente, proporcional e compatível com a infração penal praticada pelo autor. Evidentemente, por se tratar de um negócio bilateral, assim como as demais condições expostas, tal medida será analisada em conjunto entre as partes.

Curiosamente, a liberdade aqui concedida ao *Parquet* guarda semelhança com aquela concedida ao magistrado, no artigo 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, em assunto afeto à suspensão condicional do processo.

Para Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 284), em ambos os casos tais condições são predispostas não para punir o investigado, mas para demonstrar sua autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da ressocialização, corroborando a desnecessidade de deflagração da *persecutio criminis in iudicio*.

Além das condições aqui elencadas, existem, ainda, aquelas dispostas na Resolução nº 181 do CNPM, as quais não foram abarcadas pelo artigo 28-A do CPP, fato este que não constitui óbice às suas respectivas aplicações, uma vez que a eventual fixação destas estaria amparada pelo inciso V do dispositivo legal retromencionado.

5. A confissão formal e circúcio jurídico ou a optar pelo prosseguimento do feito.

Sabe-se que o acordo de não persecução penal é celebrado no âmbito do procedimento administrativo investigatório, ou seja, não existe processo, nem instrução ou sentença.

Ademais, uma característica predominante neste instituto é a horizontalidade, uma vez que o Ministério Público, ofertante, e o investigado, compromissário, acordam entre si, momento em que o Parquet renuncia ao direito de ofertar denúncia, evitando a abertura de uma ação penal e a exposição do compromissário em uma instrução processual que, eventualmente, ensejará sua condenação, enquanto o investigado confessa a prática delitiva. Logo, é uma moeda de troca.

É importante ressaltar que o acordo de não persecução penal foi criado, especialmente, com o intuito de impedir que procedimentos instaurados para apuração de infrações penais de médio potencial ofensivo se tornassem ações penais e sufocassem o sistema penal, o qual se encontra em colapso, dados os inúmeros procedimentos morosos.

Diante desse quadro, necessário se faz entender a importância da confissão formal e circunstanciada na celebração do acordo de não persecução penal, uma vez que a referida condição se apresenta como uma garantia para o Ministério Público de que o investigado cumprirá as condições estabelecidas. Aliás, não raramente esta confissão é filmada e guardada pelo Ministério Público, o qual a utilizará em caso de descumprimento da avença.

Cumprе salientar que o compromissário não está obrigado a confessar a prática delitiva, até porque a celebração do acordo de não persecução penal é escolha do investigado, o qual estará representado por advogado ou defensor, que analisará o custo-benefício do acordo de não persecução penal e orientará o investigado a celebrar o negócio jurídico ou a optar pelo prosseguimento do feito.

Nesta perspectiva, constata-se que o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico sinalagmático, ou seja, existe uma relação jurídica entre o Ministério Público e o investigado, em que ambas as partes contraem obrigações de comum acordo, isto é, condiciona-se a prestação de uma parte à contraprestação da outra; por isso a necessidade da confissão formal e circunstanciada como condição para a celebração do acordo, sob pena de equiparar o ANPP a uma “grande transação penal”.

Nada obstante, a necessidade da confissão formal e circunstanciada como pressuposto para a celebração do acordo de não persecução penal é assunto bastante discutido entre diversos doutrinadores e profissionais do direito.

Guilherme Souza Nucci, por exemplo, é firme no entendimento de que a confissão prevista no artigo 28-A do Código de Processo Penal é inconstitucional. Explica o autor:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma condição do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Creemos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão da culpa. Logo, a confissão somente terá gerado danos ao confitente. (NUCCI, 2020a, p. 222-223).

Este, contudo, não é o melhor entendimento.

É importante, para este caso, compreender que a ausência da confissão formal e circunstanciada no acordo de não persecução penal torna desinteressante e inútil a celebração do acordo para o Ministério Público; afinal, sem a confissão e não havendo a possibilidade de utilizá-la como fonte de prova em eventual persecução penal, qual seria a utilidade do acordo para o *Parquet*? Nenhuma! Porque o compromissário não renunciaria a nada que seja de interesse do Estado.

A propósito, uma simples confissão não serve para fins de celebração do acordo de não persecução penal. Isto porque a confissão,

além de formal e circunstanciada, deve ser pessoal, completa e minuciosa, isto é, deve, em sua integralidade, apresentar todos os detalhes e particularidades da prática delituosa. O contrário disso, ou seja, uma confissão parcial, com ressalvas, omissa ou até mentirosa, impede a celebração do ANPP, pois não interessaria ao Estado.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral esclarece o seguinte:

Desse modo, para a celebração do acordo devem redundar os seguintes benefícios ao Estado no caso concreto: (...) (iii) deve necessariamente existir uma vantagem probatória em caso de descumprimento do acordo, consistente na confissão do investigado, em áudio e vídeo, que poderá ser utilizada no processo penal, pelo Ministério Público, como elemento de corroboração e de busca de fontes de prova. (CABRAL, 2023, p. 89-90).

Percebe-se ainda que, embora a confissão seja um triunfo para a celebração do acordo de não persecução penal, nos casos em que o Ministério Público e o investigado celebram o benefício do ANPP e, por alguma razão, o magistrado não homologa a avença, a confissão não pode ser usada pelo *Parquet* no processo criminal. Aliás, em respeito aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, a referida confissão é imediatamente desentranhada do processo.

Quanto à equiparação da confissão formal e circunstanciada ao reconhecimento de culpa, o artigo 197 do Código de Processo Penal dispõe o seguinte:

Art. 197 - O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. (BRASIL, 1941).

Assim, a confissão não equivale ao reconhecimento de culpa, uma vez que não existe violação ao princípio da presunção de inocência ou não culpa, porquanto não há processo e o investigado continua sendo presumidamente inocente.

Em relação à suposta não observância do princípio da presunção de inocência, há quem entenda que a aceitação do benefício do ANPP pelo investigado configura uma espécie de “prévia penalização”, fundamentando o entendimento na ausência do devido processo legal e das garantias da ampla defesa e do contraditório. Contudo, não é este o entendimento que prevalece.

A confissão formal e circunstanciada não enseja a assunção de culpa; pelo contrário, a confissão obtida serve apenas para fortalecer os elementos indiciários confirmatórios da prática delitiva. Por isso, a referida confissão não implica julgamento antecipado da demanda e não produz efeito sobre a culpabilidade do autor do fato.

Ao tratar da exigência da confissão formal e circunstanciada para fins de acordo de não persecução penal, Renee de Ó pontua que

[...] trata-se, em verdade, de providência de feição preventiva, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indicam ter sido a autora da infração penal. (SOUZA, 2020, p. 129-130).

Nesse sentido, o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014, p. 566) é de que a confissão “terá que ser reproduzida no procedimento penal para servir algum efeito na esfera penal”.

Na mesma linha, Rogério Sanches Cunha compreende que a confissão formal e circunstanciada do ANPP não pode ser equiparada à prova processual penal de confissão. O autor afirma que

[...] não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. (CUNHA, 2020, p. 129).

Verifica-se que a confissão formal e circunstanciada não viola o princípio constitucional disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, pois configura requisito necessário para celebração do ANPP, tendo em vista que a referida exigência serve como reforço da opinião delicti já formada pelo órgão ministerial; ou seja, o Ministério Público, no momento do oferecimento do acordo, detém as condições necessárias para o exercício de uma ação penal, bem como possui os elementos necessários para a confecção e oferecimento da exordial acusatória, ainda que o investigado se recuse a aceitar o benefício do ANPP.

Assim, não há falar em desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpa, até porque não existe processo formado.

Destarte, imprescindível é a condição da confissão formal e circunstanciada para a celebração do acordo de não persecução penal, visto que o referido instituto se trata de um acordo sinagmático, celebrado no âmbito do consenso, sendo necessária a renúncia de ambas as partes para que o contrato possa surtir os seus efeitos no cenário jurídico, impedindo que o procedimento extrajudicial se torne uma ação penal, bem como garantindo a reprovação e prevenção da conduta delituosa praticada.

6. O uso da confissão formal e circunstanciada em eventual persecução penal

Como visto, depois de celebrado e homologado o acordo de não persecução penal, o Ministério Público deixa de oferecer denúncia contra o investigado. Para tanto, presume-se que o compromissário arcará com as obrigações assumidas.

Todavia, a Lei nº 13.964/2019, à semelhança do que já acontece nos casos de descumprimento da transação penal, não ignorou o fato de que o investigado pode, injustificadamente, descumprir os pactos da avença. É, nesse sentido, a redação do § 10 do artigo

28-A do Código de Processo Penal, o qual dispõe que, descumpridas quaisquer 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.

Dessa forma, nos casos em que houver o descumprimento injustificado do acordo, o juízo competente, a requerimento do Ministério Público, decretará a rescisão do ANPP, e, a partir daí, o processo seguirá de forma plena, tendo o Ministério Público a vantagem de utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada colhida em fase extrajudicial.

Logicamente, não se pode desprezar o fato de que a confissão formal e circunstanciada possui um relevante valor probatório para o Ministério Público; no entanto, esta não é a rainha das provas. Aliás, o magistrado não pode acolher o pedido inicial do *Parquet* e desprezar outros elementos de prova obtidos na persecução penal.

A propósito, eis o teor do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal:

Art. 155 – O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

Como exposto anteriormente, a confissão formal e circunstanciada é objeto de crítica por diversos autores e doutrinadores, os quais se apoiam no entendimento de que, nos casos de descumprimento injustificado do ANPP pelo investigado, o uso da confissão na persecução penal ensejaria a violação de direitos e princípios constitucionais, a exemplo do direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, e do princípio da presunção de inocência ou não culpa, do qual decorre o direito de ampla defesa e contraditório.

Todavia, a maior doutrina se posiciona no sentido de que a confissão formal e circunstanciada decorre da voluntariedade do investigado, ou seja, o autor do fato tem a plena liberdade de se calar e não celebrar o negócio jurídico, ou confessar pormenorizadamente o fato criminoso; afinal, a confissão é a verdadeira moeda de troca nesse acordo sinalagmático.

