

De Jure

Revista Jurídica

Fernando Muniz
Guilherme Rosa Pinho
Jean Douglas Saldanha e Santos
João Batista Sales Rocha Filho
Karelina Staut de Aguiar
Matheus Muniz Guzzo
Paulo Cesar Ferreira Ayres Júnior

42



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

De Jure: Revista Jurídica
www.mpmg.mp.br/dejure

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. 23, n. 42, jul./dez. 2025. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2025.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

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

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

CDU. 34
CDD. 342

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

Linha teórica

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

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical profile

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

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

DE JURE

De Jure é uma 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 Información en 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

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 to 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.

**MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

**ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR
SUPERIOR ADMINISTRATION**

Paulo de Tarso Morais Filho
Procurador-Geral de Justiça
Attorney General

Marco Antonio Lopes de Almeida
Corregedor-Geral do Ministério Público
Inspector General of the Public Prosecution Service

Rolando Carabolante
Ouvidor do Ministério Público
Ombudsman of the Public Prosecutor's Office

Reyvani Jabour Ribeiro
Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica
Deputy Attorney General for Legal Affairs

Iraídes de Oliveira Marques
Procuradora-Geral de Justiça Adjunto Administrativo
Administration Deputy Attorney General

Hugo Barros de Moura Lima
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional
Institutional Deputy Attorney General

Francisco Chaves Generoso
Chefe de Gabinete
Head of Cabinet

Thiago Ferraz de Oliveira
Secretário-Geral
Secretary-General

Ana Paula Moreira Gurgel
Diretora-Geral
General Director

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Director of the Center of Professional Development

Leonardo Barreto Moreira Alves

Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Pedagogical Coordinator of the Center of Professional Development

Maria Carolina Silveira Beraldo

Coordenadora Pedagógica Cooperadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Cooperating Pedagogical Coordinator of the Center of Professional Development

Tereza Cristina Santos Barreiro

Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

Superintendent of Professional Development

Leonardo Camargo Souza

Diretor de Produção Editorial

Director of Editorial Production

CONSELHO EDITORIAL

EDITORIAL BOARD

Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo

Diretora do Ceaf e Presidente do Conselho Editorial
Director of Ceaf and President of the Editorial Board

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça e Coordenador Pedagógico do Ceaf, Mestre
Public Prosecutor and Pedagogical Coordinator of Ceaf, Master

Aldérico de Carvalho Júnior

Promotor de Justiça de Minas Gerais, Mestre
Minas Gerais State Prosecutor, Master

Bergson Cardoso Guimarães

Promotor de Justiça de Minas Gerais, Doutor
Minas Gerais State Prosecutor, PhD

Flávia Mussi Bueno do Couto

Promotora de Justiça de Minas Gerais
Minas Gerais State Prosecutor

Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo

Promotora de Justiça de Minas Gerais, Mestre
Minas Gerais State Prosecutor, Master

Guilherme Roedel Fernandez Silva

Promotor de Justiça de Minas Gerais, Mestre
Minas Gerais State Prosecutor, Master

Luciana Imaculada de Paula

Promotora de Justiça de Minas Gerais, Mestre
Minas Gerais State Prosecutor, Master

Maria Carolina Silveira Beraldo

Promotora de Justiça de Minas Gerais, Doutora
Minas Gerais State Prosecutor, PhD

Pablo Gran Cristóforo

Promotor de Justiça de Minas Gerais, Mestre
Minas Gerais State Prosecutor, Master

Antonio Gidi

Doutor - Universidade de Houston (Houston/Estados Unidos)
PhD - Houston University (Houston/United States of America)

Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin

Doutor - Ministro do Superior Tribunal de Justiça (Brasília/Brasil)
PhD - Minister - Superior Tribunal de Justiça (Brasília/Brazil)

Aziz Tuffi Saliba

Doutor - Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
PhD - Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)

Belinda Pereira da Cunha

Doutora - Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa/Brasil)
PhD - Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa/Brazil)

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor - Universidade de Alcalá (Madri/Espanha)
PhD - Universidad de Alcalá (Madrid/Spain)

Cristina Godoy de Araújo Freitas

Mestra - Promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo (São Paulo/Brasil)
Master - São Paulo State Prosecutor - Ministério Público do Estado de São Paulo (São Paulo/Brazil)

Dermeval Farias Gomes Filho

Doutor - Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Brasília/Brasil)
PhD - Distrito Federal e Territórios Prosecutor - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Brasília/Brazil)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Doutor - Universidade Nacional Autónoma do México (Cidade do México/México)
PhD - Universidad Nacional Autónoma do México (Mexico City/Mexico)

Eduardo Martínez Alvarez

Doutor - Universidade do Museu Social Argentino (Buenos Aires/Argentina)
PhD - Universidad del Museo Social Argentino (Buenos Aires/Argentina)

Elton Venturi, Doutor

Procurador da República do Ministério Público Federal (São Paulo/Brasil)
PhD - Federal Prosecutor - Ministério Público Federal (São Paulo/Brazil)

Emerson Garcia, Doutor

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brasil)
PhD - Rio de Janeiro State Prosecutor - Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brazil)

Fabiano Augusto Martins Silveira

Doutor - Consultor Legislativo do Senado Federal (Brasília/Brasil)
PhD - Legislative Consultant – Senado Federal (Brasília/Brazil)

Giovanni Aldo Luigi Allegretti

Doutor - Investigador Sênior do Centro de Estudos Sociais (Coimbra/Portugal)

PhD - Senior Researcher - Centro de Estudos Sociais (Coimbra/Portugal)

José Aroudo Mota

Doutor - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Brasília/Brasil)

PhD - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Brasília/Brazil)

José Roberto Marques

Doutor - Faculdade de Direito de Franca (Franca/Brasil)

PhD - Faculdade de Direito de Franca (Franca/Brazil)

Juan Carlos Ferré Olivé

Doutor - Universidade de Huelva (Huelva/Espanha)

PhD - Universidad de Huelva (Huelva/Spain)

Juarez Estevam Xavier Tavares

Doutor - Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brasil)

PhD - Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brazil)

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Doutora - Universidade Paranaense (Umuarama/Brasil)

PhD - Universidade Paranaense (Umuarama/Brazil)

Leonardo Silva Nunes

Doutor - Universidade Federal de Ouro Preto (Ouro Preto/Brasil)

PhD - Universidade Federal de Ouro Preto (Ouro Preto/Brazil)

Luciano José Alvarenga

Doutor - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

PhD - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)

Luis María Desimoni

Doutor - Universidade de Ciências Empresariais e Sociais (Buenos Aires/Argentina)

PhD - Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Buenos Aires/Argentina)

Luiz Manoel Gomes Junior

Doutor - Universidade Paranaense (Umuarama/Brasil)

PhD - Universidade Paranaense (Umuarama/Brazil)

Maria Creusa de Araújo Borges

Doutora - Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa/Brasil)

PhD - Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa/Brazil)

Maria Garcia

Doutora - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/Brasil)

PhD - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/Brazil)

Maria Tereza Aina Sadek

Doutora - Universidade de São Paulo (São Paulo/Brasil)

PhD - Universidade de São Paulo (São Paulo/Brasil)

Mário Frota

Doutor - Associação Portuguesa de Direito do Consumo (Coimbra/Portugal)

PhD - Associação Portuguesa de Direito do Consumo (Coimbra/Portugal)

Mário Lúcio Quintão Soares

Doutor - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

PhD - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

Miracy Barbosa de Sousa Gustin

Doutora - Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

PhD - Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

Nelson Nery Junior

Doutor - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/Brasil)

PhD - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/Brasil)

Nilo Batista

Doutor - Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brasil)

PhD - Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brasil)

Ricardo Carneiro

Doutor - Fundação João Pinheiro (Belo Horizonte/Brasil)

PhD - Fundação João Pinheiro, (Belo Horizonte/Brasil)

Rosânia Rodrigues de Sousa

Doutora - Fundação João Pinheiro (Belo Horizonte/Brasil)

PhD - Fundação João Pinheiro (Belo Horizonte/Brasil)

Rosemiro Pereira Leal

Doutor - Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

PhD - Universidade Federal de Minas Gerais, (Belo Horizonte/Brasil)

Vittorio Manes

Doutor - Universidade de Bolonha (Bolonha/Itália)

PhD - Universidade de Bolonha (Bologna/Italy)

EDITORIAL

EDITORIAL

EDITORAÇÃO | EDITING

Leonardo Camargo Souza

Diretor de Produção Editorial | Director of Editorial Production

Raquel Diniz Guerra

Oficial do Ministério Público | Public Prosecutor's Office Official

REVISÃO | PROOF READING

Larissa Vasconcelos Avelar

Analista do Ministério Público | Public Prosecutor's Office Analyst

Luiz Carlos Freitas Pereira

Analista do Ministério Público | Public Prosecutor's Office Analyst

Renato Felipe de Oliveira Romano

Analista do Ministério Público | Public Prosecutor's Office Analyst

CAPA, PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO COVER, GRAPHIC PROJECT AND LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

Analista do Ministério Público | Public Prosecutor's Office Analyst

TRADUÇÃO | TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

Analista do Ministério Público | Public Prosecutor's Office Analyst

Sofia Cerqueira Borges

Estagiária | Intern

REVISORES AD HOC
AD HOC REVIEW

André Luiz Costa-Correa

Doutor - Novedoisnove (São Paulo/Brasil)
PhD - Novedoisnove (São Paulo/Brazil)

Andressa de Oliveira Lanchotti

Doutora - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
PhD - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)

Anna Catharina Machado Normanton

Mestra - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
Master - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)

Bráulio Lisboa Lopes

Doutor - Advocacia-Geral da União 6ª Região (Belo Horizonte/Brasil)
PhD - Advocacia-Geral da União 6ª Região (Belo Horizonte/Brazil)

Carlos Eduardo Avanzi de Almeida

Mestre - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte//Brasil)
Master - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)

Carolina Costa de Aguiar

Mestra - Universidade do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
Master - Universidade do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)

Daniella Maria dos Santos Dias

Doutora - Ministério Público do Estado do Pará (Belém/Brasil)
PhD - Ministério Público do Estado do Pará (Belém/Brazil)

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo

Doutor - Tribunal de Contas do Estado de Alagoas (Maceió/Brasil)
PhD - Tribunal de Contas do Estado de Alagoas (Maceió/Brazil)

Joedson de Souza Delgado

Mestre - Universidade de Brasília (Brasília/Brasil)
Master - Universidade de Brasília (Brasília/Brazil)

Magno Gomes de Oliveira

Doutor - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Fortaleza/Brasil)
PhD - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Fortaleza/Brazil)

Marco Aurélio Nogueira

Doutor - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
PhD - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brazil)

Nangel Gomes Cardoso

Mestre - Instituto Ensinar Brasil (Almenara/Brasil)
Master - Instituto Ensinar Brasil (Almenara/Brazil)

Rafael Ferreira Vianna

Doutor - Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (Curitiba/Brasil)
PhD - Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (Curitiba/Brazil)

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

CONTRIBUTORS TO THIS EDITION

FERNANDO MUNIZ

Mestre em Direito

Master in Law

GUILHERME ROSA PINHO

Doutor em Direito

Doctor of Law

JEAN DOUGLAS SALDANHA E SANTOS

Bacharel em Direito

Bachelor of Laws

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça

Public Prosecutor

KARELINE STAUT DE AGUIAR

Mestre em Direito

Master in Law

MATHEUS MUNIZ GUZZO

Assessor Jurídico

Legal Advisor

PAULO CESAR FERREIRA AYRES JÚNIOR

Mestre em Direito

Master in Law

PREFÁCIO

Mais do que o fruto de um semestre de trabalho profícuo, a *De Jure* 42 consolida a dedicação de um ano inteiro voltado à construção do saber. Comprometida com a excelência e o apreço pelo conhecimento, esta edição materializa os esforços contínuos que empreendemos, com satisfação, para fomentar a disseminação de debates jurídicos relevantes.

O lançamento de mais um volume é motivo de orgulho, pois ratifica a robustez da *Revista De Jure*. Mantemo-nos fiéis às rigorosas exigências da plataforma Qualis e às expectativas de nosso público seletor — vetores principais de nosso empenho.

Esta publicação espelha a diversidade e a riqueza temática que pautam nossa linha editorial. Com pluralidade de perspectivas, a *De Jure* 42 examina tópicos fundamentais para profissionais do Direito e para a sociedade. Temas como a atuação do Ministério Público, a interface entre política e judicialização, a tutela do patrimônio histórico-artístico e a inclusão social exemplificam a vastidão das abordagens aqui reunidas.

Convidamos, assim, a comunidade jurídica e o grande público à leitura. Esperamos que estes estudos continuem a fazer de nossa revista um lídimo instrumento de fortalecimento da justiça e da cidadania.

CÁSSIA VIRGÍNIA SERRA TEIXEIRA GONTIJO

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

APRESENTAÇÃO

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional apresenta a nova edição da Revista De Jure. Os artigos que a compõem abordam temas atuais e relevantes, como probidade, investigação, execução penal e o processo entendido como relação dialógica, oferecendo reflexões úteis ao exercício das funções do Ministério Público.

Esta edição também destaca debates que dialogam diretamente com os desafios contemporâneos enfrentados pelas instituições públicas. A diversidade de enfoques permite que o leitor identifique, em cada texto, aportes que dialogam tanto com a prática diária quanto com a formulação de políticas institucionais mais amplas.

A De Jure 42 reúne perspectivas distintas e contribuições qualificadas para o debate jurídico contemporâneo. Trata-se de uma edição que se lê com proveito e que reforça a importância do estudo contínuo como instrumento de atuação responsável.

Boa leitura.

PAULO DE TARSO MORAIS FILHO

Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

20 - 48

Artigo

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL
GENÉTICO EM SEDE DE EXECUÇÃO
PENAL FACE AO PRINCÍPIO DA
NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

(UN)CONSTITUTIONALITY OF GENETIC PROFILE IDENTIFICATION
IN CRIMINAL EXECUTION REGARDING THE PRINCIPLE
OF NON-SELF-INCRIMINATION

JEAN DOUGLAS SALDANHA E SANTOS

49 - 81

Artigo

**A JUDICIALIZAÇÃO DA
MEGAPOLÍTICA NO BRASIL:
UM ESTUDO DE CASO ACERCA
DO ALCANCE E EFEITOS JURÍDICOS
DA DECISÃO DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL (TSE)
NA REPRESENTAÇÃO
Nº 0601958-94.2022.6.00.0000**

THE JUDICIALIZATION OF MEGAPOLITICS IN BRAZIL:
A CASE STUDY ON THE SCOPE AND LEGAL EFFECTS
OF THE DECISION OF THE SUPERIOR ELECTORAL COURT (TSE)
IN REPRESENTATION NO. 0601958-94.2022.6.00.0000

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

82 - 110

Artigo

**ACESSIBILIDADE DA
LINGUAGEM JURÍDICA
E A PERSPECTIVA DE INCLUSÃO**

ACCESSIBILITY OF LEGAL LANGUAGE
AND THE PERSPECTIVE OF INCLUSION

KARELINE STAUT DE AGUIAR

111 - 144

Artigo

**A AMPLA PROTEÇÃO DO
PATRIMÔNIO HISTÓRICO
E ARTÍSTICO NACIONAL
POR MEIO DO TOMBAMENTO**

THE AMPLE PROTECTION OF NATIONAL HISTORICAL
AND ARTISTIC HERITAGE THROUGH
NATIONAL MONUMENT PROCLAMATION

GUILHERME ROSA PINHO

145 - 161

Artigo

**ARQUIVAMENTO DE NOTÍCIA
DE FATO SEM CIENTIFICAÇÃO
DO NOTICIANTE:
A INCONSTITUCIONALIDADE
DO “DEVER DE OFÍCIO”**

ARCHIVING A REPORT OF FACTS
WITHOUT INFORMING THE REPORTER:
THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE “DUTY OF OFFICE”

MATHEUS MUNIZ GUZZO

162 - 177

Artigo

**A EXIGÊNCIA DO DOLO
ESPECÍFICO PARA CONFIGURAÇÃO
DO ATO DE IMPROBIDADE E A
TUTELA CONSTITUCIONAL DA
PROBIDADE ADMINISTRATIVA**

THE REQUIREMENT OF SPECIFIC INTENT
TO CONSTITUTE AN ACT OF IMPROBITY AND THE
CONSTITUTIONAL PROTECTION OF ADMINISTRATIVE PROBITY

PAULO CESAR FERREIRA AYRES JÚNIOR

178 - 212

Artigo

**INVESTIGAÇÃO E PROCESSO:
UM EXAME FORMAL SOBRE A
DISTINÇÃO CONCEITUAL A PARTIR
DA TEORIA DO DISCURSO, PARA
ENCONTRAR A CAUSA DE EXTRAVIOS
TEÓRICOS IMPORTANTES**

INVESTIGATION AND PROCESS: A FORMAL EXAMINATION
OF CONCEPTUAL DISTINCTION FROM DISCOURSE THEORY,
TO FIND THE CAUSE OF IMPORTANT THEORETICAL DEVIATIONS

FERNANDO MUNIZ

213 - 225

**NORMAS DE
SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO**

20 - 48

Artigo

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA
IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO
EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL
FACE AO PRINCÍPIO DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO**

JEAN DOUGLAS SALDANHA E SANTOS

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL FACE AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

(UN)CONSTITUTIONALITY OF GENETIC PROFILE IDENTIFICATION
IN CRIMINAL EXECUTION REGARDING
THE PRINCIPLE OF NON-SELF-INCRIMINATION

JEAN DOUGLAS SALDANHA E SANTOS

Bacharel em Direito
Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
jean.ssaldanha@gmail.com

RESUMO: Este trabalho científico se dedica à análise do instituto da identificação criminal por meio da coleta do perfil genético, em sede de execução penal, face ao princípio constitucional da não autoincriminação. Desta forma, a pesquisa se propõe ao estudo da modalidade de identificação criminal em epígrafe, bem como sua adequação à ordem constitucional vigente, especialmente no que tange às controvérsias advindas da obrigatoriedade de o condenado por determinados crimes ser submetido à identificação do perfil genético quando do ingresso no estabelecimento prisional. Ao final, verificou-se que a Lei nº 12.654/2012 e suas posteriores modificações, ao inserir o art. 9º-A, na Lei de Execução Penal, não padece de inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Identificação Criminal. Perfil Genético. Execução Penal. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This scientific work is dedicated to the analysis of the criminal identification process through the collection of genetic profiles in the context of criminal execution, in light of the constitutional principle of non-self-incrimination. Thus, the research aims to study the modality of criminal identification mentioned above, as well as its conformity with the current constitutional order, especially regarding the controversies arising from the obligation for individuals convicted of certain crimes to undergo genetic profile identification upon entering the prison system. In conclusion, it was found that Law No. 12,654/2012 and its subsequent modifications, by introducing Article 9-A into the Penal Execution Law, do not suffer from unconstitutionality.

KEYWORDS: Criminal Identification. Genetic Profile. Penal Execution. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A identificação do perfil genético na execução penal. 3. Considerações iniciais acerca do princípio da não autoincriminação. 4. A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético na execução da pena. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A Lei nº 12.654/2012, ao entrar em vigor no ordenamento jurídico, inovou substancialmente o Direito pátrio até então vigente: incluindo novos artigos nos diplomas legais que dispõem sobre a identificação criminal do civilmente identificado (Lei nº 12.037/2009) e a execução penal (Lei nº 7.210/1984 – LEP), passou a permitir a identificação criminal de investigados e condenados, desde que preenchidos alguns requisitos, por meio da coleta do perfil genético de tais pessoas, isto é, a partir da extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, nos termos dos arts. 5º, parágrafo único¹ e 9º-A, *caput*², (este com redação atual dada pela Lei nº 13.964/2019, também denominada “pacote anticrime”) dos citados comandos legais, respectivamente.

Tal previsão legislativa, que resultou na criação de um verdadeiro banco nacional de armazenamento de perfis genéticos³, buscou conferir maior capacidade técnica e resolutiva à atividade investigativa, sobretudo porque o legislador notou que, consumado um crime violento, era bastante comum o encontro, durante a atividade pericial, de materiais biológicos do possível autor do delito, tais como resquícios de sangue, fios de cabelos ou pedaços de pele sob a unha da vítima. Assim, em existindo um banco nacional de perfis genéticos, seria possível extrair informações precisas para se desvendar a autoria de determinado crime.

1 Art. 5ºA. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. §1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

2 Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

3 O Decreto nº 7.950/2013 instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Lado outro, ainda que o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009, incluído pela Lei nº 12.654/2012, em interpretação conjunta com o art. 3º, IV, do mesmo diploma legal, permita a coleta de material genético quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa” (BRASIL, 2012), o presente trabalho volta-se exclusivamente à hipótese prevista na Lei de Execução Penal. Dedicar-se este estudo à identificação criminal imposta no processo de execução da pena, leia-se, com o fim precípuo de abastecimento do supramencionado banco de dados sigiloso, que foi regulamentado por decreto pelo Executivo, e não ao subsídio de investigação criminal em curso.

O tema foi idealizado com base na identificação de um problema, que consistiu em indagar se a extração compulsória de material genético, ou seja, se a intervenção não consentida no corpo do condenado viola a ordem constitucional vigente, por ferir o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Com efeito, deflagrando-se desse ponto, exsurge como fundamental a análise da constitucionalidade do art. 9ª-A, da Lei de Execução Penal, que determina a submissão compulsória do condenado à extração de seu DNA, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional, frente ao princípio da não autoincriminação (ou *nemo tenetur se detegere*), este dotado tanto de envergadura constitucional⁴ quanto convencional (art. 8º, 2., “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/1992⁵).

⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

⁵ Art. 8º, 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Considerando a importância de se chegar a uma resolução adequada para tal problemática, que se encontra em discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº. 973.837/MG, interposto pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, há que se ressaltar a relevância, originalidade e atualidade da pesquisa.

Nesse diapasão, a pesquisa foi desenvolvida pelo método indutivo, se concentrando no estudo da legislação e doutrina pertinentes, tendo sido delimitado como objetivo geral responder ao questionamento acerca da existência ou não de vício de inconstitucionalidade na lei *sub examine*. Por conseguinte, para o desenvolvimento e materialização da pesquisa científica, realizou-se levantamento bibliográfico do conhecimento produzido e aplicável ao objeto em análise, com vistas a constituir uma base sólida e crítica sobre o assunto.

Restaram delineados, como objetivos específicos, a análise dos pormenores da Lei nº 12.654/12, em sede de execução penal; a conceituação do princípio da não autoincriminação e a tessitura de algumas considerações a seu respeito e, por fim, a realização de incursão aos argumentos trazidos pela Defensoria Pública no Recurso Extraordinário nº. 973.837/MG, momento em que serão feitas as reflexões acerca da constitucionalidade ou não da novel modalidade de identificação criminal, durante a execução da pena, promovida pela Lei nº 12.654/2012.

2. A identificação do perfil genético na execução penal

Seguindo uma tendência mundial de desenvolvimento e implantação de banco de dados de perfis genéticos, foi sancionada, em 28 de maio de 2012 (com *vacatio legis* de 180 dias), a Lei nº 12.654/2012, cujo escopo era o de permitir a coleta do perfil genético de investigados e condenados como forma de identificação criminal.

O projeto de lei do Senado nº 93, de 2011, que originou o supracitado diploma legal, trazia como justificativa para a existência de tal previsão no ordenamento jurídico pátrio a premente necessidade de aprimoramento técnico e capacidade resolutiva das investigações promovidas pelo Estado, notadamente nos crimes praticados com grave violência, assim como a importância da determinação da identidade genética pelo DNA como forma de se estabelecer uma relação entre determinada pessoa e o local do crime. Nesse sentido, mister colacionar parte das razões apresentadas pelo Exmo. Senador Ciro Nogueira, à época, durante a apresentação de seu projeto:

O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (Combined DNA Index System) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele. [...] A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal. [...] A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica. (BRASIL, 2011)

Como cediço, a identificação criminal do civilmente identificado em tempos anteriores à edição da Lei nº 12.654/2012 era disciplinada pela Lei nº 12.037/2009⁶, esta por sua vez regulamentando

⁶ Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, que dispõe no sentido de que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1988).

Se a regra era a não identificação criminal nos casos em que a pessoa já tivesse sua identidade civil esclarecida, previa a Lei nº 12.037/2009, em sua redação original, que a identificação criminal se daria exclusivamente pelo “processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação” (BRASIL, 2009).

Inovando no cenário jurídico, a Lei nº 12.654/2012 passou a prever, conforme aponta Lima (2022a, p. 58), a coleta do perfil genético como forma de identificação criminal em duas hipóteses diversas. A primeira se extrai do acréscimo de parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/2009, possibilitando, excepcionalmente, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa” (BRASIL, 2012). A segunda hipótese, que interessa ao presente estudo, incluiu o art. 9º-A, na Lei de Execução Penal, passando a permitir, em sua redação originária, a coleta de material biológico nos seguintes termos:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (BRASIL, 2012)

Cumprе ressaltar, à luz dos ensinamentos de Lima (2022a, p. 59), que as novéis hipóteses de identificação criminal se distinguiriam entre si devido ao fato de que aquela prevista na Lei 12.037/2009

buscaria a identificação do perfil genético para sua utilização em um inquérito ou processo penal em andamento, isto é, por delito (seja ele qual for) já ocorrido, mediante autorização judicial. O comando legal instituído na Lei de Execução Penal, por sua vez, submeteria apenas os condenados por determinados crimes, nos termos do citado art. 9º-A, *caput*, à identificação de seu perfil genético, com o fim precípuo de abastecimento de um banco de dados sigiloso. Assim, tais informações ficariam guardadas para futuramente serem utilizadas, quer para se determinar a autoria de crimes já ocorridos, quer para se chegar à autoria de delitos que viessem a ocorrer, sem que houvesse vinculação entre a coleta do material biológico e uma investigação específica em curso. Ademais, a autorização judicial nessa circunstância seria necessária apenas para a autoridade policial ter acesso ao banco de dados em caso de inquérito instaurado, e não para a extração do DNA em si (consoante dispõe o art. 9º-A, §2º, da Lei 7.210/1984).

Atualmente, a redação do art. 9º-A, *caput*, da LEP, foi alterada pela Lei nº 13.964/2019⁸, também conhecida como “pacote anticrime”, ocasião em que foram incluídos alguns parágrafos ali. Seu *caput* vigora com a seguinte redação:

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

Nessa toada, é possível tecer algumas considerações críticas quando se comparam as redações, antiga e nova, do art. 9º-A, da

7 Art. 9º-A [...] § 2º-A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

8 Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

LEP. De início, conforme leciona Nucci (2023, p. 62), o legislador, ao fazer menção na redação atual aos crimes contra a vida, não detalha se seria possível a extração de DNA somente aos delitos de natureza dolosa ou também aos culposos, embora a *mens legis* pareça ser voltada tão somente aos crimes especialmente graves. Também não reduziu o âmbito de incidência da norma apenas às espécies de homicídio.

Para Lima (2022a, p. 60-61), todos os crimes previstos no título I (dos crimes contra a pessoa), do capítulo I (dos crimes contra a vida), da parte especial do Código Penal, estariam abarcados pela previsão legal, ou seja, qualquer espécie de homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou automutilação, infanticídio e todas as formas de aborto, ainda que, com exceção do homicídio doloso, raramente os outros delitos resultem no encarceramento do agente.

Nucci (2023, p. 63) também aponta que o legislador, ao fazer menção, de modo genérico, aos crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulneráveis, acaba por englobar, novamente, além de delitos especialmente graves, como o estupro e o estupro de vulnerável, outros delitos que dificilmente levam seu autor à prisão (por permitirem benesses legais, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos). Assim, seria inócua a medida de identificação do perfil genético nesses casos, a exemplo de terem sido cometidos os delitos de importunação sexual, assédio sexual e corrupção de menores. No entanto, controversa ou não, pessoas condenadas por tais delitos deverão, obrigatoriamente, quando ingressarem no estabelecimento prisional, ser submetidos à identificação do perfil genético.

Além disso, a expressão “crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa”, mantida pela Lei 13.964/2019, “se refere a crimes dos quais resultem lesões graves, gravíssimas, ou a morte da vítima, tais como lesão corporal seguida de morte, homicídio simples ou qualificado etc.” (LIMA, 2022a, p. 60).

Em tempo, impende gizar que foi suprimida a expressão que determinava, outrora, a identificação obrigatória do perfil genético para qualquer dos crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei 8.072/90⁹, ainda que alguns delitos hediondos, como o homicídio qualificado, continuem atraindo, obrigatoriamente, a incidência da atual redação do art. 9º-A, da LEP.

Outrossim, segundo Lima (2022a, p. 61-62), por mais que a redação do artigo *sub examine* não seja clara, a expressão “condenado” deve ser entendida como aquele que ostenta em seu desfavor sentença penal condenatória transitada em julgado, mormente diante do entendimento do Pretório Excelso de condicionar o início da execução penal ao trânsito em julgado do édito condenatório. Veda-se, portanto, a identificação de perfil genético, pelo menos nos termos da LEP, aos presos provisórios (lembrando-se que existe a outra hipótese de coleta de perfil genético na Lei nº 12.037/2009, voltada à investigação específica).

Com o trânsito em julgado da condenação, deverá o condenado, de forma compulsória, ser submetido à identificação de seu perfil genético, por técnica adequada e indolor, sendo tal informação, nos termos do §1º, do art. 9º-A, da LEP, “armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo” (BRASIL, 2012).

Nesse sentido:

Uma vez confrontado com outros perfis já armazenados nesse banco de dados, oriundos de cenas de crimes não elucidados, ou até mesmo extraído do corpo de vítimas de crimes violentos ou sexuais, eventual coincidência (“match”) poderá torná-lo suspeito de tal crime, cuja elucidação talvez jamais fosse possível sem a existência de um banco de dados de perfis genéticos (LIMA, 2022a, p. 62).

9 Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Esclareça-se que, segundo o §8º, do art. 9º-A, da LEP, “constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético” (BRASIL, 2019), assim como se impede, a partir da coleta de amostra biológica, nos termos do §5º¹⁰ do citado artigo, as práticas de fenotipagem genética e busca familiar, devendo a amostra biológica, após a identificação do perfil genético, ser imediatamente descartada, nos termos do §6º¹¹.

Válida a menção à preocupação da Lei nº 13.964/2019 com a segurança do procedimento de identificação do perfil genético, ao incluir os §§1º-A¹² e 3º, ao art. 9º-A¹³, da LEP, prevendo, respectivamente, garantias mínimas de proteção aos dados genéticos, bem como a possibilidade de seu titular ter acesso a esses dados e aos documentos da cadeia de custódia que o gerou.

Por fim, imperioso ressaltar a literalidade do §7º do mesmo artigo, prescrevendo que “a coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial” (BRASIL, 2019), norma especial em relação art. 158-C, do Código de Processo Penal¹⁴, como bem explica Lima (2022a, p. 66), que determina a coleta de vestígios preferencialmente por perito oficial, e não obrigatoriamente como no caso da LEP.

10 Art. 9º-A [...] § 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

11 Art. 9º-A [...] § 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do “caput” deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

12 Art. 9º-A [...] § 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

13 Art. 9º-A [...] § 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

14 Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

3. Considerações iniciais acerca do princípio da não autoincriminação

Inicialmente, é de se notar que a Constituição da República, reconhecendo a importância da matéria, preocupou-se expressamente com o direito ao silêncio, ao prever, no art. 5º, inciso LXIII, que o “preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

No entanto, Lopes Jr. (2022, p. 129) reverbera que tal previsão constitucional e convencional (prevista no art. 8º, §2º, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) não pode ser encarada tão somente na possibilidade de o investigado ou réu permanecer em silêncio quando indagado sobre algo que possa lhe comprometer, uma vez que tal previsão se erige sob uma garantia mais ampla, qual seja, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Segundo tal princípio, também nomeado pela doutrina como inexigibilidade ou vedação à autoincriminação:

[...] o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado. Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência (LOPES JR., 2022, p. 129).