Acerca do tema, leciona Renato Brasileiro de Lima:

Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, *caput*, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se tem (ou não) interesse em celebrar o acordo de não persecução penal. (LIMA, 2020, p. 283).

Pela importância, pontua Vitor Souza Cunha:

Nesse sentido, é viável defender que a confissão apresentada como condição para o acordo de não persecução pode ser utilizada pelo órgão acusatório quando for possível atribuir ao acusado a responsabilidade pela rescisão do negócio jurídico. Entender contrariamente, nesse caso, seria o mesmo que anuir que o acusado pode ser beneficiado por uma situação que deu causa. (CUNHA, 2020, p. 309).

Nesse ponto, cumpre destacar que, ainda que inalienáveis, os direitos fundamentais, precisamente o direito de permanecer em silêncio, pode ser restringido quando alcançada uma finalidade, *in casu*, a extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo. Contudo, a referida restrição não pode ser permanente e geral, mas deve originar-se da voluntariedade.

Por outro lado, nos casos em que o magistrado utilizar a confissão extraída do acordo de não persecução penal como convicção para decidir, este deverá se apoiar nos demais elementos probatórios obtidos, sob pena de tornar nula a sentença, tendo em vista o disposto no artigo 197 do Código de Processo Penal. Portanto, não se admite que a condenação seja baseada apenas na confissão. Na mesma linha de pensamento, deve o magistrado, que se utilizar dessa confissão circunstanciada, reconhecer e aplicar a atenuante da confissão espontânea na segunda fase de dosimetria da pena.

Vale destacar ainda que, em diversos procedimentos, a defesa do investigado, no momento da celebração do acordo de não persecução penal, tem exigido a inclusão de uma cláusula que impeça o Ministério Público de utilizar a confissão formal e circunstanciada como suporte probatório para outros procedimentos, até mesmo na esfera cível e administrativa.

Nada obstante, o Ministério Público, nos casos em que se apura a prática de infrações penais envolvendo o concurso de agentes, tem se posicionado e exigido a inclusão de uma cláusula de confissão delatória, visando não apenas garantir que o investigado cumpra com as condições estabelecidas, mas certificar que a confissão será útil em eventual persecução penal.

Na lição de Monique Cheker:

Uma vez obtidos os elementos que justifiquem uma acusação pelo fato principal, bem como do vínculo que ligue o denunciado a outras pessoas, o MP, no momento da negociação para a celebração de um ANPP, pode e deve exigir a confissão da coautoria ou participação do beneficiário, ainda que outras pessoas não sejam, no mesmo momento, beneficiárias de algum acordo. (CHEKER, 2020, p. 374).

Por fim, não se pode ignorar que o Direito Penal brasileiro adota o sistema acusatório, e nele impera o princípio da busca da verdade, ou seja, ainda que se admita o uso da confissão formal e circuns-

tanciada, não se pode presumir a culpa do acusado, o qual exercerá inteiramente os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Donde se pode constatar que a confissão formal e circunstanciada em eventual persecução penal não é inconstitucional e deve ser utilizada pelo Ministério Público como suporte probatório e pelo magistrado como convicção para decidir, sempre observando os limites do devido processo legal e garantindo às partes a gestão das provas.

7. Conclusão

O presente artigo teve o objetivo de analisar e compreender o instituto do acordo de não persecução penal, além de debater o pressuposto da confissão formal e circunstanciada e a sua utilização em eventual persecução penal. Como foi tratado no decorrer deste estudo, as discussões acerca do ANPP são gigantescas, dada a sua recente inclusão no ordenamento jurídico brasileiro pelo Pacote Anticrime. Todavia, não se pode negar que este instituto é responsável pela minoração de inúmeros procedimentos judiciais.

De fato, o acordo de não persecução penal é um dos grandes responsáveis pela diminuição de ações penais que versam sobre infrações de médio potencial ofensivo, além de atuar como um meio que evita a condenação e, por conseguinte, os efeitos sociais da pena, porquanto trabalha com o direito penal punitivo como *ultima ratio*.

Nota-se, ainda, que o presente estudo deixou esclarecidas as divergências existentes entre o ANPP e os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, reforçando que esses negócios jurídicos são aplicados em procedimentos que apuram a prática de infrações penais de pequeno potencial ofensivo e por isso não exigem, por exemplo, a confissão formal e circunstanciada do investigado para celebração e homologação da proposta.

E mais, ficou clarividente que no ANPP, na transação penal e na suspensão condicional do processo, não é possível gerar reflexos de culpabilidade para o investigado. Tanto é assim que, nos registros de anotações policiais e judiciais, não se faz constar a celebração do acordo, exceto para fins de impedir nova celebração no prazo de cinco anos.

Em continuidade, o presente trabalho discorreu objetivamente sobre os princípios e requisitos que compõem o acordo de não persecução penal, reforçando que, além da confissão formal e circunstanciada, o investigado se submete a outras condições não taxativas, dispostas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

A partir das discussões propostas acerca do acordo de não persecução penal, o presente estudo se aprofundou em seu tema principal, a necessidade da confissão formal e circunstanciada para a celebração do acordo.

Neste ponto, apurou-se que, embora haja divergências doutrinárias acerca da necessidade da confissão, considerando-se os posicionamentos que discorrem sobre a inconstitucionalidade da confissão extrajudicial, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico sinalagmático, e a confissão formal e circunstanciada é a garantia que tem o Ministério Público para exigir que o investigado cumpra as obrigações assumidas.

Ademais, constata-se que, por ser um instituto celebrado extrajudicialmente, o consenso é o que prevalece, ou seja, o Ministério Público (ofertante) e o investigado (compromissário) contraem obrigações de comum acordo. Do contrário, o ANPP não seria interessante para o *Parquet*, pois o investigado não renunciaria a nada que seja do interesse do Estado.

Por fim, verifica-se que, embora alguns doutrinadores e profissionais do direito se posicionem no sentido de que a confissão exigida é inconstitucional, não é este o entendimento que prevalece. A

confissão, para a maior doutrina, não equivale ao reconhecimento de culpa nem à violação ao silêncio, uma vez que não há processo e o investigado continua sendo presumidamente inocente.

Quem rechaça a imprescindibilidade da confissão formal e circunstanciada como pressuposto para a celebração do ANPP também se posiciona contrariamente ao seu uso em eventual persecução penal. Todavia, como demonstrado, a sua utilização é totalmente constitucional.

Nos casos de descumprimento injustificado das obrigações assumidas, o Ministério Público ofertará denúncia contra o investigado, podendo utilizar-se da confissão extraída do ANPP para fundamentar o pedido inicial, assim como o magistrado, para usar como convicção na sentença condenatória.

Todavia, não há dúvidas de que o Direito Penal brasileiro adota o sistema acusatório e, por isso, os direitos da ampla defesa e do contraditório devem ser respeitados para garantir um devido processo legal. Nesse sentido, o presente estudo apontou diversos entendimentos doutrinários, além de apoiar-se no Código de Processo Penal, para concluir que a confissão pode e deve ser utilizada na persecução penal, mas a gestão da prova deve ser garantida, não se podendo presumir a culpa do acusado ou fundamentar a condenação exclusivamente na confissão.

Diante de todos os estudos e debates feitos ao longo do trabalho, conclui-se que o acordo de não persecução penal se revela imperioso para a diminuição do ajuizamento de ações penais que envolvam crimes de médio potencial ofensivo, permitindo e contribuindo para a solução alternativa de casos menos graves; para a reprovação e prevenção de condutas criminosas sem que, para isso, o agente seja processado, sentenciado e submetido aos efeitos sociais da pena; reduzindo o número de prisões provisórias; reforçando a importância do ressarcimento às vítimas e da reparação do dano, e possibilitando o consenso entre o autor do fato e o Ministério Público.

8. Referências

ANDRADE, Landolgo. *Interesses difusos e coletivos*. Vol. 1. São Paulo: Método, 2020.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BORGES, Victor Matheus. Acordo de colaboração premiada: como funciona esse acordo penal. *IDP Blog*, [s.d] Disponível em: <https://direito.idp.edu.br/blog/direito-penal/acordo-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL, Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n° 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 out. 2022.

BRASIL. Lei n° 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n° 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.004.661/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 4 de dezembro de 2022, DJe 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 76.439-SP. Relator: Min. Octávio Gallotti, julgado em 12 de maio de 1998, DJe 21 ago. 1998.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2023.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 9 out. 2022.

CHEKER, Monique. A Confissão do concurso de agentes no acordo de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (org.). *Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 28 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPg). Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. *Enunciados Interpretativos da Lei n° 13.964/2019. Lei Anticrime*. 2019. Disponível em: https://www.cnp.org.br/imagens/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 9 out. 2022.

COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. Comentário ao Código de Processo Penal: artigo 28-A, incisos I a V e § 1°. *Empório do Direito.com.br*, 18 set. 2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/comentarios-ao-codigo-de-processo-penal-artigo-28-a-incisos-i-a-v-e-1> Acesso em: 9 out. 2022.

Artigo

Acordo de não persecução penal: a constitucionalidade da confissão formal como requisito necessário para a sua celebração

Juliana Lopes Geraldo | Jhennifer Isabelle Rocha

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*: Lei n. 13.964/2019 – comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord). *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. ver. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 217-237.

CUNHA, Vitor Souza. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (orgs.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Coletânea de Artigos. v. 7. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/215412/CA_2CCR_pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 set. 2022.

FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (Org.). *Investigação criminal pelo Ministério Público*: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020a.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020b.

SOUZA, Renee de Ó (org). *Lei Anticrime*: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

Artigo recebido em: 11/04/23.

Artigo aprovado em: 06/07/23.

DOI: 10.59303/dejure.v22i39.498

161 - 180

Artigo

**A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO
NORMATIVO E OS LIMITES DA
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

GABRIELLA CAINELLI

A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO E OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

THE INTERPRETATION OF THE NORMATIVE TEXT
AND THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL MUTATION

GABRIELLA CAINELLI

Bacharel em Direito

Universidade Uniamérica Descomplica, Foz do Iguaçu/ Brasil

gabriella.ccount@hotmail.com

RESUMO: A Constituição, como um conjunto sistêmico de normas supremas, regula a atividade estatal e limita sua atividade mediante a proteção e promoção de garantias e direitos fundamentais. Diante desse contexto, o desempenho da atividade hermenêutica deve estar comprometido com as novas realidades sociais. O mecanismo informal de alteração do significado de determinada norma sem a modificação do seu texto denomina-se mutação constitucional. O presente trabalho aborda os limites da mutação constitucional, bem como sua relação com as possibilidades de interpretação do texto normativo em face de sua evidente relevância no âmbito político-institucional, em especial a segurança jurídica. Objetiva analisar a questão sob a ótica de métodos e princípios próprios da hermenêutica constitucional. Fundamenta-se no Poder Constituinte Difuso. A pesquisa de cunho bibliográfico buscou elucidar os parâmetros existentes entre a interpretação do texto normativo e a superioridade normativa da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional; limites; hermenêutica constitucional; interpretação.

ABSTRACT: The constitution, as a systemic set of supreme norms, regulates state activity and limits it through the protection and promotion of guarantees and fundamental rights. In this context, hermeneutic activity must adapt to new social realities. The informal mechanism for changing the meaning of a rule without modifying its text is called constitutional mutation. This work explores the limits of constitutional mutation and its relationship with the interpretation of normative text, particularly in the political-institutional sphere, with a focus on legal security. The analysis is based on methods and principles of constitutional hermeneutics, using the concept of Diffuse Constituent Power. The bibliographic research aims to clarify the relationships between the interpretation of the normative text and the normative supremacy of the Constitution.

KEYWORDS: Constitutional mutation; limitations; constitutional hermeneutic; interpretation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Questões relevantes. 3. Princípios da interpretação constitucional. 4. Hermenêutica e métodos de interpretação constitucional. 5. Poder constituinte difuso e mutação constitucional. 6. Limites da mutação constitucional. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A interpretação é uma atividade hermenêutica que visa à relação existente entre o texto, o direito e os fatos (SANTOS, 2023). Nes-

se sentido, Lenza (2020) afirma que as constituições devem ser interpretadas com a finalidade de buscar o real significado constitucional e, por consequência, a sua abrangência¹.

Evidencia-se que, essencialmente, a Constituição não tem por meta apenas definir normativamente as regras básicas do Estado, mas também criar as bases para o convívio digno de todas as pessoas, ambas as coisas com equivalência de importância (MENDES; BRANCO, 2018).

Portanto, “todas as Cartas Políticas preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades” (BARROSO, 2020, p. 142). Destaque-se que a modificação constitucional pode ocorrer por via formal ou por via informal, bem como explica Barroso:

A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (BARROSO, 2020, p. 142).

Neste contexto, a mutação constitucional não se refere a alterações materialmente perceptíveis, mas a alterações no significado e no sentido interpretativo do texto constitucional, permanecendo este inalterado (LENZA, 2020), de modo que se destaca na doutrina o entendimento de uma interpretação do texto nor-

1 Como bem ressalta Lorenzetti, “a norma não se confunde com o texto no qual ela está prevista, isto é, a norma jurídica não se confunde com seu enunciado/dispositivo normativo, sendo na verdade o resultado da interpretação de seu enunciado” (2011 apud SANTOS, 2023, p. 230).

mativo constitucional diferenciada da hermenêutica do direito, ou seja, uma hermenêutica constitucional, onde há métodos e princípios próprios (NUNES JÚNIOR, 2019).

No Brasil, a interpretação objetiva da Constituição é realizada por magistrados de primeira instância, bem como por tribunais superiores, de modo que o desempenho da atividade hermenêutica deve estar comprometida com as alterações sociais, visando à efetivação da norma constitucional (SIMEÃO; OLIVEIRA; REGIS, 2020).

Por conseguinte, aludindo-se à ideia de que o titular do poder constituinte possui o direito de rever a própria Constituição, fundamento este baseado no Poder Constituinte Difuso, expressão cunhada por Burdeau (SANTOS, 2023), emerge a questão relativa aos parâmetros de interpretação do texto normativo e aos limites da mutação constitucional.

Portanto, o objetivo deste trabalho é identificar os limites da mutação constitucional diante da inexistência de restrições formais acerca desse fenômeno, bem como sua relação com os parâmetros de interpretação do texto normativo, buscando uma análise, conforme a hermenêutica constitucional, dos impasses gerados por interpretações equivocadas, destacando como a temática é debatida pela doutrina e ordenamento jurídico brasileiro.

Em vista disso, o Direito está concretamente ligado à realidade na qual incide, bem como destaca Barroso (2020, p. 145), estando em uma relação intensa e recíproca, onde “o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta”. Assim, a busca pela interpretação fiel à Carta Magna e próxima aos anseios da coletividade pluralista destaca o seu papel fundamental perante a sociedade.

Para tanto, a mutação constitucional “reveste-se de evidente relevância político-institucional, resultante da atividade concretizadora das normas constitucionais pelos tribunais” (ÁVILA; RIOS, 2016, p. 25). Assim, observando tal cenário, através de leituras e pesquisas referentes ao tema, o primeiro capítulo abordará os princípios da interpretação constitucional.

Em seguida, tratar-se-á da hermenêutica constitucional e dos seus métodos de interpretação. Por fim, será abordado o poder constituinte difuso (mutação constitucional), bem como os seus limites, com a realização da conclusão da pesquisa.

2. Questões relevantes

A compreensão do fenômeno da mutação constitucional, considerando-se a rigidez da Constituição, reflete a evolução do Estado constitucional como um organismo vivo, o qual se adapta às novas realidades, permitindo variadas formas de modificação do texto constitucional em face dos novos significados que surgem (SIMEÃO; OLIVEIRA; REGIS, 2020).

Neste contexto, Barroso afirma que

[...] sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. (BARROSO, 2020, p. 145).

Ainda conforme o autor explica, a rigidez constitucional está relacionada à preservação da ordem constitucional e à segurança jurídica. Por sua vez, por plasticidade, entende-se a adaptação das normas constitucionais a novas realidades, sem que seja necessário utilizar-se de processos formais a cada mudança (BARROSO, 2020).

O fenômeno da mutação constitucional como meio de interpretação não é uma atividade exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Poder Judiciário, podendo ser realizada por qualquer dos seus intérpretes (NUNES JÚNIOR, 2019). Nesse sentido, diante da unidade da Constituição, regras e princípios são espécies de normas que norteiam a interpretação para modificação do texto constitucional, estando intimamente correlacionados (LENZA, 2020).

3. Princípios da interpretação constitucional

A constante modificação das sociedades exige uma abertura constitucional às novas situações, sem que seja alterado o seu texto constantemente, devendo a Constituição ser compreendida como um sistema aberto de regras e princípios (CASTRO, 2010, apud SANTOS, 2023).

Nesse sentido, o sistema supramencionado destaca que a Constituição, em interação com a realidade político-social, deve estar aberta aos acontecimentos evolutivos sociais e, consequentemente, adaptar-se, sendo possível somente quando dentre as normas constitucionais houver princípios (CUNHA JÚNIOR, 2008, apud NUNES JÚNIOR, 2019).

Destacam-se, portanto, nesta perspectiva, os princípios de interpretação e aplicação das normas constitucionais, como o da supremacia e o da unidade da Constituição, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o princípio da concordância prática e o princípio da conformidade funcional.

Assim, o princípio da supremacia da Constituição consiste em que normas infraconstitucionais não podem contrariar normas constitucionais, razão pela qual devem ser consideradas inválidas ao contrariar o texto normativo da Constituição, uma vez que são hierarquicamente inferiores (SANTOS, 2023). Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que

[...] a supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo [...]. A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. (BARROSO, 2020, p. 100–101).

Nesse sentido, as normas constitucionais são dotadas de supremacia, prevalecendo sobre o poder constituído e sobre as leis em geral, de modo que a atividade interpretativa constitucional decorre essencialmente da supremacia da Constituição, porque dela deriva a validade e o sentido do ordenamento jurídico (BARROSO, 2020).

Por sua vez, o princípio da unidade da Constituição ressalta o dever de ser compreendida “como um sistema normativo uno” (SANTOS, 2023, p. 234), inferindo-se uma interpretação sistemática das normas constitucionais onde o intérprete possui o dever de harmonizar as possíveis contradições existentes entre as normas jurídicas, promovendo assim “a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um” (BARROSO, 2020, p. 300).

A razoabilidade ou proporcionalidade, como princípio da interpretação constitucional, relaciona-se essencialmente às hipóteses de conflitos entre valores constitucionais e possui como parâmetro, conforme explica Pedro Lenza (2020), três importantes elementos: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio “encontra-se como uma diretriz entre os métodos de interpretação tradicionais e os princípios que pautam a aplicação destes” (TAVARES, 2020, p. 817).

Neste contexto, a necessidade está intimamente ligada à possibilidade de restrição de direitos somente quando for indispensável ao caso concreto; por sua vez, a adequação ressalta que o meio escolhido deve atingir o objetivo, bem como a proporcionalidade em sentido estrito reflete a “máxima efetividade e mínima restrição” (LENZA, 2020, p. 136).

Portanto, conforme explica Inocêncio Mártires Coelho (2002), a razoabilidade ou proporcionalidade materializa ideias de justiça, equidade, moderação e justa medida.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, por conseguinte, ressalta que o conteúdo das normas constitucionais deve ser otimizado em sua aplicação pelo intérprete, garantindo assim maior concretude ao caso concreto (SANTOS, 2023).

O princípio da concordância prática ou harmonização reflete que, em hipóteses de colisão entre direitos constitucionais, impõe-se “a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (CANOTILHO, 2000, apud TAVARES, 2020, p. 261).

Por seu turno, o princípio da conformidade funcional destaca a justeza e a exatidão funcional, impedindo que o intérprete constitucional modifique a organização estabelecida pela Constituição (SANTOS, 2023). Nesse sentido, Pedro Lenza destaca:

O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito. (LENZA, 2020, p. 135).

A atuação do Poder Judiciário na alteração do sentido do texto constitucional reflete o ativismo judicial, ou seja, um maior protagonismo do judiciário na implantação de políticas públicas e na exigência do cumprimento das normas constitucionais (NUNES JÚNIOR, 2019).