Embora seja possível deduzir, pela leitura da citação acima, a posição de Aury Lopes Jr. acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, tal problemática será estudada com maior profundidade em tópico posterior.

Desta feita, pode-se afirmar que o princípio *nemo tenetur se detegere* funciona, pois, como verdadeira autodefesa passiva, impedindo que o investigado ou réu seja compelido a praticar atos que contribuam para sua própria condenação.

Nessa senda, Lima (2022b, p. 70, *apud* Queijo, 2003, p. 55) escancara a motivação histórica para a existência de tal princípio, que converge à necessidade indispensável de proteção do indivíduo contra os abusos do Estado em sua atividade investigativa e de perseguição penal, mormente quando se pensa que em tempos anteriores ao surgimento do Estado Democrático de Direito já foi permitido inclusive o uso de tortura como meio de obtenção de provas.

No mesmo sentido, Távora e Alencar (2017, p. 96) relembram que a vedação à autoincriminação guarda profundos laços com o “Aviso de Miranda” (ou *Miranda warnings*), extraído do julgamento *Miranda versus Arizona*, nos Estados Unidos, cenário em que a Suprema Corte daquele país, em 1966, entendeu que era indispensável o aviso feito pelos policiais, à pessoa, no momento de efetuarem a prisão, acerca de seu direito de permanecer em silêncio, bem como no tocante à possibilidade de o detido constituir advogado para assisti-lo. Entendeu-se que os policiais também deveriam avisar ao preso que, caso resolvesse se explicar após a cientificação de seus direitos, tudo poderia ser utilizado em seu desfavor. No entendimento daquela Corte de Justiça, a inobservância desses procedimentos resultaria na invalidade de eventual confissão.

No âmbito do Poder Judiciário pátrio, essa temática envolvendo o direito ao silêncio e a necessidade de aviso prévio ganha contornos controversos, sobretudo quando envolve delitos em que a prova testemunhal, somada à confissão informal do réu durante a prisão em flagrante delito, é decisiva para a prolação de um édito condenatório (como no caso daqueles crimes tipificados na Lei 11.343/2006¹⁵).

15 Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para

Tanto assim que tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 1.177.984/SP, sob relatoria do Min. Edson Fachin, nos seguintes termos:

Tema: 1185. Título: Obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não autoincriminação e do devido processo legal. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LIV e LXIII, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, da advertência ao preso do direito ao silêncio, no momento da abordagem policial – quando frequentemente ocorre o denominado interrogatório informal –, sob pena de ilicitude da prova, e considerando-se os princípios da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e do devido processo legal (BRASIL, 2022).

No entanto, é possível encontrar decisões do próprio Pretório Excelso entendendo que a falta de advertência ao preso, no momento em que recebe voz de prisão por policial, leva à nulidade de eventual confissão informal – STF, RHC 192.798/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 24/02/2021¹⁶.

Ao arremate de tais breves considerações, conforme lição de Lopes Jr (2022, p. 122-123), por mais que a Constituição, ao explicitar uma faceta do princípio da não autoincriminação, transmita a ideia de que apenas o indivíduo preso teria esse direito, é de se ressaltar que tal previsão se estende também ao indivíduo em liberdade, quer ele seja suspeito, indiciado, acusado ou condenado; abarca, também, tanto os inquéritos policiais quanto proce-

prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

16 Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da PGR. 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. Nulidade da condenação. 5. Condenação por tráfico de drogas mantida. Absolvção do crime de associação para o tráfico. 6. Agravo improvido.

dimentos administrativos, processos cíveis ou criminais em que subsista a possibilidade de autoincriminação.

4. A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético na execução da pena

A obrigatoriedade de se submeter o condenado por crimes violentos, por ocasião de seu ingresso no estabelecimento prisional, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, tem causado grandes celeumas desde a entrada em vigor da Lei nº 12.654/2012.

Muito tem se argumentado que a novel espécie de identificação criminal, ao obrigar o condenado a tolerar a coleta de seu próprio material biológico para fins de obtenção do perfil genético, incorre em erros gravíssimos, sendo, por isso mesmo, inconstitucional.

Além de tratar o condenado como mero objeto de direito, coisificando-o, Lopes Jr. (2022, p. 564-565) aponta que o art. 9º-A, da LEP, acaba por fulminar um dos mais nobres de todos os direitos, de índole e previsão eminentemente constitucional, qual seja, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Não obstante Aury Lopes Jr. reconheça o papel fundamental das provas genéticas no mundo hodierno, inclusive não se opondo à colheita e perícia de células corporais deixadas pelo agente no local do delito, voluntária ou involuntariamente, ou mesmo na identificação do perfil genético nos casos em que o condenado consinta com a extração de seu DNA, assim argumenta nas hipóteses de expressa negativa do sujeito passivo em relação ao exame pericial:

O sujeito passivo encontra-se protegido pela presunção de inocência e a totalidade da carga probatória está nas mãos do acusador. O direito de defesa, especialmente sob o ponto de vista negativo, não pode ser limitado, principalmente porque a seu

lado existe outro princípio básico, muito bem apontado por CARNELUTTI: a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe.

Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita) (LOPES JR., 2022, p. 564-566).

No mesmo sentido, Marcão (2023, p. 86-88) leciona que a submissão compulsória do condenado à coleta de seu material genético, ainda que por técnica adequada e indolor, quando tal pessoa se negue a permitir tal ato, é intervenção violenta por natureza, sendo, portanto, vedada pela Constituição da República. Afirma, para além, que o armazenamento do perfil genético coletado só poderia resultar em prejuízos ao condenado, já que tais dados serviriam como uma prova pré-constituída para a apuração de delito que viesse a ser cometido ou para se desvendar a autoria de crime consumado no passado, o que iria novamente de encontro ao princípio que veda a autoincriminação.

Bebendo, de certa forma, de tais fontes, e inconformada com o acórdão exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos autos do agravo em execução nº 1.0024.05.793047-1/001¹⁷, que deu provimento ao recurso do Ministério Público

17 AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DO APENADO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RETROATIVIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS. DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO. - A Lei nº 12.654/12 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. - A criação de banco de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado. Não se cogita violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, ainda, por se tratar de norma que prevê mero procedimento de identificação criminal. - Concede-se a isenção do pagamento das custas e despesas processuais ao réu

do Estado de Minas Gerais, para determinar a coleta do perfil genético de um apenado (MINAS GERAIS, 2014), a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Referido recurso, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, autuado com o número 973.837/MG¹⁸, ainda encontra-se pendente de julgamento, tendo sido delimitada a seguinte temática, ao ser reconhecida repercussão geral:

Tema: 0905.

Título: Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação e do art. 5º, II, da Constituição Federal, a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/1984, introduzido pela Lei 12.654/2012, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos (BRASIL, 2016).

Conforme se extrai da descrição acima e da leitura das razões recursais juntada aos autos pela Defensoria Pública, os argumentos defensivos convergem basicamente à violação ao princípio *nemo tenetur se detegere* e ao art. 5º, II, da Constituição, que assim dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Em que pesem os argumentos lançados por qualificada parcela da doutrina nacional rechaçando a constitucionalidade do art. 9º-A, da LEP, incluído pela Lei nº 12.654/2012 e com redação atu-

assistido pela Defensoria Pública, nos termos da Lei estadual no 14.939/03 (2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Catta Preta, j. 04/09/2014, p. 15/09/2014).

18 Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 30 dez. 2023.

al, ao menos de seu *caput*, dada pela Lei nº 13.964/2019, entende-se estar em plena consonância com a ordem constitucional vigente a identificação do perfil genéticos de condenados, mediante a extração do DNA por técnica adequada e indolor, mesmo nos casos em que houver recusa por parte do sujeito passivo.

Isso porque, conforme bem ensina Lima (2022a, p. 67-68), o procedimento a ser realizado para a coleta de material biológico com vistas à identificação do perfil genético não reclama nenhum comportamento ativo por parte do condenado, isto é, ninguém é obrigado, durante o procedimento realizado por perito oficial, a participar ativamente no fornecimento de provas que o incriminará em investigação ou processo penal em curso. Pelo contrário: a técnica envolve tão somente a introdução de um *swab* (“cotonete”) na boca do condenado, de modo superficial, buscando a coleta de células da mucosa oral.

Desta feita, se por um lado a jurisprudência dos Tribunais pátrios se consolidou no sentido de afastar a possibilidade de se obrigar alguém a participar ativamente na produção de provas que posteriormente poderá incriminá-lo, por violação ao *nemo tenetur se detegere*, entendimento semelhante não ocorre no caso de condutas meramente passivas, em que o condenado, sem praticar nenhuma ação, simplesmente tolera a ação de um terceiro.

Não fosse assim, dever-se-ia ser considerada ilegal, *a priori*, quaisquer revistas pessoais, buscas e apreensões e até mesmo vedada a possibilidade de se submeter alguém ao raio X em aeroportos. Definitivamente não é o que ocorre.

Aliás, em se tratando de exames de raios X em aeroportos, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela sua validade:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PACIENTES SUBMETIDOS A EXAME DE RAIOS-X. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PROVA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO

AUTO-INCRIMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. 1. A Constituição Federal, na esteira da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, consagrou, em seu art. 5º, inciso LXIII, o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si. 2. Não há, nos autos, qualquer comprovação de que tenha havido abuso por parte dos policiais na obtenção da prova que ora se impugna. Ao contrário, verifica-se que os pacientes assumiram a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional da cocaína apreendida para a Angola, o que denota cooperação com a atividade policial, refutando qualquer alegação de coação na colheita da prova. 3. Ademais, é sabido que a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento. 4. Mesmo não fossem realizadas as radiografias abdominais, o próprio organismo, se o pior não ocorresse, expeliria naturalmente as cápsulas ingeridas, de forma a permitir a comprovação da ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes [...] 9. Ordem denegada (BRASIL, 2011).

Pela constitucionalidade do art. 9º-A, da LEP, Avena (2014, p. 44) afirma que:

Consideramos, enfim, que a proibição de que o indivíduo seja obrigado a produzir prova contra si alcança unicamente situações nas quais se pretenda constrangê-lo a uma postura ativa, por exemplo, o fornecimento de DNA no curso de uma investigação em andamento para comprovar a autoria de um crime pelo suspeito. Isso não pode ser feito. Contudo, na situação prevista no art. 9º-A da L. 7.210/1984, o que se estabelece é a obrigação legal de que indivíduos já condenados pela prática de determinados crimes (graves, pela própria natureza) forneçam material biológico a fim de compor banco de dados, a fim de subsidiar

futuras investigações em relação a delitos diversos dos que motivaram a extração. A situação, como se vê, não envolve um comportamento ativo no sentido do fornecimento de provas para uma investigação ou processo em andamento, mas simplesmente o abastecimento de banco de dados que permanecerá inerte (passivo), podendo ser acessado pelas autoridades policiais para fins de investigações de crimes apenas por ordem judicial.

Lima (2022a, p. 68) ainda relembra que a jurisprudência do Pre-
tório Excelso é firme no sentido de validar as provas produzidas a partir de materiais biológicos colhidos no ambiente, também de maneira não invasiva, a exemplo do famoso caso da cantora Glória Trevi¹⁹, cujo exame de DNA fora realizado na placenta coletada após tal objeto já ter sido expelido durante o parto.

Nucci (2023, p. 65), ao se manifestar pela constitucionalidade da medida, além de reforçar o caráter não invasivo do comando legal insculpido na LEP, sustenta não saber o motivo pelo qual ainda hoje não ocorre a identificação criminal de todos os indicados ou réus, guardado, evidentemente, o sigilo do ato, dado que referida medida traria enorme segurança jurídica, impedindo que uma pessoa fosse processada e eventualmente condenada no lugar de outra, gerando erro judicial gravíssimo.

Na mesma toada, conquanto não se ignore que a Carta Política de 1988 previu expressamente, em seu art. 5º, X, como “[...] invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988), não se pode afirmar, sem antes proceder à análise sistemática de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que a medida em estudo feriria frontalmente direitos fundamentais do ser humano, sepultando a própria ideia de autonomia corporal que o indivíduo teria sobre si, como aponta Aury Lopes Jr.

¹⁹ Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99366/false>>. Acesso em: 30/12/2023.

A bem da verdade, fato é que própria condenação penal transitada em julgado tem o condão de tolher, ao menos temporariamente, alguns direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/88²⁰) e os direitos políticos (art. 15, III, CF/88²¹), sem que isso importe em ilegalidades ou inconstitucionalidades.

Ademais, se por um lado a vida privada e a intimidade são, de fato, direitos da personalidade tutelados pela Constituição em posição de destaque, conclusão semelhante se extrai quanto ao direito fundamental à segurança, insculpido não apenas no *caput* dos arts. 5º e 6º²², como direitos individual e social, respectivamente, mas também no art. 144²³, *caput*, da nossa Carta Magna, sob a roupagem de preservação da ordem pública.

Esclareça-se que, consoante lição de Silva (2015, p. 791):

Na teoria jurídica, a palavra “segurança” assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que o qualifica. “Segurança jurídica” consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantêm-se estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. “Segurança Social” significa a previsão de vários meios que garantem aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como

20 Art. 5º [...] XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

21 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

22 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

23 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...].

conjunto de direitos sociais [...]. “Segurança Pública” é manutenção da ordem pública interna.

À vista disso, partindo-se da premissa de que inexistente direito absoluto, forçoso concluir que o suposto conflito existente entre o direito à intimidade e à vida privada *versus* o direito à segurança (aqui analisado em suas múltiplas facetas, especialmente em sua dimensão de segurança pública), conforme aponta parcela da doutrina, dever-se-ia ser resolvido em prol deste último, à luz da técnica da ponderação de princípios há muito consagrada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo a permitir a submissão compulsória do condenado à identificação de seu perfil genético.

Referida conclusão, a propósito, garante a segurança não só do corpo social, que tem interesse em ver o autor de determinado crime, devidamente identificado, ser processado e eventualmente segregado do convívio social, mas também do próprio condenado, que com o seu perfil genético devidamente identificado, tem a possibilidade de não vir a ser acusado injustamente quanto à prática de determinado delito.

Colaciona-se em tal sentido ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça em que foi concedida a ordem de *habeas corpus* a um condenado após ser constatado em laudo pericial de confronto genético que o material biológico coletado na vítima, à época dos fatos, não coincidia com seu perfil genético, e sim com o de outro homem:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. AUTORIA ESTABELECIDA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. LAUDO PERICIAL DE EXAME DE DNA QUE CONCLUIU QUE O PERFIL GENÉTICO OBTIDO DO MATERIAL COLETADO EM EXAME SEXOLÓGICO FEITO NA VÍTIMA NÃO É PROVENIENTE DO

PACIENTE. PROVA CIENTÍFICA DA INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 3. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de estupro tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico feito pela vítima na fase policial, porém sem observância das disposições do art. 226 do CPP. 4. Além disso, cabe ainda ressaltar que, por meio de exame de DNA realizado pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, constatou-se no “Laudo Pericial de Confronto Genético” que o material genético (espermatozoides), coletado em exame sexológico feito na vítima à época dos fatos, não coincide com o perfil genético do paciente e sim com o perfil genético de outro homem, suspeito de cometer outros crimes de estupro, cujo material genético também foi apresentado para a confrontação. 5. No âmbito do processo penal, em que com mais vigor se busca a verdade real, as provas científicas têm se revelado meios seguros para a elucidação de crimes e identificação dos seus autores. À vista disso, inegável o valor probante do laudo pericial. 6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 2021).

Ademais, a flexibilização do direito à privacidade do condenado traz enormes ganhos à sociedade em termos de ordem pública, em troca de mínimo sacrifício individual, uma vez que com o aprimoramento da capacidade investigativa do Estado não só o apenado se veria, depois de reinserido à sociedade, desestimulado a praticar crimes, especialmente aqueles de natureza violenta, mas também outros potenciais infratores. Busca o Estado, de modo proporcional, desincumbir-se do seu ônus de investigar, processar e punir, por meio de sanções previamente estabelecidas, os infratores da lei penal, funcionando a coleta do material genético como efeito extrapenal da condenação.

Reforçando o cuidado do legislador com a intimidade das pessoas submetidas à identificação do perfil genético, além de os dados afetos ao procedimento serem gerenciados por unidade oficial de

perícia criminal, segundo art. 5º-A, §1º, da Lei nº 12.037/2009, “as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos” (BRASIL, 2012).

Outrossim, quanto à afirmação de parcela da doutrina no sentido de que a identificação do perfil genético funcionaria como prova pré-constituída, apta a incriminar o condenado por delitos já ocorridos ou que viessem a ocorrer, Lima (2022a, p. 68) salienta que os dados constantes no banco nacional de perfis genéticos geralmente se prestam à exclusão de autoria e, mesmo nos casos em que ocorresse um *match* entre o material colhido no local do crime e aqueles armazenados, seria necessário individualizar eventual conduta criminosa do agente, não bastando a mera informação de que os perfis genéticos coincidem.

A propósito, cumpre citar que atualmente a Resolução nº 10/2019, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos é o normativo responsável pela “padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos” (BRASIL, 2019).

Entre outras coisas, é prevista a necessidade de o condenado ser apresentado aos responsáveis pela coleta de seu material genético (art. 6^{o24}), ficando ciente da fundamentação legal que alicerça o procedimento, na presença de uma testemunha (art. 7^{o25}). Em havendo recusa por parte do sujeito passivo à extração de seu DNA,

24 Art. 6º O condenado, devidamente identificado civil ou criminalmente, deverá ser apresentado aos responsáveis pela coleta, não consistindo o exame genético em um método de identificação civil.

25 Art. 7º Antes da realização da coleta de material biológico, a pessoa submetida ao procedimento deverá ser informada sobre sua fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta.

tal controvérsia deverá ser levada ao conhecimento da autoridade judiciária, que decidirá sobre a coleta compulsória (art. 8º²⁶).

Ao arremate argumentativo, mister salientar que, segundo Marteleto Filho (2012, p. 126-133), países europeus como Alemanha, Espanha, Portugal e Itália permitem intervenção corporal coercitiva, desde que autorizadas judicialmente e que não ultrapassem a mera cooperação passiva do investigado ou réu, pelo que a legislação brasileira em análise em nada estaria fora da realidade.

Portanto, entende-se não ser eivada de inconstitucionalidade a Lei nº 12.654/2012, dada a ausência de violação ao princípio que veda a autoincriminação, devendo, por conseguinte, ser negado provimento ao Recurso Extraordinário 973.837/MG e declarado, de modo incidental, a constitucionalidade do diploma em questão.

5. Conclusão

Buscando aprimorar a capacidade estatal de se investigar e punir autores de crimes violentos, o legislador brasileiro, seguindo uma tendência mundial de implantação de bancos de dados de perfis genéticos, editou a Lei nº 12.654/2012.

Tal diploma legal, incluindo o art. 9º-A, na Lei de Execução Penal, tornou obrigatória a submissão de indivíduos condenados por determinados crimes à identificação de seu perfil genético, mediante extração de DNA, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. Criou-se, assim, nova espécie de identificação criminal do civilmente identificado, ao lado daquelas hipóteses já previstas na Lei nº 12.037/2009, quais sejam, a partir do processo datiloscópico e fotográfico.

26 Art. 8º Em caso de recusa, o fato será consignado em documento assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta. Parágrafo único. O responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012.

Identificado o perfil genético do condenado, referidos dados são armazenados em banco de dados sigiloso, conforme regulamento expedido pelo Executivo, podendo vir a serem utilizados em perseguições criminais indeterminadas, mediante autorização judicial.

Diante do caráter cogente da norma jurídica estatuída no bojo da LEP, parte da doutrina, tão logo a Lei nº 12.654/2012 entrou em vigor, começou a questionar sua constitucionalidade, eis que afrontaria o princípio que veda a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Tal argumentação levou, inclusive, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais a interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal em caso no qual o egrégio Tribunal de Justiça mineiro determinou a coleta de material biológico para fins de identificação do perfil genético de um apenado. O mérito de tal recurso (RE nº 973.837/MG) ainda não foi julgado.

Dessarte, entende-se que a novel forma de identificação criminal em nada viola o direito constitucional que veda a autoincriminação, mesmo nas hipóteses em que o condenado não concorde com a extração de seu DNA e consequente identificação do perfil genético.

Também não há violação à privacidade ou consentimento do condenado, funcionando a medida como um proporcional efeito extrapenal da condenação.

Isso porque o procedimento, realizado por perito oficial, não é invasivo: apenas colhe-se células da mucosa oral do apenado por meio de um *swab* estéril (“cotonete”), sem que se precise injetar algo ou fazer perfurações no corpo da pessoa (a exemplo da extração de sangue por agulhas).

Além disso, o apenado é mero sujeito passivo durante o exame, não sendo forçado a praticar ações tendentes a incriminá-lo, o que, de fato, violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo certo que os Tribunais pátrios permitem, em casos que envolvem o mesmo raciocínio, a prova colhida, a exemplo de pessoas que

são presas em flagrante delito portando drogas após serem submetidas ao raio X em aeroportos.

Conclui-se, desse modo, que a Lei nº 12.654/2012 não padece de nenhum vício, pelo que se espera seja negado provimento ao recurso extraordinário 973.837/MG e declarada, incidentalmente, sua constitucionalidade.

6. Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal*: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014. 368p.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 26 dez. 2023.

_____. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 29 dez. 2023.

_____. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 27 dez. 2023.

_____. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 29 dez. 2023.

_____. *Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. *Projeto de Lei do Senado n. 93, de 17 de março de 2011*. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=618717&ts=1630412130699&disposition=inline>>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. *Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012*. Altera as Leis n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético em sede de execução penal face ao princípio da não autoincriminação

Jean Douglas Saldanha e Santos

_____. *Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013*. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 27 dez. 2023.

_____. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus 149.146/SP*. Rel. Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 5 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901918430&dt_publicacao=19/04/2>. Acesso em: 30 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus 694.791/SP*. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103016041&dt_publicacao=10/12/2021>. Acesso em: 11 fev. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2.040/DF*. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99366/false>>. Acesso em: 30 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 973.837/MG*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 jun. 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus 192.798/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344850756&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 1.177.984/SP*. Rel. Edson Fachin. Brasília, DF, 2 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349475234&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2023.

COMITÊ GESTOR DA REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. *Resolução n. 10, de 28 de fevereiro de 2019*. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2200/2/RES_SENASP_2019_10.html>. Acesso em: 30 dez. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Execução penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022a. 576p.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 11 ed., rev. atual. ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022b. 1648p.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 1272p.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 20 ed., rev. atual. ampl. São Paulo: SaraivaJur, 2023. 272p.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 248p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo em execução penal n. 1.0024.05.793047-1/001*. Rel. Catta Preta. Minas Gerais, MG, 4 set. 2014. TJMG. Disponível em: <<https://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=100240579304710012014997697>>. Acesso em: 30 dez. 2023.

Artigo

A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético em sede de execução penal face ao princípio da não autoincriminação

Jean Douglas Saldanha e Santos

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 6 ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 326p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 936p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. 1.840p.

Artigo recebido em 02/01/24.

Artigo aprovado em 06/02/24.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.518

49 - 81

Artigo

**A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA
NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASO
ACERCA DO ALCANCE E EFEITOS
JURÍDICOS DA DECISÃO DO
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)
NA REPRESENTAÇÃO
Nº 0601958-94.2022.6.00.0000**

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASO ACERCA DO ALCANCE E EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE) NA REPRESENTAÇÃO Nº 0601958-94.2022.6.00.0000

THE JUDICIALIZATION OF MEGAPOLITICS IN BRAZIL: A CASE STUDY
ON THE SCOPE AND LEGAL EFFECTS OF THE DECISION OF THE
SUPERIOR ELECTORAL COURT (TSE) IN REPRESENTATION NO. 0601958-94.2022.6.00.0000

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Ceará (Fortaleza/Brasil)
jbsrf3@yahoo.com.br

RESUMO: Este trabalho apresenta pesquisa jurídica visando a analisar os efeitos e alcance da decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nos autos da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000, no contexto do conceito de judicialização da megapolítica. Nos anos mais recentes, as Cortes Judiciais notabilizaram-se por exercerem um relevante ofício nas principais discussões políticas envolvendo as democracias constitucionais, e o processo eleitoral é um desses campos em que as Cortes (com destaque, no Brasil, para o TSE) têm importante voz ativa. E isso traz à baila, muitas vezes, um potencial tensionamento entre a soberania popular e o constitucionalismo. O presente artigo procura mostrar isso por intermédio da análise dos efeitos e alcance da decisão do TSE na sobredita representação eleitoral, demonstrando, por meio de uma metodologia de estudo de caso, que a judicialização da megapolítica torna imperativo o robustecimento democrático das instituições judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Megapolítica; judicialização; democracia; soberania popular; constitucionalismo; juristocracia.

ABSTRACT: This paper presents a legal research aimed at analyzing the effects and scope of the decision made by the Superior Electoral Court (TSE) in the case of Electoral Representation nº 0601958-94.2022.6.00.0000 within the context of the concept of judicialization of megapolitics. In recent years, Judicial Courts have played a significant role in key political debates within constitutional democracies, with the electoral process being a prominent field where Courts (particularly the TSE in Brazil) wield significant influence. This often leads to potential tension between popular sovereignty and constitutionalism. This article seeks to demonstrate this tension through an analysis of the effects and scope of the TSE's decision in the aforementioned Electoral Representation. Utilizing a case study methodology, it shows that the judicialization of megapolitics underscores the importance of maintaining the democratic integrity of judicial institutions.

KEYWORDS: Megapolitics; judicialization; democracy; popular sovereignty; constitutionalism; juristocracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A judicialização da megapolítica no Brasil. 3. Estudo de caso: o julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

O ramo do Poder Judiciário brasileiro conhecido como Justiça Eleitoral foi criado por prescrição do Código Eleitoral de 1932, mas somente veio a se tornar norma constitucional com a Carta Magna de 1934, que expressamente incluiu a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63¹).

A justificativa para a relevância desse ramo do Poder Judiciário reside em sua conexão direta com o regime democrático. Não é demais afirmar que o processo eleitoral, que tem suas diversas fases coordenadas pela Justiça Eleitoral, consubstancia-se como uma salvaguarda ao regime democrático, dado que a adequada aplicação das regras eleitorais tem como escopo conservar a expressão da soberania popular, com a menor interferência possível na vontade do eleitor expressa nas urnas.

A Justiça Eleitoral brasileira possui algumas peculiaridades quando comparada aos demais ramos do Poder Judiciário no país. Os seus magistrados, por exemplo, não fazem parte de uma carreira jurídica própria, isto é, os juízes eleitorais são cedidos por outros órgãos judiciários nacionais. Por esse motivo, exercem seus misteres de forma transitória, havendo uma periodicidade na atuação da competência eleitoral por parte dos juízes. A justificativa mais propalada para que não seja formado um quadro próprio de magistrados eleitorais está na oxigenação e no suposto impedimento à politização que juízes temporários propiciariam à Justiça Eleitoral. Além de tal característica, pode-se verificar também que os prazos do Direito Eleitoral são mais exíguos, em comparação com os demais ramos de aplicação do Direito, e isso porque é necessário propiciar o mais alto patamar de certeza aos eleitores no momento da eleição. As indefinições acerca de candidaturas e impugnações contribuem para conspurcar a legitimidade do pleito e do resultado eleitoral.

1 Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais. (BRASIL, 1934) (grifos nossos).

As competências exercidas pela Justiça Eleitoral no Brasil também comprovam sua nota diferencial em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário pátrio, a saber: judicante, administrativa, normativa e consultiva. A função judicante está consubstanciada na resolução de conflitos eleitorais mediante ações judiciais e recursos específicos para tanto, tais como: Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC); Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME); Ação de Impugnação à Expedição de Diploma (AIED), também conhecida como Recurso contra a Expedição de Diploma (RCED); Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), entre outras. Na esfera administrativa, a Justiça Eleitoral é responsável por viabilizar, na prática, as eleições em um país continental; organizar o cadastro eleitoral nacional; requisitar locais de votação; programar e instalar as urnas eletrônicas; treinar os mesários; promover a apuração e divulgação dos resultados dos pleitos, entre diversas outras funções. Já a função normativa da Justiça Eleitoral é concernente à expedição de regulamentos autônomos e independentes, com força de lei, embora com esta não se confundam, caracterizados pela abstratividade, impessoalidade e generalidade, com o objetivo de dar cumprimento à legislação eleitoral. Por fim, a função consultiva consubstancia-se na possibilidade de esclarecimento a respeito das normas eleitorais.

O desempenho das funções acima mencionadas está contextualmente situado em uma ambiência na qual os órgãos judiciais passaram a protagonizar as decisões acerca das questões mais fundamentais de uma sociedade política e, dentre estas, o próprio processo eleitoral. Percebe-se, dessa forma, uma potencial tensão entre o a soberania popular e a separação dos poderes.

Tendo essa contextualização como foco é que o presente artigo tenciona investigar a problemática concernente à extensão e limites desse protagonismo do Poder Judiciário e suas consequências, salutares ou perniciosas, para o regime democrático, sob o prisma do referencial teórico da judicialização da megapolítica,

que tem no cientista político Ran Hirschl um dos seus principais autores na atualidade. Para se alcançar tal desiderato, adota-se como método de pesquisa o estudo de caso em torno do julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000, que tentou impugnar o resultado de mais de 279 mil urnas eletrônicas (279.336 urnas, para ser mais preciso). A vantagem dessa abordagem consiste em ensinar uma investigação empírica sobre o fenômeno da judicialização em seu contexto real de existência. Por fim, utiliza-se como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com o intuito de demonstrar os contornos legais e constitucionais, bem como o alcance da decisão levada a efeito no julgamento da referida representação, delimitados pelo ordenamento jurídico pátrio.

O presente artigo é dividido em duas partes. Na primeira, analisa-se brevemente o conceito de judicialização da megapolítica, de Ran Hirschl, e em que medida tal teoria tem aplicação no cenário jurídico-institucional brasileiro, em especial nas decisões das Cortes Superiores. Na segunda parte, inicia-se a análise mais pormenorizada, à luz do referencial teórico delineado na seção anterior, acerca do julgamento do TSE nos autos da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000, procurando demonstrar especialmente se os parâmetros constitucionais e legais para o respeito da referida decisão ao regime democrático e à soberania popular estiveram presentes. Por fim, como resultado da pesquisa, espera-se demonstrar que o supracitado julgamento do TSE criou e aplicou balizas jurídico-constitucionais que respeitam o regime democrático e a soberania popular, na medida em que determinam marcos de incidência da Constituição Federal e da legislação eleitoral/processual que visam a salvaguardar a proteção da sociedade contra atos e condutas que malferem o dever constitucional de respeito ao processo eleitoral e à própria Democracia, contribuindo para o fortalecimento desta.

2. A judicialização da megapolítica no Brasil

A ideia de judicialização da assim denominada “megapolítica” tem no cientista político canadense Ran Hirschl um dos seus principais expoentes na atualidade. Embora careça de uma elaboração conceitual mais robusta, o referido autor nos ensina que “megapolítica” são assuntos de grande e patente significância política que, muitas vezes, definem e dividem Estados inteiros, tais como resultados eleitorais e confirmação de mudanças de regimes; questões envolvendo guerra e paz, de identidade coletiva fundamental e de processos de construção de uma nação relacionados com a própria natureza e definição desta (Hirschl, 2012, p. 28).