Portanto, o processo de interpretação da Constituição deve ser guiado por princípios de interpretação constitucional, com o objetivo de reduzir pragmatismos exacerbados (HESSE, 1992, apud MENDES; BRANCO, 2018).

Assim sendo, revela-se imperativa a observância dos princípios supramencionados no auxílio da atividade de interpretação das

normas constitucionais, não englobando a exegese como meio para alterações que não encontrem conformidade com a Lei Maior, o que acarretaria insegurança no ordenamento jurídico brasileiro (MORBINI; KORQUIEVICZ, 2018).

4. Hermenêutica e métodos de interpretação constitucional

A letra do texto normativo constitui obrigatoriamente o ponto de referência na atividade interpretativa, de modo que o texto é a essência da qual o intérprete deve partir e na qual deve repousar, como explica André Ramos Tavares (2020).

Nesse contexto, a atividade interpretativa está intimamente relacionada à identificação de uma linguagem compreensível do que está descrito de forma técnica ou científica, uma vez que essa atividade, dentro da hermenêutica constitucional, possui como objetivo identificar o resultado constitucionalmente exato por meio de um procedimento racional e criar a certeza jurídica (HESSE, 1991, apud NUNES JÚNIOR, 2019).

Por esta razão, José Afonso da Silva reflete que

[...] a verdade, a que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, pois que a lei jurídica nem sempre corresponde ao direito sociocultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça, várias vezes, o Direito legislado representa tão só um compromisso entre os interesses em choque. (SILVA, 2016, p. 133).

Cabe destacar que a interpretação das normas constitucionais conecta-se ao povo em um ato de cidadania, de forma que o ordenamento jurídico brasileiro prevê exemplos de normas que destacam a participação da sociedade na atividade interpretativa do sistema jurídico, como nas audiências públicas previstas no artigo 9º, § 1º, da Lei nº 9.868, de 1999, a qual disciplina a ação

direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (DANTAS JÚNIOR, 2022).

Assim, a atividade de atribuir sentido a uma norma constitucional, com o fim de proclamar valores a serem protegidos, reflete efeitos potenciais sobre a ordem jurídica, bem como sobre a vida da sociedade (MENDES; BRANCO, 2018).

Nesse cenário, a hermenêutica constitucional, como supramencionado, possui regras e princípios próprios, diferenciada da interpretação das normas jurídicas genéricas (NUNES JÚNIOR, 2019), motivo pelo qual compreende particularidades que a singularizam, como: as normas constitucionais possuem superioridade jurídica, apresentam com frequência princípios e conceitos indeterminados e se destinam a organizar o poder político, definir os direitos fundamentais e indicar valores e fins públicos (BARROSO, 2020).

Portanto, destacam-se métodos hermenêuticos de interpretação constitucional, bem como explica Inocêncio Mártires Coelho (2002), a saber, o método hermenêutico clássico, o método tópico-problemático, o método hermenêutico-concretizador, o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante e o método da comparação constitucional.

O método hermenêutico clássico evidencia uma interpretação jurídica da própria lei, sendo ela literal, histórica, lógica, teleológica ou sistemática, de modo que, considerando-se o princípio da legalidade constitucional, o texto deve ser o marco inicial da interpretação das normas constitucionais, bem como o seu limite (SANTOS, 2023).

Por sua vez, o método tópico-problemático enfatiza que na atividade interpretativa tem-se o problema concreto em evidência, de modo que se instiga o debate aberto para adequar a norma ao problema existente, havendo neste sentido a anteposição do problema sobre a norma (CRUZ, 2017).

O método hermenêutico-concretizador desenvolve-se a partir da pré-compreensão do intérprete, o qual, ao concretizar a norma, considera uma situação histórica, “que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a exame, para que o resolva à luz da constituição e não segundo critérios pessoais de justiça” (COELHO, 2002, p. 7).

Nesse contexto, o método supramencionado destaca que preza o texto constitucional, onde a atividade interpretativa é motivada por um problema, e para solucioná-lo o aplicador está vinculado ao texto normativo constitucional, usando de sua pré-compreensão e de suas circunstâncias históricas concretas (MENDES, 2018).

Quanto ao método científico-espiritual, também nomeado de sociologia, foi idealizado por Rudolf Smend e “parte do pressuposto de que há uma ordem de valores e um sistema cultural que precedem o texto constitucional, os quais devem ser o objeto maior de proteção do intérprete” (MORAIS, 2022); nesse sentido, funda-se nas bases de valoração subentendidas no texto constitucional, bem como no sentido e na realidade da Constituição (KIMURA, 2003).

Já o método normativo-estruturante explica que a norma é resultado de um processo de concretização, e por isso não se identifica com o texto no qual está inserida (SANTOS, 2023); assim o intérprete deve buscar o real significado da norma constitucional, não o confundindo com o próprio texto (NUNES JÚNIOR, 2018).

Por fim, o método da comparação constitucional baseia-se na comparação e na comunicação de ordenamentos de diversos Estados, implementando-se um comparativo entre diferentes instituições (LENZA, 2020) com a finalidade de esclarecer normas constitucionais, bem como melhor compreender seu significado e amplitude (SANTOS, 2023).

Seja dito que os métodos hermenêuticos de interpretação constitucional supramencionados foram sistematizados por J.J. Gomes Canotilho (SANTOS, 2023).

A atividade interpretativa busca o espírito constitucional, o qual “deriva dos valores que entram no sistema, nele vivem e atuam, e sobre ele se projetam com uma abrangência irresistível, conferindo supremacia à realidade respectiva” (BONAVIDES, 2004, p. 130).

Paulo Bonavides, em sua obra de Direito Constitucional, explica que, a título de exemplo, alguns direitos fundamentais igualmente disciplinados textualmente recebem interpretações diversas em razão da realidade política que refletem (LEIBHOLZ, 1964, apud BONAVIDES, 2004). Portanto, a hermenêutica desenvolve-se em uma perspectiva ampla e complexa, correspondendo a um conjunto de teorias voltadas à interpretação, com o fim de atribuir sentido e significado (FERNANDES, 2013).

5. Poder constituinte difuso e mutação constitucional

A supremacia da Constituição fundamenta-se em uma força política com capacidade de estabelecer e manter em vigor o texto normativo constitucional (MENDES; BRANCO, 2018). Nesse sentido, o poder constituinte é “um poder de fato, uma vez que nascido do fato social, político e econômico” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 84).

Assim, conforme explica Eduardo dos Santos (2023), é um poder jurídico-político de elaborar e instituir a Constituição do Estado, bem como alterá-la ou complementá-la. Destaque-se que a teoria original acerca do Poder Constituinte foi descrita por Sieyès sob a perspectiva histórica do jusnaturalismo, que consiste na capacidade de instituir uma nova ordem, estando acima do poder constituído (BARROSO, 2020).

A doutrina ressalta a existência de espécies do Poder Constituinte em razão de suas funções, como o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, subdividindo-se este em poder constituinte de reforma, o qual consiste naquele que objetiva realizar reformas ou revisões no texto constitucional, e o poder constituinte decorrente, que objetiva complementar a Constituição (SANTOS, 2023).

Neste contexto, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes, a análise do poder constituinte de reforma evidencia o modo de alteração formal do texto normativo, seja por emenda à constituição, seja por revisão. No entanto, segundo o referido autor, “em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, [...], a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 196), de modo que se tem o poder constituinte difuso, tema este recente na doutrina, o qual possibilita a modificação da Constituição de modo informal e espontâneo, evidenciando um poder decorrente de fatores sociais, políticos e econômicos, permitindo-se uma mudança no sentido interpretativo sem alterações no texto normativo (LENZA, 2020).

A referida alteração denomina-se mutação constitucional, uma vez que possui fundamento no poder constituinte difuso e, conforme a doutrina majoritária, “consiste no processo informal de alteração da Constituição, por meio da tradição, dos costumes jurídicos e da interpretação” (SANTOS, 2023, p. 174).

Portanto, as modificações realizadas são de ordem interpretativa, de modo que se extrai do texto intacto um novo significado (MASSON, 2020); todavia, o poder constituinte difuso não deriva explicitamente da Constituição, mas fundamenta-se no dinamismo das relações sociais, as quais exigem maior agilidade nas interpretações constitucionais, papel desempenhado pela mutação constitucional para modernização da Lei Maior (PADILHA, 2020).

Assim, a mutação constitucional permanece na fronteira onde o direito interage com a realidade (BARROSO, 2020), razão pela qual “tanto a sociedade vive a Constituição, tendo que obedecer às suas normas, quanto a Constituição vive a sociedade, tendo que retratá-la com a dinâmica dos avanços sociais” (AGRA, 2008, apud PADILHA, 2020, p. 131). Nesse sentido, Nathalia Masson destaca que:

As mutações operam verdadeiro renascimento de alguns dispositivos ao permitirem que estes sejam relidos, que seja dado um novo significado à norma (que paira subjacente ao texto). O poder é intitulado ‘difuso’ porque nunca se sabe de modo preciso ‘quando’ e “como” se iniciou o processo de reestruturação e implementação das informais transformações hermenêuticas que vão rejuvenescer a Constituição, adaptando-a às mudanças sociais que o dinamismo da vida fática ocasionou. (MASSON, 2020, p. 183).

Nesse contexto, a essência das transformações hermenêuticas ocorre no dinamismo social, de modo que a sua ocorrência não se pode precisar no tempo e na forma, onde o texto é reinterpretado conforme as novas realidades. Consequentemente, as Constituições podem sofrer mudanças formais, como ocorrem no Poder Constituinte Derivado, e mudanças informais, conforme o Poder Constituinte Difuso (FERNANDES, 2013).

Em consequência, as mutações constitucionais evidenciam dois imperativos constitucionais, sendo a demanda por estabilização relacionada à rigidez constitucional e o dinamismo jurídico, uma vez que a Constituição não deve obstar as transformações interpretativas que decorrem das modificações sociais (PEDRON; OMMATI, 2021).