A proposta do referido autor é analisar esse fenômeno com uma concepção mais ampla, pois, na sua opinião, o debate acadêmico envolvendo o constitucionalismo costuma ser superficial, irrealista e mesmo ingênuo. Em geral, os juristas que versam acerca da jurisdição constitucional focam demasiadamente no discurso dos direitos fundamentais e no papel dos juízes (ativismo judicial), quando, na realidade, deveriam conceber a judicialização como um fenômeno predominantemente político. Numa crítica dirigida diretamente a Ronald Dworkin, Hirschl defende que

qualquer teoria constitucional que se agarre à noção idealista de direito constitucional como uma virtude soberana sem qualquer ônus político ou que retrate sem reservas os tribunais constitucionais como ‘foros de princípios’ representará a realidade de forma completamente equivocada. (Hirschl, 2012, p. 60).

Nesse contexto, já se pode depreender uma das ideias centrais da tese de Hirschl. Para ele, o constitucionalismo é a continuação da política por outros meios. Ou seja, grande parte daquilo que é levado a efeito “em nome da Constituição” representaria estratégias de litígio com fins eminentemente políticos. Até mesmo a judicialização focada em direitos, a saber, voltada à proteção dos direitos fundamentais, encobriria disputas ideológicas subjacentes e profundas, escamoteadas por um discurso supostamente jurídico.

A fim de entendermos essa concepção, faz-se mister ter em mente o que Hirschl chama de “mito dos direitos”, ideia que ele busca na obra de Stuart Scheingold (2004). O “mito dos direitos” consiste na ilusão de se crer que todas as controvérsias constitucionais advêm de uma disputa concernente à melhor interpretação de um texto jurídico ou até mesmo acerca da melhor maneira de proteger um direito constitucional, quando, na realidade, há limitações da linguagem e do próprio método jurídico que acabam evitando que essas controvérsias sejam resolvidas com base apenas em critérios jurídicos. Por conseguinte, os debates judiciais tendem a maquiar as disputas políticas mais amplas que estão por trás dos conflitos. Desta feita, quando uma Corte invoca a Constituição ou a proteção de direitos para solucionar um conflito político ou moral, está, de fato, camuflando os reais fatores da decisão. Mesmo quando está presente uma aparência de juridicidade nos debates judiciais, o conflito subjacente seria primordialmente político e, por isso, toda solução seria, em última análise, política, ainda que oriunda de magistrados.

Nessa ordem de ideias, Hirschl deixa a entender que a jurisdição constitucional apropria-se do discurso dos direitos para se expandir até chegar à assim denominada megapolítica. E a lógica é elementar. Originariamente, a jurisdição constitucional solidificou a sua legitimidade em nome da defesa de direitos e de grupos minoritários, atuando em áreas nas quais há um maior consenso acerca da importância da proteção judicial, tais como a defesa da igualdade, da liberdade e do devido processo legal. Porém, aos poucos, os juízes constitucionais foram mudando sua feição e ampliando os seus domínios até chegar ao extremo da megapolítica, âmbito no qual a própria legitimidade dos regimes políticos ou a identidade de uma nação se tornam objeto de uma deliberação judicial. Ou seja, o processo de consolidação da juristocracia, segundo Hirschl, é gradativo e cresce à medida que as decisões judiciais vão obtendo aceitação social e política, e os órgãos judiciais passam a gozar de maior credibilidade perante a opinião pública. Quando atingem um nível razoável de confiabi-

lidade e passam a deliberar sobre todos os tipos de controvérsia, surgiria a juristocracia. Nas palavras do autor,

Nos últimos anos, vimos emergir outro nível de política judicializada: a confiança em tribunais e juízes para lidar com a megapolítica – controvérsias políticas essenciais que definem as fronteiras do coletivo ou que tocam o coração de nações inteiras. Esse terceiro nível de judicialização inclui diversas subcategorias: escrutínio judicial de prerrogativas do poder executivo nos reinos do planejamento econômico e da segurança nacional (isto é, o fim do que os constitucionalistas chamam de doutrina da “questão política”); judicialização de processos eleitorais; corroboração judicial de transformação de regime; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; e, acima de tudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, de processos de construção de uma nação e de batalhas quanto à própria definição ou *raison d’être* de um Estado como tal – o tipo de judicialização, pode-se argumentar, mais problemático do ponto de vista de uma democracia participativa. Essas áreas emergentes da política judicializada expandem a fronteira do envolvimento de altos tribunais nacionais na esfera política, ultrapassando quaisquer limites anteriores. Essa tendência é muitas vezes apoiada, seja tácita ou explicitamente, por pessoas poderosas com interesses políticos. O resultado tem sido transformar os supremos tribunais de muitos países em uma parte crucial de seus respectivos aparatos políticos nacionais. (Hirschl, 2012, p. 35-36).

Um dos principais objetivos da teoria e pesquisa de Ran Hirschl é demonstrar que a judicialização da política pura ou da megapolítica tem como causa sobretudo motivos atribuíveis ao próprio sistema político. A imagem de tribunais e juízes constitucionais como os principais culpados pela abrangente judicialização da política seria, na visão de Hirschl, uma narrativa simplista demais e não retrataria a natureza política do fenômeno. Nas suas próprias palavras,

Nem fatores sociais ou características institucionais receptivas ao ativismo judicial, nem tribunais ávidos por poder e juízes em

busca de expandir sua influência são condições suficientes para a judicialização da política pura. (Hirschl, 2012, p. 34).

E, nesse contexto, surge uma das teses mais importantes defendidas por Hirschl: a de que o sistema político mesmo é conivente com a judicialização da política por razões estratégicas. Para ele,

uma roupagem mais “realista” indica que a judicialização da política é em grande parte produto de escolhas, interesses ou considerações estratégicas concretas de gente poderosa com interesses políticos pessoais (Hirschl, 2012, p. 48).

Nesse contexto, grupos políticos buscariam a via judicial como espaço de competição pelo poder em vários aspectos: (a) conquista e consolidação do poder; (b) enfraquecimento dos grupos políticos adversários; (c) preservação de hegemonia em caso de alternância do poder político; (d) redução de riscos e de custos de tomada de decisões mais polêmicas; (e) transferência de responsabilidade pela tomada de decisões sensíveis (“abacaxis políticos”); (f) fortalecimento de posições tomadas ou corroboração de regimes políticos; (g) mecanismos de obstrução judicial pela oposição política; (h) proteção de elites políticas; (i) controle da agenda política, etc. (Hirschl, 2020, p. 87-105).

Para Hirschl, mesmo nos casos em que os tribunais exaram decisões a favor de pessoas sem poder, ainda assim esse tipo de jurisdição teria um viés estratégico. Primeiro, porque decisões dessa natureza somente costumam prevalecer quando se harmonizam com valores e interesses da elite. Segundo, porque, em situações assim, os juízes estão, em última análise, pavimentando uma trilha de confiabilidade social e política para a tomada de decisões mais impactantes no futuro. Ou seja, nenhuma Corte mantém a sua força institucional se suas decisões não criam, pelo menos em alguns casos, uma aparência de justiça e imparcialidade (Hirschl, 2020, p. 354-369).

Uma prova de que a proeminência da judicialização pressupõe a cumplicidade do poder político é que, quando as Cortes tomam decisões que atingem os grupos mais poderosos, geralmente ocorre retaliação (o chamado efeito *backlash*) e, na esmagadora maioria das vezes, o resultado dessa retaliação implica o enfraquecimento ou mesmo o aniquilamento do Poder Judiciário. Em alguns casos mais extremos, a judicialização da megapolítica resultou no fechamento de Cortes, na cassação de juízes, no descumprimento de decisões judiciais, na aprovação de medidas legislativas contrárias ao que foi decidido, na criação de restrições aos poderes judiciais ou na indicação de novos juízes mais harmonizados ideologicamente com o grupo poderoso (Hirschl, 2012, p. 52-58).

Ao fim e ao cabo, o manejo estratégico da judicialização forneceria sustentação à primeira tese de que o constitucionalismo é a continuação da política por outros meios. E é precisamente nesse contexto que Hirschl critica a judicialização da política, pois, para ele, não está nem um pouco claro qual a razão que tornaria os tribunais o foro mais apropriado para resolver essas questões puramente políticas ou de megapolítica. Segundo Hirschl, a compatibilidade da judicialização da política com a democracia seria sempre discutível, pois ela diminui o poder de deliberação das instâncias representativas e camufla os reais fatores por trás da tomada de decisão. Assim, melhor seria devolver a solução dessas controvérsias para as instâncias representativas do povo (Hirschl, 2020, p. 351-369).

Obviamente que as teses defendidas por Hirschl, não obstante mereçam atenta reflexão, podem ser criticadas sob vários ângulos, especialmente pela maneira relativamente exagerada com que ele sustenta que “tudo é política”. Da mesma forma, é extremamente questionável que a solução para as questões polêmicas que tenham repercussão política devam sempre ser tomadas por órgãos e/ou instâncias representativas, especialmente se levarmos em consideração países em que há patentes disfuncionalidades

no sistema político-eleitoral capazes de colocarem em questão o próprio regime democrático. Em outras palavras, *a priori*, nem juízes e muito menos políticos eleitos fraudulentamente podem ser classificados como instâncias democráticas em sentido estrito.

Ademais, a teoria do “mito dos direitos” leva a um vazio jurídico (bem próximo de um nihilismo jurídico mesmo, para usar a expressão de Marmelstein [2018b, p. 7]), complicado de ser totalmente compatibilizado com as conquistas humanitárias das civilizações hodiernas, seja em termos de proteção da dignidade de grupos com pouca ou nenhuma força política, seja em termos de proteção das garantias processuais e da limitação do poder.

De qualquer sorte, como já mencionado, é correto dizer que as questões trazidas a lume por Hirschl merecem ser ponderadas, especialmente no Brasil, onde os debates constitucionais estão extremamente contaminados por interesses políticos subjacentes e onde se pode encontrar diversos exemplos de judicialização da política pura e da megapolítica, até mesmo sendo estrategicamente utilizada por atores dos diversos espectros políticos existentes (as assim denominadas “direita” e “esquerda”).

Como nos ensina Marmelstein, ao comentar a obra de Ran Hirschl,

Mesmo que não se acredite na tese de que “tudo é política”, é preciso ter em mente que pelo menos alguma coisa é política e isso não pode ser mascarado dos debates jurídicos. Não se pode acreditar em papai noel, nem em contos de fada. Um conflito político ou moral não deixa de ser político e moral apenas porque foi embalado com uma roupagem jurídica.

E convenhamos: muitas decisões judiciais – não todas! – representam mesmo apenas uma forma “autoritativa” de se pôr fim a impasses políticos, tomadas por órgãos que, em princípio, gozam de mais credibilidade do que algumas instituições políticas, mas que, no fundo, apenas estão fazendo política de um modo mais sofisticado. (Marmelstein, 2018b, p. 8).

No Brasil, a judicialização da política conformou-se a partir do arcabouço institucional prescrito na Constituição Federal de 1988, aliado ao processo de robustecimento da magistratura e do controle de constitucionalidade, bem assim ao fortalecimento de outras instituições essenciais à Justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública. Em relação aos fatores comportamentais, “verifica-se que a expectativa quanto às decisões da jurisdição constitucional foi incorporada à prática dos diversos setores – especialmente grupos de interesse e partidos minoritários” (Lima, 2014, p. 223, *apud* Beçak; Lima, 2016, p. 1.133).

Entre os diferentes argumentos que ajudam a explicar o incremento na atuação protagonista do Poder Judiciário, não se pode deixar de levar em consideração a circunstância de que a relação entre os Poderes constituídos sofreu relevante mudança no decorrer do tempo. Em *terra brasilis*, depreende-se o emergente exercício de competências legiferantes pelo Poder Executivo (*v. g.*, medidas provisórias) e o declínio da atividade legislativa pelo Poder Legislativo, assumindo este, em razão disso, primordialmente um papel fiscalizatório (Beçak, 2008, p. 330, *apud* Beçak; Lima, 2016, p. 1.133). Pode-se aduzir que tal recente atuação não se compatibiliza perfeitamente com a ideia tradicional de separação de poderes, caracterizada especialmente pela concepção estática que os intérpretes de Montesquieu sugeriram. Não obstante, entender o espaço jurisdicional como indiferente à política *lato sensu* configura um normativismo que naturaliza a gramática institucional e a coloca como ideal a ser perseguido. O fenômeno do exercício de competências legiferantes pelo Poder Executivo, da fiscalização parlamentar e da judicialização da política servem justamente como descrição da complexa dinâmica dos poderes nos tempos hodiernos. Isso não quer dizer, entretanto, que se deva abandonar as pretensões corretivas do seu potencial exercício arbitrário, seja qual for o desenho institucional adotado.

Nos últimos anos, o fenômeno da judicialização da política alargou-se por novas áreas que até então não se encontravam sujeitas à apreciação das Cortes judiciais. Entre as principais controvérsias que chegaram ao Judiciário, Ran Hirschl, como já mencionado rapidamente em linhas precedentes, aponta a análise judicial das prerrogativas do Executivo no que diz respeito ao planejamento macroeconômico e segurança nacional; as mudanças de regimes políticos, com a sua conseqüente ratificação judicial; as questões concernentes à justiça de transição; o papel exercido pelos tribunais no tocante aos processos de construção de identidades nacionais, e a interferência judicial nos processos eleitorais (Hirschl, 2012, p. 35-60). E é precisamente este último âmbito de atuação que nos interessa mais de perto no presente artigo.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem feito um mister bastante proativo em torno das regras eleitorais. A forma pela qual o financiamento de campanhas eleitorais ocorria no Brasil sofreu uma significativa mudança de paradigma a partir do julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4650, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no ano de 2011. A referida ADI tencionava, especialmente, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) que autorizava e regulamentava a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. De acordo com os fundamentos insertos na sobredita ação judicial, as pessoas jurídicas são entidades sem existência real criadas pelo Direito e não cidadãos com legítima possibilidade de participação no processo eleitoral. Além disso, existiria violação à igualdade prevista constitucionalmente, dado que o poder econômico desfavorece os menos providos de recursos financeiros e privilegia os mais ricos a financiarem suas próprias campanhas. Alegaram, outrossim, que haveria violação ainda ao princípio democrático, no âmbito da igualdade política, e ao princípio republicano, já que o financiamento privado das campanhas no Brasil tende a capturar o poder político para a execução dos interes-

ses dos próprios investidores. O plenário do Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do caso em 16 de setembro de 2015, reconhecendo, por maioria de 8 votos a 3, a procedência em parte da ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Não somente o Supremo Tribunal Federal, mas também o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem-se notabilizado pelo seu exercício bastante atuante na deliberação das principais modificações das regras eleitorais no país, tais como, *v. g.*: fidelidade partidária, verticalização das coligações, cláusula de barreira e validade de registros de partidos políticos. Os referidos julgamentos, entre outros, “exigem reflexão se não estaríamos às portas de um deslocar da atividade política para órgãos não escolhidos pelo critério democrático tradicional” (Beçak, 2008, p. 334, *apud* Beçak; Lima, 2016, p. 1.136). Nesse sentido, a presente investigação volta-se para a análise da forma pela qual a judicialização da “megapolítica” refletiu-se no Brasil a partir do estudo de caso do julgamento, pelo TSE, da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000.

3. Estudo de caso: o julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000

Inicialmente, pode-se ressaltar que o fenômeno da judicialização da política pura ou megapolítica não é, nem de longe, desconhecido da realidade institucional brasileira, como já referido em passagens anteriores deste artigo, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) habituado a tomar decisões que envolvem a seara política nacional ou que se refletem nela, como o que ocorreu no caso da ADI 4650, já mencionada. Nesse tocante, também o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Corte máxima para tratar de questões relativas ao direito eleitoral e ao processo eleitoral no

Brasil, tem um histórico até bem recente de decisões que podem ser enquadradas como judicialização da megapolítica, sendo uma delas o julgamento da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000.