Relevante exemplo de mutação constitucional ocorreu no Recurso Extraordinário 778.889, em que o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Min. Roberto Barroso, tratou da equiparação da licença-adotante ao prazo da licença-gestante, decidindo

que a licença-maternidade com previsão no artigo 7º, XVIII, da Constituição “abrange tanto a licença gestante quanto à licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias”.

Afirmou-se, conforme o julgado, a ocorrência da mutação constitucional pela alteração da realidade social, bem como pela nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado (NUNES JÚNIOR, 2019).

Contudo, de acordo com Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2019), é imperioso identificar os limites da mutação constitucional, diante da inexistência de restrições formais acerca desse fenômeno, sob pena de flexibilização exagerada das normas constitucionais.

6. Limites da mutação constitucional

Identificado que as Constituições são organismos vivos suscetíveis às interferências do tempo e da dinâmica social (MASSON, 2020), e que a mutação constitucional é resultado de uma nova interpretação, onde ocorre alteração no entendimento sobre o mesmo texto normativo, fundamental se faz identificar seus parâmetros (DANTAS JÚNIOR, 2022).

Assim, os limites específicos do poder constituinte difuso, ou seja, das mutações constitucionais, conforme Anna Cândido da Cunha Ferraz, encontram-se no texto da Constituição, uma vez que aquelas não podem contrariar o texto constitucional (FERRAZ, 2011, apud SANTOS, 2023).

Nesse mesmo sentido, Gilmar Mendes enfatiza que a nova interpretação advinda da mutação constitucional deve

[...] encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional. (MENDES, 2018, p.196).

Portanto, são inadmissíveis mutações constitucionais inconstitucionais, razão pela qual acarretam risco à soberania da Lei Maior, lesionando o ordenamento jurídico e causando insegurança jurídica (BATISTA; FERREIRA, 2015), uma vez que “essas são modificações informais da Constituição que usurpam (deterioram) seu texto deturpando-o” (FERNANDES, 2013, p. 153). Assim, quanto à insegurança jurídica, a possível falta de parâmetros hermenêuticos de interpretação constitucional evidenciam a problemática acerca da discricionariedade no ato interpretativo, de modo que

[...] o reconhecimento de que a interpretação é uma dimensão constitutiva do Direito não implica transformar o ato de interpretação em um ato de vontade discricionário [...] Em seu papel de ciência histórica, o Direito precisa ser enfrentado sob uma perspectiva hermenêutica, mas condicionado pela objetividade e pela materialidade da norma positivada. Há, portanto, na gênese do fenômeno jurídico uma relação entre estabilidade e contingência. Longe de recair em uma renovação de um fetichismo legalista, essa perspectiva remete à necessidade de se resgatar os discursos sobre validade e sobre legitimidade da norma, a fim de que se possa orientar, com mais precisão, os caminhos da tarefa de interpretar a constituição. (CAMPOS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 790).

Por sua vez, bem como explica Barroso, a mutação constitucional deve observar dois limites, sendo o primeiro os sentidos possíveis do próprio texto a ser interpretado, e o segundo a manutenção dos princípios fundamentais específicos da Constituição (BARROSO, 2020).

Há que observar ainda, conforme Botelho, três limites, a saber, os possíveis sentidos do texto da Constituição, o dever de proceder de legítima transformação social e o de não avançar no campo próprio da reforma constitucional (BOTELHO, 2011, p. 34, apud BATISTA; FERREIRA, 2015).

Vale destacar que decisões contrárias à disposição literal da normatividade constitucional evidenciam uma patologia constitu-

cional dentro do sistema (NUNES JÚNIOR, 2019), afetando a segurança jurídica que pressupõe a necessidade de certeza e conhecimento do direito vigente, a possibilidade de prever as possíveis consequências das atividades realizadas e a estabilidade da ordem jurídica, sendo, portanto, central em seu âmbito o direito à estabilidade mínima da ordem jurídica (TAVARES, 2020).

7. Conclusão

Diante das discussões anteriores, e considerando-se que a mutação constitucional se refere a alterações no sentido e no significado interpretativo da norma constitucional, de modo que o texto permanece sem alterações formais, a sua ocorrência fundamenta-se no dinamismo da relações da sociedade pluralista, a qual exige agilidade nas interpretações da Constituição.

As interpretações realizadas por meio do poder constituinte difuso operam uma releitura dos dispositivos constitucionais, uma vez que constroem um novo significado à norma. Nesse sentido, as normas devem acompanhar a sociedade, papel desempenhado pela mutação constitucional com maior rapidez em comparação com as alterações formais do texto normativo, tais como as emendas e revisões, pois aquela ocorre de maneira informal e espontânea, decorrente de fatores sociais, políticos e econômicos.

Todavia, as modificações devem seguir parâmetros, ainda que não previstos formalmente, uma vez que interpretações discricionárias podem afetar negativamente o ordenamento jurídico e a sociedade, dado que a sociedade e a Constituição se relacionam intimamente.

Assim, a interpretação sistemática das normas constitucionais permanece como finalidade do intérprete, o qual possui o dever de harmonizar as possíveis contradições, observando-se essencial-

mente os métodos e os princípios próprios da hermenêutica constitucional como ponto de partida para sua análise, buscando equilíbrio entre a preservação da ordem constitucional e a segurança jurídica, bem como a adaptação das normas a novas realidades.

Com fundamento no poder constituinte difuso, revelam-se como fatores para a sua ocorrência a alteração na realidade social e um novo entendimento sobre o mesmo texto normativo, de modo que, diante da inexistência de previsão formal acerca dos limites da mutação constitucional, a doutrina descreve que seus parâmetros encontram-se principalmente no próprio texto constitucional.

Nesse sentido, o intérprete, em sua atividade, deve buscar afinidade com a peculiaridade das normas constitucionais, levando-se em consideração a unidade da Constituição em sua aplicação, bem como os princípios constitucionais, para alcançar o verdadeiro sentido das normas fundamentais.

Deve-se, portanto, além dos limites do próprio texto normativo, observar o verdadeiro sentido da norma, de modo a evitar atos discricionários que causem insegurança jurídica ou lesionem o ordenamento jurídico, o qual não pode ser violado, tampouco os princípios fundamentais da Constituição. De modo diverso, o que se teria seriam mutações constitucionais inconstitucionais, as quais acarretariam risco à soberania da Lei Maior.

8. Referências

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibic o de discriminação por motivo de sexo. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 21-47, 2016. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944882002>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BATISTA, Ismara Ellen Trombine; FERREIRA, Ana Carolina Abud. Limites   mutac o constitucional. *Revista Intervenc o, Estado e Sociedade*, v. 4, n. 1, p. 123-135, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/81>. Acesso em: 16 maio 2023.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova Hermenêutica Constitucional e (In)segurança Jurídica: características e críticas da virada linguística no interpretar da Constituição. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2015.16914>. Acesso em: 5 abr. 2023.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos – Princípios de interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 163-186, out./dez. 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46340>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CRUZ, Vitor. *Constituição Federal Anotada para Concursos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2017.

DANTAS JÚNIOR, João Fabrício. Interpretação do texto normativo: os limites da mutação constitucional no Brasil. *Revista Juscontemporânea do TRF2*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 1-21, dez. 2022. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistajuscontemporanea/article/view/639>. Acesso em: 15 fev. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev. ampl. e atual. Bahia: JusPodivm. 2013.

KIMURA, Alexandre Issa. Hermenêutica e interpretação constitucional. *Revista Jurídica "9 de Julho"*, São Paulo, n. 2, p. 159-181, 2003. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=499>. Acesso em: 23 mar. 2023.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAIS, Fernanda de. Quais são os métodos de interpretação constitucional? *IDP BLOG Online*, 2022. Disponível em: <https://direito.idp.edu.br/blog/direito-constitucional/metodos-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 18 jun. 2023.

MORBINI, Francieli Korquievicz; KORQUIEVICZ, Francislainy. Os limites da mutação constitucional. *Revista Aporia Jurídica* (on-line), v. 1, p. 46-72, jan./jun., 2018. Disponível em: <https://www.phantomstudio.com.br/index.php/aporiajuridica/article/view/139>. Acesso em: 20 mar. 2023.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 10. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://plataforma.bvvirtual.com.br>. Acesso em: 03 out. 2023.

SANTOS, Eduardo Rodrigues do. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

Artigo

A interpretação do texto normativo e os limites da mutação constitucional

Gabriella Cainelli

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; OLIVEIRA, Ludmilla Esteves de; REGIS, Eduardo Jhonny Lustosa. A interpretação constitucional e seus reflexos na mutação constitucional. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, 41 (XI), p. 108-125, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4086376>. Acesso em: 2 fev. 2023.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Artigo recebido em: 04/09/23.

Artigo aprovado em: 16/10/23.

DOI: 10.59303/dejure.v22i39.511

181 - 197

Artigo

**O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E
A GOVERNANÇA GLOBAL CLIMÁTICA**

SIDNEY GUERRA
LUIZA LOIO

O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E A GOVERNANÇA GLOBAL CLIMÁTICA

PUBLIC INTERNATIONAL LAW
AND GLOBAL CLIMATE GOVERNANCE

SIDNEY GUERRA

Pós-doutor em Direito
Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brasil)
sidneyguerra@terra.com.br

LUIA LOIO

Bacharel em Direito
Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brasil)
luisaloioc@gmail.com

RESUMO: Apresentam-se como entraves à contenção das mudanças climáticas a escassa cooperação entre os países e a pouca força vinculante dos tratados instituídos para lidar com o aumento do aquecimento global. O método indutivo utiliza uma bibliografia do cenário político atual para explicar o porquê das diversas divergências ocorridas no âmbito de negociação e aplicação das convenções climáticas do Acordo de Paris. Contudo, o sistema legal precisa desenvolver soluções para que os Estados sejam vinculados às suas obrigações, sugerindo-se criar uma organização internacional centralizada que lide somente com questões ambientais.