A referida representação foi interposta pela Coligação Pelo Bem do Brasil, encabeçada pelo PL (Partido Liberal), agremiação pela qual o então Presidente da República (Sr. Jair Messias Bolsonaro) tentou, sem sucesso, a reeleição nas Eleições Gerais do ano de 2022, sendo derrotado pelo candidato Luiz Inácio Lula da Silva (hoje Presidente da República eleito, empossado em 1º/01/2023). Em tal peça judicial, a coligação supracitada questionava a legitimidade dos votos depositados em mais de 279 mil urnas eletrônicas (279.336, para ser mais preciso), sob o fundamento de uma suposta impossibilidade de se auditarem os dados insertos em mencionadas urnas e de se identificarem tais dados nas urnas em virtude de imperfeições nos arquivos de *log* dos referidos equipamentos, o que, segundo se alega, comprometeria o próprio sigilo dos votos registrados naquelas urnas.

Aqui vale ressaltar que a supracitada peça judicial foi apenas a “ceveja do bolo” de uma campanha eleitoral marcada por questionamentos, no mínimo, duvidosos e divulgação de notícias falsas (*fake news*) sobre o funcionamento e a credibilidade do processo eleitoral brasileiro, em particular das urnas eletrônicas, em uma ambiência marcada por acentuada polarização entre os dois principais candidatos à presidência da República (com o candidato à reeleição para Presidente da República, a todo momento, insinuando que não aceitaria qualquer resultado do pleito que não fosse sua vitória) e na qual, por diversas vezes, foi o TSE chamado a atuar para dirimir questões no intuito de salvaguardar a integridade do processo eleitoral que estava em curso, como no caso envolvendo as operações da Polícia Rodoviária Federal (PRF) que estavam, nos dias dos pleitos, parando veículos que realizavam transporte regular de eleitores para os locais de votação (TSE [...], 2022).

Por oportuno para o estudo em questão, transcrevemos abaixo, na íntegra, a decisão do TSE que dirimiu a controvérsia trazida a lume na representação eleitoral retrocitada:

PETIÇÃO CÍVEL (241) Nº 0601958-94.2022.6.00.0000 (PJe) - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES. REQUERENTE: COLIGAÇÃO PELO BEM DO BRASIL. Advogado do(a) REQUERENTE: MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA -DF12330. REQUERIDA: COLIGAÇÃO BRASIL DA ESPERANÇA. REQUERIDO: LUIZ INACIO LULA DA SILVA, GERALDO JOSE RODRIGUES ALCKMIN FILHO.

DECISÃO

Despachei nestes autos, em 22 de novembro de 2022, determinando à Requerente o aditamento da Inicial; que, porém, foi descumprido pelo requerente, nos seguintes termos:

DESPACHO:

As urnas eletrônicas apontadas na petição inicial foram utilizadas tanto no primeiro turno, quanto no segundo turno das eleições de 2022.

Assim, sob pena de indeferimento da inicial, deve a autora aditar a petição inicial para que o pedido abranja ambos os turnos das eleições, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Publique-se com urgência.

PETIÇÃO REQUERENTE:

Pelo exposto, em atenção ao despacho de ID 158419781, a Coligação autora requer seja mantido como escopo inicial da Verificação Extraordinária o Segundo Turno da Eleição de 2022, e, uma vez constatado o mau funcionamento e a quebra de confiabilidade dos dados extraídos de parte das urnas eletrônicas utilizadas no pleito, esse e. Tribunal Superior Eleitoral

então adote, de forma consequencial, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa dos interessados, os efeitos práticos e jurídicos necessários para ambos os turnos das Eleições Gerais de 2022.

É o relato do essencial. DECIDO.

O aditamento determinado não foi cumprido. Do ponto de vista apenas processual, bastaria isso para o pronto indeferimento da inicial por advertida e chapada inépcia.

Ora, as mesmas urnas eletrônicas, de todos os modelos em uso, foram empregadas por igual tanto no Primeiro Turno como no Segundo Turno das Eleições 2022, sendo impossível dissociar ambos dos [sic] períodos de uma [sic] mesmo pleito eleitoral.

Assim, o aditamento era absolutamente necessário por uma questão evidente de coerência, com todas as consequências processuais que daí adviriam, inclusive, e no mínimo, a citação de candidaturas outras como litisconsortes passivos necessários.

Ademais, ainda que – por hipótese – a discussão pudesse ficar restrita ao Segundo Turno das Eleições 2022, não haveria nenhuma razão para que o alegado vício ou suposto mau funcionamento de urnas eletrônicas –se existisse – fosse discutido apenas no que toca às eleições para Presidente da República. No mínimo, do ponto de vista rigorosamente processual, se fosse para discutir de modo específico o Segundo Turno, a Requerente também haveria de controverter as eleições de Governadores que igualmente ocorreram em segunda volta e nas mesmíssimas urnas.

Tudo isso é elementar e conduz, de modo absoluto, à INÉPCIA DA INICIAL.

A total má-fé da requerente em seu esdrúxulo e ilícito pedido, ostensivamente atentatório ao Estado Democrático de Direito e realizado de maneira inconsequente com a finalidade de incen-

tiar movimentos criminosos e anti-democráticos que, inclusive, com graves ameaças e violência vem obstruindo diversas rodovias e vias públicas em todo o Brasil, ficou comprovada, tanto pela negativa em aditar-se a petição inicial, quanto pela total ausência de quaisquer indícios de irregularidades e a existência de uma narrativa totalmente fraudulenta dos fatos.

Conforme se depreende de modo cristalino da documentação técnica acostada aos presentes autos, as urnas eletrônicas, de todos os modelos, são perfeitamente passíveis de plena, segura e clara identificação individual, uma a uma.

As urnas eletrônicas possuem variados mecanismos físicos e eletrônicos de identificação. Esses mecanismos são coexistentes, ou seja, são múltiplos e redundantes para garantia e resguardo da identificação individual das urnas. Aliás, também é assim para proteger e resguardar os próprios votos sigilosos depositados nas urnas eletrônicas.

Como bem destacado pelo Secretário de Tecnologia de Informação do TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, “é descabida qualquer afirmação de que todas as urnas possuem o mesmo número ou que não possuem patrimônio que as diferencie umas das outras”, uma vez que, “cada urna possui um número interno identificador único que permite a identificação do equipamento em si”.

Somente ignorância - o que não parece ser o caso - ou evidente má-fé da requerente poderia apontar que “as urnas dos modelos 2009, 2010, 2011, 2013 e 2015 possuem o mesmo número de identificação e que a rastreabilidade do equipamento físico que gerou os resultados estaria prejudicada”.

As explicações técnicas da STI-TSE, inclusive acompanhadas de fotos, não deixam qualquer dúvida de que “uma urna eletrônica pode ser identificada fisicamente e logicamente. Do ponto de vista físico, urnas eletrônicas possuem identificação com seus respectivos números patrimoniais, já que fazem parte dos conjuntos patrimoniais dos tribunais da Justiça Eleitoral (...) Do ponto de vista lógico, as urnas utilizadas nas eleições recebem uma carga de dados e programas. Isso ocorre em cerimônia pública (Res. TSE 23.669, artigos 83 a 90). Essa carga gera um código que identifica que a urna em questão foi preparada para

uma determinada seção eleitoral naquela cerimônia específica. Esse código de carga é o que identifica não somente a urna eletrônica, como também o momento de sua preparação e a seção em que recebeu votos(...) Esse código de identificação da carga se repete no log e nos demais arquivos gerados e impressos pela urna (...) O número identificador da urna é a base para se criar o código de carga que é gravado no log e o vincula ao resultado de maneira inequívoca (...) Assim, de posse do log, é possível, por meio do Código de carga, encontrar o número interno da urna eletrônica. Assim, é perfeitamente possível identificar o exato equipamento que gerou um determinado arquivo de log”.

Saliente-se, ainda, o destacado pela STI-TSE, quanto ao detalhamento técnico do mecanismo citado: “Todas as urnas eletrônicas (aproximadamente 500 mil) são patrimoniadas fisicamente; Todas as urnas eletrônicas, de todos os modelos, possuem registrado em seu hardware um ‘número interno’, também chamado de ‘código de identificação da urna’ ou ‘ID Urna’. Esse identificador é único para cada equipamento; A cada eleição, a urna pode assumir 3 papéis distintos: urna de votação, urna de contingência ou urna de justificativa eleitoral. O papel da urna é definido no momento da carga; Após a carga, é publicada no site do TSE, a ‘tabela de correspondência esperada’, contendo a associação da urna com o município/zona/seção e o ‘código de carga’; O ‘código da carga’ é um número gerado a partir do ‘código de identificação da urna’, da identificação da seção, da data e hora da carga da urna, do identificador do conjunto de dados e de um número aleatório; O ‘código da carga’ é o elemento que efetivamente identifica uma urna no processo eleitoral e permite a total rastreabilidade dos resultados produzidos pelo equipamento. Esse código é gravado no arquivo de log da urna eletrônica; O ‘código da carga’ e o ‘ID Urna’ são partes integrantes dos Boletins de Urna. Logo, é descabida a afirmação de ‘incerteza’ quanto a autenticidade do resultado, pois os arquivos estão explicitamente associados; Para o boletim de urna (BU) e o registro digital do voto (RDV), o ‘código de identificação da urna’ integra a correspondência da urna. A correspondência é justamente a identificação inequívoca da preparação de uma urna para a eleição, associando o equipamento a uma seção eleitoral do país e um conjunto de dados de eleitores e candidatos”; concluindo que,

“independentemente do ‘número interno’ no log das urnas antigas, o ‘código de carga’, perfeitamente registrado em todos os equipamentos, é – hoje – o instrumento adequado para a rastreabilidade de tudo que é produzido pela urna. Por tal mecanismo, é possível, caso se deseje, verificar o correto valor do ‘código de identificação da urna’ junto ao BU e ao RDV”.

Não bastasse isso, ficou totalmente demonstrado que “Outro elemento de rastreabilidade dos arquivos produzidos pelas urnas é a assinatura digital. Todas as urnas utilizadas na Eleições 2022 assinam digitalmente os resultados com chaves privativas de cada equipamento. Essas assinaturas são acompanhadas dos certificados digitais únicos de cada urna. Portanto, a partir da assinatura digital é possível rastrear de forma inequívoca a origem dos arquivos produzidos pelas urnas. Essas assinaturas também foram publicadas pelo TSE na internet e estão disponíveis em conjunto com os arquivos de log das urnas. Não há, portanto, qualquer desvio que possa desacreditar os arquivos de log das urnas antigas”; bem como, que “Adicionalmente, os arquivos gerados pelas urnas contêm outros dados que podem identificar cada urna univocamente, garantindo total rastreabilidade, quais sejam: o código da correspondência (no qual o ID da urna é um dos componentes usados para o cálculo) e os identificadores das mídias de carga e de votação utilizados na respectiva urna. As informações de correspondência e do identificador da mídia de carga são encontradas também na zerésima e no BU impressos, assim como no BU e no RDV disponibilizados na internet (vide imagens a seguir). Tais informações podem ser rastreadas desde a geração das mídias (o que também pode ser feito para as mídias de votação). Essas informações, somadas a assinatura digital de cada urna com chave própria e exclusiva nos arquivos, garantem que uma análise individualizada de cada arquivo de log permitirá identificar sua origem de forma inequívoca, fatos desconsiderados pelo requerente (...) Assim, de posse de uma zerésima, de um boletim de urna ou de um RDV, é possível, por meio do Código de carga, encontrar o número interno da urna eletrônica. Desta forma, é perfeitamente possível identificar o exato equipamento que gerou uma determinada zerésima, um determinado boletim de urna ou um RDV específico”.

Os argumentos da requerente, portanto, são absolutamente falsos, pois é totalmente possível a rastreabilidade das urnas eletrônicas de modelos antigos.

Igualmente, fraudulento é o argumento de que ocorreu violação do sigilo do voto a partir do registo de nomes de eleitores nos logs, como bem demonstrado no parecer técnico da STI-TSE, ao afirmar que “O Software de Votação (Vota) não registra no log qualquer tipo de identificação do eleitor, tampouco o voto que foi depositado na urna. Nenhum tipo de digitação ou mensagem no LCD quando da habilitação do eleitor é registrado de modo a permitir a identificação do eleitor ou do voto dado”.

Da mesma maneira, pueril e falso o argumento de que a discrepância de votação dada a candidatos à Presidência da República quando comparadas as votações somente em urnas 2020 com urnas de modelos anteriores poderia representar indício de fraude, pois “a parte autora baseia-se no princípio de que há uma distribuição homogênea de urnas no território nacional. Assim, teoricamente, poder-se-ia extrapolar o resultado esperado da eleição a partir do resultado obtido em um dado modelo de urna. Ocorre que, no caso concreto em análise, esse princípio não se confirma, pois os tribunais regionais eleitorais, em regra, distribuíram as urnas novas conforme conveniência logística, sem misturá-las a outros modelos dentro dos mesmos municípios. Isso foi feito levando-se em consideração incompatibilidade entre as urnas para fins de contingência, caso alguma urna viesse a apresentar falha durante a votação. Há exceções em algumas unidades da Federação, nas quais houve mistura de urnas do modelo 2020 e outros modelos dentro de um mesmo município. Ressalvadas essas exceções, a grande maioria dos tribunais concentrou suas urnas 2020 em municípios específicos, conforme critérios de logística. A preocupação que norteou essa decisão foi a necessidade de concentrar os equipamentos para facilitar eventuais manutenções em equipamentos novos, que ainda não tinham sido submetidos a uma eleição. Assim, sem distribuição homogênea, qualquer inferência sobre extrapolação de resultados obtidos nas urnas do modelo 2020 para outros modelos de urna não encontra respaldo estatístico. Isso se dá

porque, circunscritas a municípios ou áreas específicas, as votações nessas urnas foram moduladas por preferências regionais, baseadas em diferenças sócio-culturais”.

Dessa maneira, **AUSENTES OS REQUISITOS ESSENCIAIS** para a realização de “verificação extraordinária após o pleito”, previstos no artigo 51, *caput*, da Resolução TSE n. 23.673, de 14 de dezembro de 2021, pois ausentes quaisquer indícios e circunstâncias que justifiquem sua instauração.

Diante de todo o exposto, INDEFIRO LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL, TANTO EM RAZÃO DE SUA INÉPCIA (CPC, art. 330, § 1º, c/c art. 485, I), COMO PELA AUSÊNCIA DE QUAISQUER INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE JUSTIFIQUEM A INSTAURAÇÃO DE UMA VERIFICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA (artigo 51, *caput*, da Resolução TSE n. 23.673, de 14 de dezembro de 2021).

A conduta da requerente exige, entretanto, a condenação por litigância de má-fé.

A Justiça Eleitoral, conforme tenho reiteradamente afirmado, continuará atuando com competência e transparência, honrando sua histórica vocação de concretizar a Democracia e a autêntica coragem para lutar contra todas as forças que não acreditam no Estado Democrático de Direito.

A Democracia não é um caminho fácil, exato ou previsível, mas é o único caminho e o Poder Judiciário não tolerará manifestações criminosas e antidemocráticas atentatórias ao pleito eleitoral.

A Democracia é uma construção coletiva daqueles que acreditam na liberdade, daqueles que acreditam na paz, que acreditam no desenvolvimento, na dignidade da pessoa humana, no pleno emprego, no fim da fome, na redução das desigualdades, na prevalência da educação e na garantia da saúde de todos os brasileiros e brasileiras.

Os Partidos Políticos, financiados basicamente por recursos públicos, são autônomos e instrumentos da Democracia, sendo in-

concebível e inconstitucional que sejam utilizados para satisfação de interesses pessoais antidemocráticos e atentatórios ao Estado de Direito, à Justiça Eleitoral e a soberana vontade popular de 156.454.011 (cento e cinquenta e seis milhões, quatrocentos e cinquenta e quatro mil e onze) eleitoras e eleitores aptos a votar.