ABSTRACT: Obstacles to the containment of climate change are the lack of cooperation between countries and the lack of binding force of the treaties instituted to deal with the increase in global warming. The inductive method uses a bibliography of the current political scenario to explain the reason for the various divergences that have occurred in the negotiation and application of the climate conventions of the Paris Agreement. However, the legal system needs to develop solutions so that states are bound by their obligations, and it is suggested to create a centralized international organization that deals only with environmental issues.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças Climáticas; Governança Global Climática; Acordos Climáticos; Direito Internacional Público, Comunidade Internacional.

KEYWORDS: Climate Change; Global Climate Governance; Climate Treaties; Public International Law; International Community.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A Governança Global Climática 3. Críticas ao Acordo de Paris 4. Conclusão.

1. Introdução

Em 2021, o presidente dos Estados Unidos Joe Biden anunciou a reintegração do país norte-americano ao Acordo de Paris. Aquele Estado havia firmado o acordo em 2015, mas rompeu o compromisso dois anos depois, sob a presidência de Donald Trump.

A retirada do tratado, além do impacto econômico negativo para o país, seria de que ele (Trump, 2017), como um cidadão que se importava com o meio ambiente, não poderia apoiar um acordo que pune os Estados Unidos, o líder em proteção ambiental, enquanto inexistem imposições de obrigações significativas aos países que lideram em níveis de poluição, citando logo em seguida dados relativos à China e à Índia.

O argumento do chefe do executivo americano revela as profundas diferenças entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento em matéria de responsabilidade no campo climático. Tais discordâncias, discutidas principalmente no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC), levam a um atraso ainda maior da implementação de políticas climáticas entre os atores internacionais.

Obviamente, um modelo de produção capitalista baseado na exploração de recursos naturais de maneira não sustentável não possui um sistema legal internacional coercitivo eficiente em questões ambientais. Assim, o Acordo de Paris gerou apaziguamento das discordâncias entre os países, mas também deixou de lado fatores que impediam e ainda impedem uma ação mais coordenada e eficaz contra as mudanças climáticas.

O panorama dos conflitos teóricos e de interesses entre as partes da UNFCCC busca enfatizar a relevância da governança global como solução para a crise climática no âmbito do direito internacional público, em particular, sob a batuta da ONU, sem contemplar acordos fora de seu escopo. Quanto à abordagem e à base lógica da investigação, o método indutivo se propõe a apresentar as dificuldades, os prós e os contras do Acordo de Paris.

2. A governança global climática e o regime de mudanças climáticas das Nações Unidas

O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) é um órgão das Nações Unidas que propicia aos Estados, em publicações anuais, informações científicas, técnicas e socioeconômicas das consequências e possíveis formas de adaptação e mitigação da situação climática. De acordo com dados do relatório de 2022, caso a temperatura do planeta suba mais do que 1,5°C haverá alto risco de escassez de água, de perda de biodiversidade e de aumento de desastres naturais, de médio a longo prazo (2040-2100), que também influenciará a produção e o acesso a alimentos, cenário que provocará agravamento da desnutrição e das doenças em geral.

Além disso, o IPCC adverte que os impactos da mudança climática serão mais sentidos onde há “consideráveis limitações de desenvolvimento” (IPCC, 2022), como em regiões da África, da América do Sul e Central, bem como no Ártico e nos pequenos países insulares. Essa vulnerabilidade resulta da marginalização de certos Estados, e corresponde a um processo de iniquidade histórica que foi formada por processos de colonização e exploração.

Os Estados desenvolvidos também sofrem as consequências negativas do processo de mudanças que a ação humana produz com frequência cada vez maior em relação ao clima. O sociólogo Ulrich Beck (2011, p. 44) conceituou a cadeia de eventos que assola esses países como o efeito bumerangue, situação dos Estados desenvolvidos que se tornam vulneráveis aos riscos e aos perigos que eles mesmos produziram em busca de lucro e de progresso.

Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente ‘latentes efeitos colaterais’ rebatem também os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam inevitavelmente entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram.

É evidente a relação de interdependência entre os Estados ocasionada pela crise climática. Segundo Joana Castro Pereira (2015, p. 192-193), a grande vulnerabilidade das economias nacionais aos diversos eventos que ocorrem ao redor do globo, o uso massivo de tecnologias digitais para a comunicação e a transnacionalidade de grande parte dos problemas atuais reforçam a ideia de que certos aspectos da teoria westfaliana tornaram-se obsoletos. Nesse contexto de transformação econômica e social, houve mudanças na ordem internacional pela ascensão de novas potências no cenário externo, como os países do BRICS, especificamente China e Índia.

O fenômeno da globalização se apresenta como uma faca de dois gumes. Ao mesmo tempo que o surgimento de novas potências pode equilibrar a balança de poder mundial e aumentar a cooperação entre os países, ela também pode causar conflitos, uma vez que tais nações desafiam o *status quo*, e as potências já estabelecidas tentam impedir isso por meio de técnicas de *hard power*.

As mudanças climáticas também seguiriam a lógica da globalização e de seu fio de dois gumes. Esse processo causa diversos riscos e adversidades aos países, mas pode ser um forte motor para promover a cooperação.

Com a ascensão do BRICS, a divisão das responsabilidades de cada país tem gerado discordâncias nas mesas de negociação, embora haja um maior consenso entre os menos desenvolvidos sobre o papel dos desenvolvidos no avanço das mudanças climáticas.

Em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, ocorreu a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), que resultou na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) sob três fundamentos: responsabilidades comuns, porém diferenciadas, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (art. 3.1); o “princípio do poluidor-pagador” (PPP) e o “Beneficiary Pays Principle” (BPP). Tal convenção buscou impor aos países desenvolvidos uma forma de compensar as conse-

quências das emissões passadas, contribuirão para a diminuição dos gases efeito estufa, além de se comprometerem a ajudar financeira e tecnologicamente os países em desenvolvimento. Mas essa ação deverá ser realizada em observância a seus imperativos de crescimento econômico e desenvolvimento social.

Eric Neumayer (2000, p. 187-188) defende três pontos da imposição. O primeiro seria de teor científico, dado que as consequências do aquecimento global só ocorreram por causa das emissões históricas de países desenvolvidos. O segundo, baseado na justiça retributiva, consiste em essas nações pagarem pelos danos ambientais ocasionados. O terceiro preconiza que os recursos atmosféricos deveriam ser utilizados de maneira igualitária. A atmosfera possui um limite de absorção de gases efeito estufa. Logo, países desenvolvidos teriam que diminuir a emissão e aqueles em desenvolvimento teriam o direito de emitir mais gases por um período relativamente maior de tempo.

Em relação aos custos de mitigação e de adaptação, há de se considerarem duas justificativas: uma baseada na justiça corretiva e outra na justiça distributiva. Christian Baatz (2013, p. 97) acredita que a execução do *Beneficiary Pays Principle* é fundamentada em uma justiça corretiva, segundo a qual o beneficiário deve compensar os países em desenvolvimento afetados pelo aquecimento global, a fim de retificar uma injustiça histórica. Edward Pages (2012), de maneira similar, determina que ela tem como base uma justiça distributiva, aplicando o conceito de enriquecimento injusto.

Contrariamente a esses posicionamentos, os Estados desenvolvidos alegam que os princípios consagrados na Convenção desrespeitam a equidade entre os países e são de difícil aplicação (SANTOS, 2017, p. 5). A incapacidade de determinar quando as emissões começaram a se tornar prejudiciais ao planeta baseia-se no fato de que os Estados que mais emitiram gases de efeito estufa (GEE) no passado não tinham consciência da gravidade de suas ações, a despeito do usufruto das tecnologias e dos avanços científicos.

Ante esse impasse, David Miller (2009, p. 136-137 e p. 151) sugeriu que o princípio da responsabilidade histórica se aplicaria de 1985 a 1990, quando os efeitos da emissão de carbono se tornaram mais expressivos. Conforme o *Equal Sacrifice Principle*, os países deverão suportar maiores custos e sacrifícios, exceto os que sofrem de pobreza endêmica ou aqueles que apresentam diminuições nesse mesmo período.

Simon Caney (2006a, p. 467) acentua a difícil aplicação de tais princípios, especialmente o PPP, por causa da dificuldade em identificar e estabelecer os exatos culpados da situação climática atual. Em muitos casos, indivíduos, países ou indústrias nem existem mais. Caney (2005, p. 767) propôs que o PPP fosse aplicado junto com o *Ability to Pay Principle* (APP), segundo o qual quem tem mais recursos deve realizar maiores esforços. Assim, aplicou-se primeiramente o PPP aos países com altas taxas de emissão desde os anos 1990, impondo-lhes o pagamento de custos de mitigação e de adaptação e solucionando o já mencionado problema da ignorância. O APP é aplicado aos países economicamente favorecidos que produzem alta quantidade de GEEs (os emergentes, por exemplo). A responsabilidade não é só de quem historicamente emitiu ou deixou de emitir GEE, mas de quem pode ou não contribuir com a reparação dos danos causados (CANEY, 2010, 2013-2018).

Esses princípios foram igualmente questionados nas reuniões periódicas entre os Estados-membros da convenção. A Conferência das Partes (COP) tem como objetivo, além das questões de governança, discutir o tratado. As articulações diplomáticas dividiram as mesas de negociação em três: os que apoiavam a adoção do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas; aqueles que não o apoiavam; e os países que preferiam manter neutralidade diante do assunto (CARVALHO *et al.*, 2015).

Os países em desenvolvimento se dividiram em diversos grupos do G-77, do BASIC (formado pelos países emergentes Brasil, África do Sul, Índia e China) e da Aliança dos Pequenos Estados Insulares

(AOSIS) a fim de reivindicar a observância dos princípios já consagrados de maior acesso aos meios de implementação e a compensação pelos danos ocasionados pelas mudanças climáticas.

Os Estados desenvolvidos criaram o *Umbrella Group* para fazer frente às demandas dos países em desenvolvimento. As diferenças expostas, contudo, ocasionaram obstáculos nas negociações e fizeram com que as medidas de mitigação e de adaptação aos efeitos das mudanças climáticas avançassem a passos lentos.

Sem embargo, o Protocolo de Quioto, documento criado em 1997, ao utilizar uma abordagem *top-bottom*, assegurou, por fim, as maiores responsabilidades de mitigação e de adaptação aos países desenvolvidos listados no Anexo I do tratado. Adotou-se, de maneira integral, o princípio das Responsabilidades Comuns, porém diferenciadas, favoráveis aos países em desenvolvimento. Essa abordagem, porém, fez com que vários países desenvolvidos e grandes emissores não ratificassem o tratado (Carvalho *et al.*, 2015, p. 28) porque foram pressionados por coalizões entre os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos, como o BASIC e o G-77, que reivindicavam uma abordagem que fixava as maiores obrigações aos países desenvolvidos (Hallding *et al.*, 2013, p. 615).

O Protocolo conseguiu implementar outros instrumentos úteis à mitigação dos gases GEE, como o mercado de carbono, que permitia que os Estados desenvolvidos compensassem suas emissões por meio de investimentos em projetos de diminuição de emissões nas nações em desenvolvimento.

Impende assinalar que, embora tenha sido criado em 1997, o tratado só entrou em vigência em 2005, quando o número mínimo de países-membros da Convenção ratificou o Protocolo. O primeiro período de compromisso, estabelecido entre os anos de 2008 e 2012, tinha a meta de reduzir em até 5% as emissões de gases GEE em relação aos níveis de 1990 (BRASIL, 2024)

Todavia, não se alcançou a meta devido à não obrigação de os países emergentes diminuírem as emissões e à não adesão ao protocolo de países com perfil de emissão alto, como EUA e Canadá. Em vista dos resultados insuficientes, a COP-18, realizada em Doha, definiu um segundo período de compromissos, que se estendeu de 2013 a 2020. Pelas mesmas razões, sem sucesso em diminuir os níveis de emissão em 18% em relação aos níveis de 1990, como era previsto (BRASIL, 2024).

Em suma, por razões históricas, políticas e normativas, as negociações para a aprovação de um acordo climático eficiente sempre encontraram entraves. O fato de alguns países quererem continuar o progresso econômico e social, mesmo sendo grandes poluidores, fez com que colocassem nas nações desenvolvidas o maior peso da responsabilização pelas consequências do aquecimento global.

Foi nesse cenário que, em 2011, durante a COP-17, em Durban, o Grupo de Trabalho Ad Hoc da Plataforma de Durban para Ação Fortalecida (ADP) planejou um novo acordo climático, implementado no segundo período do Protocolo de Quioto.

A Declaração Conjunta dos EUA e da China sobre as mudanças climáticas, em 2014, facilitou a elaboração do novo tratado. Na declaração, o presidente norte-americano Barack Obama anunciou o *Clean pro Plan*, o qual objetivava diminuir as emissões decorrentes de gases poluentes entre 26% e 28% em comparação aos níveis de 2005 (USA, 2014), enquanto a China se comprometeu a diminuir o uso de carbono e a implementar mais fontes de energia renováveis até 2030. O passo dado pelas duas potências reverteu o cenário. Os países em desenvolvimento demandavam maiores obrigações aos países do Anexo I, com base no princípio das Responsabilidades Comuns, porém diferenciadas, criando um espaço fértil para a disseminação das ideias a serem apresentadas no futuro Acordo firmado na capital francesa.

Como resultado dos esforços da ADP e da colaboração dos dois maiores emissores do mundo no dado momento, em 2015 o Acordo de Paris pôs em xeque as diversas questões que barravam a cooperação entre os países.

3. Críticas ao Acordo de Paris

O Acordo de Paris tinha o enorme desafio de pôr fim às diferenças entre os Estados desenvolvidos e os em desenvolvimento, preservando soberania e interesses. Jessica F. Green (2021, p. 110) faz uma interessante analogia.

O Acordo de Paris é escolha da sua própria aventura na governança climática. Como os tradicionais livros infantis, vários tipos de atores podem selecionar os tipos de medida que eles vão adotar para abordar a questão das mudanças climáticas. Isso inclui atores não estatais, firmas e atores subnacionais, como cidades e regiões.

Com efeito, para contornar as dificuldades institucionais e diplomáticas, as Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDC) utilizam a analogia de Green como uma espécie de livro do gênero “escolha sua própria aventura ao dar aos Estados o poder de decisão de suas próprias metas”. Conforme preconizam os artigos 4.2 e 4.9 do referido Acordo, as NDCs são um mecanismo vinculante de transparência, uma vez que por meio delas é feito o controle de emissões e de ações de implementação e adaptação para garantir e assegurar aos outros Estados signatários que as promessas dos seus pares estão sendo cumpridas, o que aumenta a confiança entre todos.

Os relatórios disponibilizados a cada cinco anos revelam o progresso e as ambições na luta contra o aquecimento global. Cada país pode se submeter à jurisdição do Comitê de *compliance* do Acordo, por inteligência de seu artigo 15. Discutem-se nas COPs, com base nas NDCs, as ações a serem tomadas pelos países para uma melhor abordagem dos problemas e das soluções.

De fato, as reuniões quinquenais são extremamente importantes, uma vez que não existem no Acordo mecanismos vinculantes como o de diminuição de carbono, fator de pressão dos pares para o cumprimento das obrigações prometidas.

O princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, principal ponto de discórdia entre os países do Norte e do Sul global, não foi completamente negligenciado. No documento de 2015, ele aparece em vários dispositivos do Acordo, como nos artigos 4.º, 9.º, 10 e 11, deixando claro que os países desenvolvidos devem liderar as ações de mitigação e combate às mudanças climáticas.

No entanto, diferente do tratado anterior que distinguia os países desenvolvidos e os em desenvolvimento por meio dos anexos, o instrumento atual não traz essa inovação que torna possível perceber a adoção de uma abordagem híbrida em relação aos conceitos de justiça e equidade tão discutidos entre os países. Com esforços correspondentes à capacidade de arcar com as consequências do aquecimento global, essa perspectiva diz respeito a todos aqueles que podem contribuir para a solução dos problemas climáticos referidos no preâmbulo do Acordo de Paris (2015, p. 3): “[...] procurando atingir o objetivo da Convenção e guiadas por seus princípios, incluindo o princípio da equidade e de responsabilidade comum, porém diferenciadas, e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais”.

Assim, observam-se duas principais diferenças entre o Acordo de Paris e o seu antecessor. A primeira seria o deslocamento das responsabilidades desenvolvidas para todas as nações, sem distinção; a segunda diria respeito à natureza dos compromissos, sem haver uma imposição dura de metas de diminuição de emissões, sendo os Estados agora responsáveis por promessas e por obrigações.

É evidente que as novidades do Acordo de Paris apaziguaram os conflitos teóricos entre os países. A preocupação com a preservação da soberania dos Estados, o caráter pouco punitivo e a atenção com a transparência fizeram com que os países pudessem confiar mais uns nos outros e a definir metas de acordo com a sua perspectiva econômica e social. Todavia, a falta de mecanismos de execução das promessas feitas pelas NDCs faz com que as ações que deveriam ser de maneira contínua e diligente sejam implementadas de forma intermitente, dependendo da política gover-

namental de cada país. Na troca de administração, por exemplo, abandonam-se objetivos ou o Acordo como um todo, prejudicando a efetivação do principal propósito do tratado: limitar o aumento da temperatura global em 1,5° C. Além disso, há no texto acordado diversas lacunas ou falta de clareza dos procedimentos a serem realizados em relação aos esforços de adaptação, além de imprecisão das normas na questão de financiamento.

O Acordo de Paris adotou mecanismos de financiamento do *Global Environmental Facility* e do *Green Climate Fund*, além dos fundos *Special Climate Change Fund* e *Least Developed Countries Fund*. Fundamental para o avanço da instituição das perdas e danos, foi na COP-21 que esse instituto foi separado do de adaptação, por meio do artigo 8.º do Acordo. Esse avanço levou as partes do tratado a estabelecerem, na COP-27, um fundo de perdas e danos que “aceleraria” a assistência técnica a países em desenvolvimento que se encontram em situações particularmente vulneráveis aos efeitos das mudanças climáticas (ONU, 2022).

Na COP-28, convencionou-se que o Banco Mundial seria o responsável pela organização e administração do Fundo (UNFCCC, 2023, p. 2-3). Em adição, as partes criaram o *Standing Committee on Finance* a fim de auxiliar as COPs em questões de financiamento. Esse comitê assiste as COPs em designar financiamentos com maior coerência e organização; auxilia na racionalização do mecanismo de financiamento da UNFCCC; apoia na mobilização de recursos financeiros; ajuda na quantificação, divulgação e verificação do apoio oferecido aos Estados em desenvolvimento. No entanto, apesar dos avanços, deixou-se uma lacuna sobre quanto cada país deverá receber.

De fato, a implementação de mecanismos de *hard law* é um dos maiores desafios do Direito Internacional Público. As instituições que deveriam assegurar tais normas são, muitas vezes, fracas e dependem, em sua maioria, do consentimento dos Estados, como a Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Com efeito, a CIJ apresenta-se como um dos principais mecanismos de solução de controvérsias da UNFCCC, como expressa o artigo 24 do Acordo de Paris, o que reforça a crítica no âmbito das mudanças climáticas. A Corte de Haia, de acordo com o artigo 96 da Carta das Nações Unidas, pode exercer jurisdição de modo contencioso quando as partes aceitam a sua competência para julgar uma disputa ou, de modo consultivo, emitir opinião sobre questões normativas internacionais, quando provocada. É importante ressaltar que, embora opiniões consultivas tenham valor moral e legal, elas não são vinculantes.

Ademais, um Estado só poderá consultar a Corte em casos de possível violação do Acordo aprovado pela Assembleia Geral da ONU, pelo Conselho de Segurança ou por outros órgãos autorizados. Esses dois fatores fazem com que esse mecanismo seja pouco utilizado, haja vista somente um pedido da Assembleia-Geral que diz respeito às obrigações dos países em relação às mudanças climáticas (CIJ, 2023).

Com todos os entraves relacionados à submissão das partes à jurisdição da Corte, o processo de aprovação dos pedidos de consulta, com pouca força vinculativa de suas opiniões, faz com que a CIJ seja pouco requisitada em conflitos resultantes do Acordo de Paris. Aponte-se que, para além do Acordo de Paris, os acordos ambientais em geral estão fragmentados, pois não possuem entidades centrais suficientemente fortes que cuidam dessas questões.