Nos termos do § 3º do art. 292 do CPC, arbitro o valor da causa no valor de R\$ 1.149.577.230,10 (um bilhão, cento e quarenta e nove milhões, quinhentos e setenta e sete mil, duzentos e trinta reais e dez centavos), que é, exatamente, o valor resultante do número de urnas impugnadas, ou seja, todas aquelas diferentes do modelo UE2020 havido no parque de urnas do TSE e utilizadas no 2º Turno (279.383) multiplicado pelo custo unitário das últimas urnas eletrônicas adquiridas pelo TSE (R\$ 4.114,70).

Assim, nos termos do art. 81, *caput*, do CPC, CONDENO A AUTORA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, À MULTA DE R\$ 22.991.544,60 (vinte e dois milhões, novecentos e noventa e um mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e sessenta centavos), correspondentes a 2% (dois por cento) do valor da causa aqui arbitrado.

DETERMINO, ainda, à Secretaria Judiciária e à Coordenação de Execução Orçamentária e Financeira, ambas desse TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, os IMEDIATOS BLOQUEIOS E SUSPENSÕES DOS FUNDOS PARTIDÁRIOS DOS PARTIDOS DA COLIGAÇÃO REQUERENTE até efetivo pagamento da multa imposta, com depósito dos respectivos valores em conta judicial.

CONSIDERANDO ainda o possível cometimento de crimes comuns e eleitorais com a finalidade de tumultuar o próprio regime democrático brasileiro, DETERMINO seja oficiada a Corregedoria-Geral Eleitoral, para instauração de procedimento administrativo e apuração de responsabilidade, em eventual desvio de finalidade na utilização da estrutura partidária, inclusive de Fundo Partidário, em especial no que se refere às condutas de VALDEMAR DA COSTA NETO e CARLOS CÉSAR MORETZSOHN ROCHA.

DETERMINO, por fim, a extração integral de cópias e sua imediata remessa para o Inquérito n. 4.874/DF, em curso no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para investigação de VALDEMAR DA COSTA NETO e CARLOS CÉSAR MORETZSOHN ROCHA.

Publique-se e intime-se.

Brasília, 23 de novembro de 2022.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Presidente

Percebe-se que a decisão acima transcrita enquadra-se perfeitamente na classificação levada a efeito por Hirschl (2012, p. 35), tratando-se de típica intervenção judicial em um processo eleitoral (“megapolítica”, para o citado autor), o que seria algo criticável em virtude de o Poder Judiciário não ser, na concepção do autor, uma instância representativa em um regime democrático. Não obstante as legítimas preocupações do cientista político canadense no sentido de contenção de atribuições excessivas do Poder Judiciário que acabem por emascarar os demais Poderes (Executivo e Legislativo), entendemos que incidem ao presente caso as críticas a sua tese no sentido de que, ao se tratar de correção de graves disfuncionalidades do próprio processo eleitoral que ameacem a integridade mesma do regime democrático, a intervenção do Judiciário na seara da megapolítica não seria indevida (MARMELSTEIN, 2018b, p. 7). Nestes casos, acrescento, a atuação judicial representaria um mecanismo institucional de garantia da higidez da Democracia, ameaçada por quem se utiliza de institutos criados e mantidos pelo próprio regime democrático. E foi exatamente o que ocorreu no presente caso ora estudado, dado que a decisão do TSE em comento corrige (ou evita que gere efeitos deletérios à Democracia) uma disfuncionalidade do processo eleitoral, a saber, o infundado não reconhecimento

dos resultados de uma eleição legítima por parte de algum dos atores que fizeram parte do pleito.

Além disso, não se pode entender que sempre a constitucionalização de regras que autorizam a intervenção do Poder Judiciário no âmbito da megapolítica seja uma intervenção indevida nas atribuições dos órgãos representativos, dado que, muitas vezes, a referida intervenção é autorizada pela Constituição ou Lei Fundamental do país como mecanismo de contenção de iniciativas que possam romper o tecido democrático. Em outras palavras, como uma garantia de integridade da própria Democracia.

No presente caso, um contexto de difusão de notícias falsas e de questionamentos na mídia tradicional e em redes sociais (principalmente) da credibilidade do sistema eleitoral e das urnas eletrônicas, sem qualquer fundamento plausível, por parte de um dos principais atores do processo eleitoral (o candidato à reeleição para Presidente da República), resultou na colocação em xeque do próprio resultado das Eleições Gerais de 2022, também sem qualquer fundamento respeitável, simplesmente porque o referido candidato foi derrotado nas urnas, sendo eleito o seu principal opositor. Nessa atmosfera foi que veio a lume a Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000, cujo julgamento pelo TSE, embora possa ser enquadrado como intervenção judicial no âmbito da megapolítica, foi absolutamente necessário para garantir a integridade mesma do próprio regime democrático no Brasil.

A admissão da pretensão inserta na supracitada representação eleitoral representaria o sucesso de uma autêntica subversão sub-reptícia (para utilizarmos a expressão de Przeworski [2020, p.206]) contra o regime democrático brasileiro, com consequências imprevisíveis e mesmo deletérias para a própria higidez da Democracia em solo nacional, o que não poderia de fato ser tolerado pela Corte Suprema Eleitoral. Como nos ensina o reno-

mado autor polonês, há muito radicado nos EUA, acerca desse tipo de atentado às Democracias:

O sonho de todo político é ficar para sempre no cargo e usar seu mandato para fazer o que bem entender. A maioria dos governos democráticos tenta atingir esse objetivo angariando apoio popular dentro do quadro institucional estabelecido. **Outros, porém, buscam proteger a sua permanência no cargo e remover possíveis obstáculos a suas políticas enfraquecendo instituições e impossibilitando qualquer forma de oposição.** [...]

A desconsolidação ou retrocesso democrático é um processo de desgaste gradual das instituições e das normas da democracia. [...]. Enquanto o retrocesso, a desconsolidação ou a retrogressão, seja qual for o nome que se queira dar, avança, a oposição vai se tornando incapaz de ganhar eleições ou de assumir o cargo se ganhar, as instituições estabelecidas perdem a capacidade de controlar o Executivo e as manifestações populares de protesto são reprimidas com violência. Tudo isso é impulsionado pelo desejo do governo de monopolizar o poder e eliminar obstáculos à implantação de suas políticas. Contudo, é um processo de interação entre o governo e vários atores que tentam impedi-lo. **A estratégia dos governantes que tomam esse caminho, portanto, se concentra em incapacitar possíveis resistências, que variam de caso a caso, mas costumam incluir os partidos de oposição, o sistema judicial e a mídia, bem como as ruas.**

[...]

O mistério na destruição da democracia por retrocesso está em como um cenário terrível pode ser construído aos poucos, enquanto as pessoas que sofrerão as consequências não reagem a tempo.

[...]

É o que queremos dizer com sub-repção: “O uso de mecanismos legais existentes em regimes com credenciais democráticas favoráveis para fins antidemocráticos”. (PRZEWORSKI, 2020, p. 200-206) (grifos nossos).

4. Conclusão

A ideia de judicialização da megapolítica, entendida esta como os assuntos de grande e patente significância política que, muitas vezes, definem e dividem Estados inteiros, tais como resultados eleitorais e confirmação de mudanças de regimes; questões envolvendo guerra e paz, de identidade coletiva fundamental e de processos de construção de uma nação relacionados com a própria natureza e definição desta, não é desconhecida da realidade jurídico-institucional brasileira. Conformou-se tal realidade a partir do arcabouço institucional prescrito na Constituição Federal de 1988, aliado ao processo de robustecimento da magistratura e do controle de constitucionalidade, bem assim ao fortalecimento de outras instituições essenciais à Justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública.

As críticas frequentemente feitas a tal espécie de judicialização cingem-se especialmente ao seu caráter supostamente antidemocrático, pois transferiria indevidamente atribuições dos órgãos de representação democrática para o Poder Judiciário. Nesse contexto, para tais críticos, a compatibilidade da judicialização da política com a democracia seria sempre discutível, pois ela diminui o poder de deliberação das instâncias representativas e camufla os reais fatores por trás da tomada de decisão. Assim, melhor seria devolver a solução dessas controvérsias para as instâncias representativas do povo.

Apesar de merecerem reflexão no aspecto de conter eventuais excessos do Poder Judiciário no exercício de suas competências, é extremamente questionável que a solução para as questões polêmicas que tenham repercussão política devam sempre ser tomadas por órgãos e/ou instâncias representativas, especialmente se levarmos em consideração países em que há patentes disfuncionalidades no sistema político-eleitoral capazes de colocarem em questão o próprio regime democrático.

Nos últimos anos, o fenômeno da judicialização da política alargou-se por novas áreas que até então não se encontravam sujeitas à apreciação pelas Cortes judiciais. Entre as principais controvérsias que chegaram ao Judiciário, apontam-se a análise judicial das prerrogativas do Executivo no que diz respeito ao planejamento macroeconômico e segurança nacional; as mudanças de regimes políticos, com a sua conseqüente ratificação judicial; as questões concernentes à justiça de transição; o papel exercido pelos tribunais no tocante aos processos de construção de identidades nacionais, e a interferência judicial nos processos eleitorais.

Nesse ponto, o STF tem feito um mister bastante proativo em torno das regras eleitorais. A forma pela qual o financiamento de campanhas eleitorais ocorria no Brasil sofreu uma significativa mudança de paradigma a partir do julgamento da ADI 4650, interposta pelo Conselho Federal da OAB no ano de 2011. A referida ação direta de inconstitucionalidade tencionava, especialmente, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) que autorizava e regulamentava a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. De acordo com os fundamentos insertos na sobredita ação, as pessoas jurídicas são entidades sem existência real criadas pelo Direito e não cidadãos com legítima possibilidade de participação no processo eleitoral. Além disso, existiria violação à igualdade prevista constitucionalmente, dado que o poder econômico desfavorece os menos providos de recursos financeiros e privilegia os mais ricos a financiarem suas próprias campanhas. Alegaram, outrossim, que haveria violação ainda ao princípio democrático, no âmbito da igualdade política, e ao princípio republicano, já que o financiamento privado das campanhas no Brasil tende a capturar o poder político para a execução dos interesses dos próprios investidores. O plenário do Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do caso em 16 de setembro de 2015, reconhecendo, por maioria de 8 votos a 3, a procedência em parte da ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Não somente o STF, mas também o TSE tem-se notabilizado pelo seu exercício bastante atuante na deliberação das principais modificações das regras eleitorais no país, tais como: fidelidade partidária, verticalização das coligações, cláusula de barreira e validade de registros de partidos políticos. Esses julgamentos, entre outros, exigem ponderação no sentido de se aferir se não estaríamos às portas de um deslocar da atividade política para órgãos não escolhidos pelo critério democrático tradicional. Nesse sentido, voltou-se o presente artigo para a análise da forma pela qual a judicialização da “megapolítica” refletiu-se no Brasil a partir do estudo de caso do julgamento, pelo TSE, da Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000.

A referida representação foi interposta pela Coligação Pelo Bem do Brasil, encabeçada pelo PL (Partido Liberal), agremiação pela qual o então Presidente da República (Sr. Jair Messias Bolsonaro) tentou, sem sucesso, a reeleição nas Eleições Gerais do ano de 2022, sendo derrotado pelo candidato Luiz Inácio Lula da Silva (hoje Presidente da República eleito e diplomado). Em tal peça judicial, a coligação supracitada questionava a legitimidade dos votos depositados em mais de 279 mil urnas eletrônicas (279.336, para ser mais preciso), sob o fundamento de uma suposta impossibilidade de se auditarem os dados inseridos em mencionadas urnas e de se identificarem tais dados nas urnas em virtude de imperfeições nos arquivos de *log* dos referidos equipamentos, o que, segundo se alega, comprometeria o próprio sigilo dos votos registrados naquelas urnas.

Aqui vale ressaltar que a supracitada peça judicial foi apenas o ápice de uma campanha eleitoral marcada por questionamentos, no mínimo, duvidosos e divulgação de notícias falsas (*fake news*) sobre o funcionamento e a credibilidade do processo eleitoral brasileiro, em particular das urnas eletrônicas, em uma ambiência marcada por acentuada polarização entre os dois principais candidatos à Presidência da República (com o candidato à reelei-

ção para Presidente da República, a todo momento, insinuando que não aceitaria qualquer resultado do pleito que não fosse sua vitória) e na qual, por diversas vezes, foi o TSE chamado a atuar para dirimir questões no intuito de salvaguardar a integridade do processo eleitoral que estava em curso.

Depreende-se que a decisão do TSE analisada enquadra-se perfeitamente na classificação levada a efeito por Hirschl (2012, p. 35), tratando-se de típica intervenção judicial em um processo eleitoral (“megapolítica”), o que seria algo criticável em virtude de o Poder Judiciário não ser, na concepção do citado autor, uma instância representativa em um regime democrático. Não obstante as legítimas preocupações do cientista político canadense no sentido de contenção de atribuições excessivas do Poder Judiciário que acabem por emascarar os demais Poderes (Executivo e Legislativo), entendemos que incidem ao presente caso as críticas a sua tese no sentido de que, ao se tratar de correção de graves disfunções do próprio processo eleitoral que ameacem a integridade mesma do regime democrático, a intervenção do Judiciário na seara da megapolítica não seria irregular ou ilegítima. Nestes casos, entendemos que a atuação judicial representaria um mecanismo institucional de garantia da higidez da Democracia, ameaçada por quem se utiliza de institutos criados e mantidos pelo próprio regime democrático. E foi exatamente o que ocorreu no presente caso ora estudado, dado que a decisão do TSE em comento corrige (ou evita que gere efeitos deletérios à Democracia) uma disfunção do processo eleitoral, a saber, o infundado não reconhecimento dos resultados de uma eleição legítima por parte de algum dos atores que fizeram parte do pleito.

Além disso, não se pode entender que sempre a constitucionalização de regras que autorizam a intervenção do Poder Judiciário no âmbito da megapolítica seja uma intervenção indevida nas atribuições dos órgãos representativos, dado que, não raro, a re-

ferida intervenção é autorizada pela Constituição ou Lei Fundamental do país como mecanismo de contenção de iniciativas que possam romper o tecido democrático. Em outras palavras, como uma garantia de integridade da própria Democracia.

No caso estudado neste artigo, um contexto de difusão de notícias falsas e de questionamentos na mídia tradicional e em redes sociais (principalmente) da credibilidade do sistema eleitoral e das urnas eletrônicas, sem qualquer fundamento plausível, por parte de um dos principais atores do processo eleitoral (o candidato à reeleição para Presidente da República), resultou na colocação em xeque do próprio resultado das Eleições Gerais de 2022, também sem qualquer fundamento respeitável, simplesmente porque o referido candidato foi derrotado nas urnas, sendo eleito o seu principal opositor. Nessa atmosfera foi que veio a lume a Representação Eleitoral nº 0601958-94.2022.6.00.0000, cujo julgamento pelo TSE, embora possa ser enquadrado como intervenção judicial no âmbito da megapolítica, foi absolutamente necessário para garantir a integridade mesma do próprio regime democrático no Brasil.

A admissão da pretensão inserta na supracitada representação eleitoral representaria o sucesso de uma autêntica subversão sub-reptícia contra o regime democrático brasileiro, com consequências imprevisíveis e mesmo deletérias para a própria higidez da Democracia em solo nacional, o que não poderia de fato ser tolerado pela Corte Suprema Eleitoral. A atuação desta no julgado ora analisado, bem assim a atuação do Poder Judiciário em casos similares (ressalvados eventuais excessos que não se identificam com a situação analisada), representa, na verdade, o exercício de uma garantia de existência do regime democrático e um fortalecimento da própria Democracia.

5. Referências

ABENSOUR, Miguel. **A Democracia contra o Estado**: Marx e o momento maquiaveliano. Tradução: Consuelo Fortes Santiago, Cleonice Paes Barreto Araújo e Eunice Dutra Galéry. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: ALONSO, Ângela *et al.* **Democracia em risco?**: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. 1. ed. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2019, p. 11-34.