Augusto Lopez-Claros, Arthur L. Dahl e Maja Groff (2020, p. 377) advertem que esse empecilho pode ter o proposital objetivo de prevenir sua efetividade e, conseqüentemente, não influenciar nos lucros e crescimento dos países. Essa situação leva novamente ao problema da falta de cooperação entre os países e à irresolução destes em adaptarem suas economias para um modelo de desenvolvimento sustentável que o último Acordo firmado sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre o Clima aparentemente não conseguiu sanar. Logo, é premente a necessidade de que os diversos programas, convenções e órgãos ambientais

gradualmente sejam integrados a uma nova instituição central mantenedora de competências e sucessos, reduzindo a fragmentação e a sobreposição entre eles (Lopez *et al*, 2021, 377).

Assim, passadas as inovações do Acordo de Paris, constata-se claro avanço nos temas voltados às mudanças climáticas e ao processo de colaboração entre as nações visando a uma maior conscientização e criação de políticas que diminuam o lançamento de gases efeito estufa à atmosfera. Para enfrentar o aquecimento global, contudo, é preciso, de acordo com o relatório do IPCC 2023, reduzir metade das emissões até 2030 e eliminar 99% até 2050, já que, embora as ações de adaptação e mitigação estejam avançando, elas ainda estão aquém do necessário. Aliás, os financiamentos para o clima são extremamente ofuscados por aqueles destinados aos combustíveis fósseis.

4. Conclusão

A falta de cooperação entre os países, as persistentes decisões de prosseguir com um crescimento econômico não sustentável, o comportamento predatório empregado pela grande maioria de atores sociais em relação ao meio ambiente, e a não adoção de medidas efetivas que possam fazer frente ao combate das causas e consequências do aquecimento global são um grande desafio para a humanidade.

A situação começa a ser modificada, ao menos no plano normativo, graças à Conferência das Nações Unidas, realizada no Rio de Janeiro em 1992, que propiciou vários outros encontros bastante polêmicos, ao levar em conta a separação do globo entre os países do norte e do sul, cada um buscando a supremacia de um discurso que atendesse a seus próprios interesses.

Com o aumento da temperatura terrestre, fruto de severo desequilíbrio ambiental, o tema mudanças climáticas passou a ocupar

lugar de destaque nos foros internacionais a partir da celebração do Protocolo de Quioto, o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, que colocava grande parte do fardo do aquecimento global na conta dos países desenvolvidos, que se negaram a ratificar o tratado ou a cumpri-lo em sua totalidade, o que levou, como consequência, a seu insucesso.

Anos depois, quando da celebração do Acordo de Paris, negociado e assinado sob a égide da Convenção-quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, alcançaram-se alguns avanços na pacificação das discordâncias entre os países em matéria de responsabilidade climática e diminuição das emissões de gases GEE por meio das Contribuições Nacionalmente Determinadas. Todavia, as instituições responsáveis pela garantia da observância das normas do Acordo não são suficientemente fortes para impor aos Estados o cumprimento de suas obrigações. Nesse caso, o Acordo teve sucesso em apaziguar as tensões entre os países, mas falhou em dar uma resposta efetiva para as mudanças climáticas.

Indubitavelmente, para fazer frente aos problemas advindos das mudanças climáticas e instituir um órgão com maior capacidade de atuação e independência financeira que tenha autoridade para estabelecer limites máximos de temperatura e normas com eficácia vinculante entre os países, torna-se imperativo que o sistema jurídico internacional se apresente de maneira mais firme para que sejam restabelecidos padrões aceitáveis da temperatura em termos planetários.

5. Referências

BECK, Ulrich. *No vulcão civilizatório: os contornos da sociedade de risco*. In: BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. Cap. 1. p. 21-61.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Protocolo de Quioto*. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-Quioto.html#:~:text=Durante%20o%20primeiro%20per%C3%ADodo%20de%20compromisso%2C%20entre%202008-2012%2C,de%205%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20aos%20n%C3%ADveis%20de%201990>. Acesso em: 25 mar. 2024.

CARVALHO, José Antônio Marcondes de *et al.* A diplomacia da mudança do clima: Interseção Entre Ciência, Política e Desenvolvimento. *Cadernos de Política Exterior*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 23-40, jul. 2015.

CASTRO, Joana Pereira. Environmental issues and international relations, a new global (dis) order-the role of International Relations in promoting a concerted international system. *Revista Brasileira de Política Internacional*, [S.I.], v. 58, n. 1, p. 191-209, maio 2015.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional das catástrofes*. Curitiba: Instituto Memória, 2021.

GREEN, Jessica F. Climate Change Governance: Past, Present, and (Hopefully) Future. In: BARNETT, Michael N. *et al* (ed.). *Global Governance in a World of Change*. [S.I.]: Cambridge University Press, 2021. p. 109-129.

HALLDING, Karl; JÜRISOO, Marie; CARSON, Marcus; ATTERIDGE, Aaron. Rising powers: the evolving role of basic countries. *Climate Policy*, [S.L.], v. 13, n. 5, p. 608-631, set. 2013. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/14693062.2013.822654>.

IPCC. *Summary for Policymakers*. 2022. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf. Acesso em: 18 maio 2023.

International Court of Justice. *The General Assembly of the United Nations requests an advisory opinion from the Court on the obligations of States in respect of climate change*. 2023. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20230419-PRE-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2023.

LAWYERS RESPONDING TO CLIMATE CHANGE. *Legal and procedural remedies in cases of non-compliance with Paris Agreement*. 2017. Disponível em: <https://legalresponse.org/legaladvice/legal-and-procedural-remedies-in-cases-of-non-compliance-with-paris-agreement/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

LOPEZ-CLAROS, Augusto; DAHL, Arthur L.; GROFF, Maja. *Responding to Global Environmental Crises*. In Global Governance and the Emergence of Global Institutions for the 21st Century. [S.I.]: Cambridge University Press, 2020. 430 p.

Nações Unidas. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudanças climáticas*. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 28 abr. 2023.

ORGAZ, Cristiana J. *As sinistras 'pedras da fome' reveladas em rios da Europa após período de seca*. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-62498309>. Acesso em: 10 ago. 2023.

PEIXOTO, Roberto. *EUA, Europa e Ásia enfrentam secas recordes; qual a gravidade do cenário e as suas causas?* 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/meio-ambiente/aquecimento-global/noticia/2022/08/29/eua-europa-e-asia-enfrentam-secas-recordes-qual-a-gravidade-do-cenario-e-as-suas-causas.ghtml>. Acesso em: 18 maio 2023.

SANTOS, Marcelo. Global justice and environmental governance: an analysis of the Paris Agreement. *Revista Brasileira de Política Internacional*, [S.I.], v. 60, n. 1, p. 1-18, maio 2017.

TRUMP, Donald. *Full text of Trump's speech – 'Draconian' Paris accord dumped*: the US president has announced an immediate halt to all efforts to implement the climate agreement. Here is what Donald Trump had to say. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jun/02/full-text-of-trumps-speech-draconian-paris-accord-dumped>. Acesso em: 18 maio 2023.

UNFCCC. *Operationalization of the new funding arrangements, including a fund, for responding to loss and damage referred to in paragraphs 2–3 of decisions 2/CP.27 and 2/CMA*. 2023. Disponível em: [cop28_auv_8g_lnd.pdf](https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries) (unfccc.int). Acesso em: 25 fev. 2024.

UNITED Nations. *COP27 Reaches Breakthrough Agreement on New “Loss and Damage” Fund for Vulnerable Countries*. 2022. Disponível em: <https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries>. Acesso em: 7 ago. 2023.

UNITED Nations. *Introduction to Climate Finance*. Disponível em: <https://unfccc.int/topics/introduction-to-climate-finance>. Acesso em: 7 ago. 2023.

UNITED Nations Framework Convention on Climate Change. *Paris Agreement*. 2015. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Acesso em: 28 abril 2023.

UNITED Nations. *United Nations Charter*. 1945. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2023.

USA. The White House. Office of the Press Secretary. *FACT SHEET: U.S.-China Joint Announcement on Climate Change and Clean Energy Cooperation*. 2014. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/11/11/fact-sheet-us-china-joint-announcement-climate-change-and-clean-energy-c>. Acesso em: 25 mar. 2024.

VASCO, Cotovio; KOTTASOVÁ, Ivanna. *Enchente na Europa pode ser ‘catástrofe histórica’ e deixa 157 mortos*. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/enchente-na-europa-pode-ser-catastrofe-historicae-deixa-mortos/>. Acesso em: 18 maio 2023.

Artigo recebido em: 23/10/23.

Artigo aprovado em: 02/04/24.

DOI: 10.59303/dejure.v22i39.514

198 - 209

**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 *Garamond*, corpo 10.5; parágrafos justificados e com entrelinhas simples; margens superior e inferior 2 cm; margem direita 1.75 cm e margem esquerda 2.25 cm; tamanho do papel 15 cm x 21 cm.

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, ta-

belas 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 6023/2018 (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.; CHRISTOFOLETTI, 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 acrescentados do tipo de suporte. Se o meio de acesso for *online*, acrescentar também o endereço eletrônico e a data de acesso.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. *E-book*. Disponível em: http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/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 artigo de periódico, porém acrescentados 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 publicação, tipo do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo a palavras escola ou a palavra faculdade ou a palavra fundação ou palavra afim), local e data da apresentação.

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 articles 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: *Garamond* font, size 10.5; justified paragraphs with simple spacing; upper and lower margins 2 cm; right margin 1.75 cm and left margin 2.25 cm; 15 cm x 21 cm 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 6023/2018 (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 supporting medium. If the mean of access is online, also add the electronic address and the date of access.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 1. ed. São Paulo: Virtual Books, 2000. *E-book*. Retrieved from: http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf. Accessed on: 31 Dec. 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 a journal article, 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. Retrieved from: http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf. Accessed on: 31 Dec. 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.

HARIMA, H. A. *The influence of glucan in the evolution of murine lupus*. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

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.