BAQUERO, Marcelo. Democracia, cultura e comportamento político: uma análise da situação brasileira. In: FUKS, Mário; PERISSIMOTO, Renato Monseff (org.). **Democracia**: teoria e prática. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará (Fundação Araucária), 2002.

BEÇAK, Rubens; LIMA, Jairo Néia. Judicialização da “Mega Política”: Um estudo de caso a partir do alcance normativo da Consulta Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. **Revista Brasileira de Teoria e Constituição**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1130-1146, jul/dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero; tradução: Daniela Beccaccia Versiani. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2000.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Publicado no Diário Oficial da União de 16/07/1934.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Manual Eleitoral 2022**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Petição Cível (241) nº 0601800-39.2022.6.00.0000 (Pje)**. Brasília, DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 29/10/2022, DOeTSE de 29/10/2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Petição Cível (241) nº 0601958-94.2022.6.00.0000 (Pje)**. Brasília, DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 23/11/2022, DOeTSE de 24/11/2022.

CASTRO, Édson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução: Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 18. ed. Barueri: Atlas, 2022.

GONZALEZ, Ana Carolina Del Picchia Nogueira *et al.*; PINHEIRO, Igor Pereira (coord.). **Manual de Jurisprudência Comentada do STF, STJ e TSE**. Leme/SP: Mizuno, 2022.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução: Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Tradução: Alexandre Sobreira Martins. 1. ed. Belo Horizonte: Ed. Paideia, 1995.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 139-178, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 18 mar. 2024.

**A judicialização da megapolítica no Brasil:
um estudo de caso acerca do alcance e efeitos jurídicos da decisão do
Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Representação nº 0601958-94.2022.6.00.0000**
João Batista Sales Rocha Filho

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. *In*: MOREIRA, Luiz (org.). **Judicialização da política**. 1. ed. São Paulo: Editora Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia** – As origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. 1. ed. Londrina: Editora EDA-Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

LESSA, Renato. A teoria da Democracia: balanço e perspectivas. *In*: FUKS, Mário; PERISSIMOTO, Renato Monseff (org.). **Democracia: teoria e prática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará (Fundação Araucária), 2002.

LINZ, Juan J. **La quiebra de las democracias**. Madrid: Alianza Editorial, 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018a.

MARMELSTEIN, George. Judicialização da política pura e da megapolítica, de Ran Hirschl. **Direitos Fundamentais.net**, Fortaleza-CE, 5 abril, 2018b. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2018/04/05/judicializacao-da-politica-pura-e-da-megapolitica-de-ran-hirschl/>>. Acesso em 09/12/2022.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Tradução: Berilo Vargas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2020.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da Democracia revisitada** – Volume I – O debate contemporâneo. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 1. ed. São Paulo/SP: Ática, 1994.

SCHEINGOLD, Stuart A.. **The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change**. 2. ed. Michigan: University of Michigan, 2004.

TSE restringe operações da PRF sobre transporte público e divulgação de ações da PF. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 30 out. 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/tse-proibe-prf-de-realizar-operacoes-direcionadas-ao-transporte-publico-de-eleitores>. Acesso em 12/12/2022.

Artigo recebido em 15/02/24.

Artigo aprovado em 28/02/24.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.522

82 - 110

Artigo

**ACESSIBILIDADE
DA LINGUAGEM JURÍDICA
E A PERSPECTIVA DE INCLUSÃO**

KARELINE STAUT DE AGUIAR

ACESSIBILIDADE DA LINGUAGEM JURÍDICA E A PERSPECTIVA DE INCLUSÃO

ACCESSIBILITY OF LEGAL LANGUAGE
AND THE PERSPECTIVE OF INCLUSION

KARELINE STAUT DE AGUIAR

Mestre em Direito
Ordem dos Advogados do Brasil, Porto Velho/Brasil
staut.adv@gmail.com

RESUMO: O presente artigo explora a problemática da linguagem jurídica inacessível como um obstáculo atitudinal significativo à efetivação do Direito e ao acesso da população aos seus direitos. Por meio de uma metodologia de revisão bibliográfica e análise crítica, busca-se demonstrar que a humanização da linguagem jurídica representa um avanço inovador e inclusivo, fundamental para tornar o Direito mais compreensível e rápido. A pesquisa investiga como a complexidade do jargão jurídico afasta o cidadão e discute a necessidade de uma perspectiva multicêntrica para a construção de políticas públicas inclusivas. Conclui-se que a simplificação da linguagem jurídica, longe de ser uma diminuição intelectual, é um ato de democratização que aproxima o Judiciário da sociedade, permitindo uma maior participação cívica e a real defesa dos direitos, superando as barreiras de compreensão e as resistências à inovação no campo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão e acessibilidade. Discurso jurídico. Simplificação da linguagem. Direito Visual.

ABSTRACT: This article explores the inaccessibility of legal language as a significant attitudinal barrier to the effective implementation of law and the public's access to their rights. Through a methodology of literature review and critical analysis, it seeks to demonstrate that the humanization of legal language represents an innovative and inclusive advancement, fundamental to making law more understandable and efficient. The research investigates how the complexity of legal jargon alienates citizens and discusses the need for a multicentric perspective for the construction of inclusive public policies. It concludes that the simplification of legal language, far from being an intellectual diminishment, is an act of democratization that brings the Judiciary closer to society, allowing for greater civic participation and the real defense of rights, overcoming comprehension barriers and resistance to innovation in the legal field.

KEYWORDS: Inclusion and accessibility. Legal discourse. Language simplification. Visual Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Simplificação da linguagem jurídica para a democratização e pluralização da Justiça. 3. Barreiras e obstáculos que dificultam o acesso. 4. O *Design* Jurídico e as ferramentas do *Visual Law* como facilitadores do Direito. 5. Busca por uma linguagem jurídica inteligível e acessível. 6. Política pública inclusiva como perspectiva multicêntrica/policêntrica. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Comunicamos para quem? Grande parte das informações e das mensagens que orientam cidadãos parecem ter sido redigidas sem considerar os leitores e os receptores a que se destinam. Quando a dimensão do outro é abafada, um texto não consegue respirar nem falar com clareza. Falta-lhe qualidade de vida. A comunicação deve se dirigir a quem não é especialista, direcionada ao usuário de acordo com sua cultura, seu universo e sua esfera social.

O estilo textual pode ser considerado um instrumento de poder (Pieper, 1992), capaz de impor barreiras no acesso ao conhecimento e, assim, alimentar o ego e a arrogância.

A vida em sociedade não pode dispensar o Direito para regular a conduta de seus integrantes. Para que o Direito possa atuar, é necessário que haja democratização da linguagem jurídica, que ainda hoje é inacessível para a maior parte da população. Faz-se necessário que as leis sejam redigidas de forma inteligível aos seus usuários/destinatários e para que também os operadores do Direito, no curso dos processos judiciais, se valham de linguagem compreensível aos jurisdicionados.

A simplificação da linguagem jurídica deve ocorrer sem comprometimento da linguagem técnica, inerente à Ciência do Direito, preservando-se a harmonia entre a precisão terminológica e o bom uso da língua portuguesa. Facilitar a compreensão da linguagem é um ato de inclusão social e democratização do Direito.

Vista por alguns como demonstração de sabedoria e erudição, a utilização de expressões arcaicas, classistas e de latinismo torna o texto restrito, truncado e incompreensível para grande parte dos leitores.

Vejam o exemplo de dificuldade de compreensão da linguagem, ilustrado por Souza (2005), no caso de uma situação em que a testemunha teve dificuldades em entender o que lhe foi perguntado,

em virtude da palavra utilizada pelo advogado. Desejando que a testemunha informasse se o tiro fora dado durante a luta da vítima com o réu, o advogado perguntou da seguinte forma:

“O tiro foi antes, no meio ou depois da refrega?”. A testemunha engolia em seco, mostrava-se inibida, ficou vermelha, mas não respondia. Indagada se entendera a pergunta, e instada (opa!) a responder, explicou: “Não foi antes nem depois; foi entre a refrega e o umbigo.” (Souza, 2005, on-line).

Observem que teria sido muito mais fácil e simples se tivessem sido utilizadas as palavras “briga” ou “confronto”, no lugar de “refrega”. Permitiria a compreensão da testemunha, que responderia de forma a esclarecer os fatos – objetivo de sua oitiva testemunhal. A simplificação da linguagem, portanto, faz-se ainda mais necessária quando o processo já está em andamento, de forma a permitir que haja a postulação adequada, a defesa específica, a coleta de provas eficiente e a sentença baseada em atos processuais que foram praticados com a perfeita compreensão das partes.

O discurso é um dos componentes linguísticos da cultura, um texto que age sobre alguns indivíduos e sofre a influência de outros, sendo também, ao mesmo tempo, utilizado por atores políticos na luta pelo poder. De acordo com Foucault (2014), o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual queremos apoderar.

Kafka (2003), em seu livro *O Processo*, descreve a relação de um simples indivíduo com a Justiça como expressão do poder, o que demonstra a burocratização das práticas sociais, isto é, como atuam os sistemas sociais de controle. O judiciário, aproveitando-se da alienação das pessoas, estabelece as normas a serem seguidas (a verdade imposta por aqueles que exercem poder) e viabiliza seus interesses e benefícios.

A linguagem, suas estruturas burocráticas e os conhecimentos sobre os métodos do Estado foram desenvolvidos durante a elevação e a ascendência da classe jurídica, uma forma de reservar um mercado para alguns indivíduos que antes eram subjugados à nobreza local.

Durante grande parte de sua obra, Franz Kafka representa o jurídico como uma vantagem, um privilégio e uma prerrogativa que é inacessível a todas as pessoas. O afastamento entre o Direito e a realidade social se expressa no saber jurídico intelectualmente: aos operadores se possibilita uma postura de distanciamento dos demais, daqueles que não conhecem os métodos e as interfaces da legislação.

Para que o povo possa viver em sociedade, com segurança e justiça, é necessária a atuação do Direito, que se adapta, se adequa e se renova sempre para acompanhar a evolução dos fatos sociais. Isso ocorre por meio das normas jurídicas, nas quais os homens devem pautar os seus comportamentos.

A linguagem jurídica inacessível, além de resultar em falta de conhecimento dos direitos e dos meios para reivindicá-los, também dificulta o entendimento da tramitação de um processo, ocasionando a descrença e o distanciamento da população em relação ao Poder Judiciário. Como produto de construção sociocultural, é necessário à efetivação do acesso à Justiça, com uma linguagem que esteja ao alcance de todos. Facilitar a compreensão da linguagem jurídica é um ato de inclusão.

2. Simplificação da linguagem jurídica para a democratização e pluralização da Justiça

A elaboração de uma linguagem e um saber hermético é uma das vias que esclarecem o problema da manutenção do poder insti-

tucional por parte da classe jurídica. Quais seriam os instrumentos de poder que mantêm o hermetismo do discurso jurídico mesmo em uma sociedade em que se diz haver democracia? Os conceitos valorativos, os saberes e a cultura são instrumentos de dominação social. Assim, restam poucas dúvidas referentes ao fato de que a técnica judicial vigente no Brasil é um dos principais instrumentos de segregação social praticada por agentes do discurso jurídico. A linguagem jurídica, sob a utilização de um corpo profissional constituído por uma classe dominante, como a que compõe o Poder Judiciário, exerce atos de poder sobre os “não iniciados”, pessoas, em grande parte, com origens e vivências completamente diversas.

A linguagem jurídica é um dos instrumentos de manutenção de poder que grupos influentes possuem para garantir a sustentação e o monopólio do conhecimento e, conseqüentemente, da própria classe jurídica.

A linguagem é uma ferramenta fundamental para o exercício jurídico e sem ela não há direito. Segundo Moreno e Martins (2011), a linguagem é o instrumento de todos os operadores jurídicos. É por meio dela que se alcança a Justiça. Além de ter o direito, você tem de saber expressá-lo de forma precisa, adequada e facilmente compreensível.

De acordo com Rodríguez (2015), a linguagem moderna mais dinâmica e persuasiva, a capacidade de adaptar-se ao tempo progressivamente, e ao raciocínio imediatista, são valores a ser consagrados na atividade do ser humano. Não poderia ser diferente na argumentação jurídica.

Dessa forma, é extremamente necessário que os operadores do Direito possuam a habilidade de adaptar-se às transformações ocorridas na sociedade para que tenham condições de desempenhar o seu papel da melhor forma possível e sempre em busca de prestar ao cidadão um serviço eficiente e de qualidade. Nesse

sentido, é relevante que haja também a adequação da linguagem jurídica à realidade atual, para que o cidadão tenha possibilidade de compreender o que se escreve em decisões judiciais e textos jurídicos, já que a atividade jurídica tem o cidadão comum, homem médio, jurisdicionado, como destinatário.

Como aponta Guimarães (2012), a atividade jurídica tem o cidadão como usuário/destinatário e percorre todos os setores da sociedade. A linguagem é o meio utilizado para transmitir ideias, e quanto melhor ela for, melhor será essa transmissão.

Tendo a linguagem como objeto principal a comunicação, ela deve ser adequada para que qualquer usuário da Justiça possa entendê-la, já que a linguagem jurídica deve ser para todos e não para um grupo restrito e seletivo de pessoas que fazem parte do mundo jurídico.

Para Piske (2006), identificar a necessidade de simplificar a linguagem jurídica é o passo inicial para verdadeiramente democratizar e pluralizar a Justiça. Para ela, é preciso perceber que o contato diário do juiz com o jurisdicionado e a própria sociedade não enfraquece o Poder Judiciário, ao contrário, pode conferir-lhe maior grau de legitimidade.

Depois de perpassar algumas barreiras ao acesso à Justiça e adentrar ao sistema como parte de uma ação que requer o cumprimento de direitos que foram violados, o cidadão encara outros obstáculos, como: os rituais do Judiciário, os procedimentos jurídicos e a própria linguagem.

O objetivo de converter um texto jurídico complexo em um texto mais fácil de ser compreendido é simplificar a linguagem sem perder a precisão e a formalidade necessárias. Isso envolve substituir termos técnicos por sinônimos mais comuns, reduzir a complexidade das frases e usar uma linguagem mais direta e acessível.

Vejamos o exemplo a seguir:

Texto jurídico complexo:

“Com fulcro no artigo 373 do Código de Processo Civil, o autor deverá demonstrar, de forma cabal e irrefragável, o nexos causal entre a conduta do réu e o dano experimentado pelo autor.”

Texto simplificado:

“De acordo com o Código de Processo Civil, o autor precisa provar claramente a relação entre seu prejuízo e a ação do réu. Ele deve apresentar provas incontestáveis que demonstrem essa relação.»

Explicação das mudanças:

“Com fulcro no artigo...” foi substituído por “De acordo com...”: uma linguagem mais natural e acessível.

“Cabal e irrefragável” foi simplificado para “claramente”: removeu-se um excesso de termos técnicos.

“Nexos causal” foi substituído por “relação”: uma palavra mais comum e de fácil compreensão.

“Dano experimentado” foi simplificado para “prejuízo”: uma linguagem mais direta.

A frase foi dividida em duas partes para facilitar a leitura.

Outras estratégias para simplificar seriam: 1. Definir termos técnicos: quando necessário, explicar o significado dos termos técnicos em um contexto acessível. 2. Usar linguagem clara e objetiva: evitar frases longas e complexas. 3. Evitar jargões desnecessários: usar palavras e expressões que sejam facilmente compreendidas pelo leitor comum. 4. Uso de exemplos: ilustrar os conceitos

jurídicos com exemplos práticos e situações do dia a dia. 5. Reformular frases: simplificar a estrutura das frases para que sejam mais fáceis de entender. 6. Organização do texto: usar títulos, subtítulos e parágrafos curtos para facilitar a leitura. 7. Utilizar linguagem acessível: evitar termos técnicos quando possível, preferindo sinônimos mais comuns.

Ao seguir essas orientações, é possível transformar um texto jurídico complexo em algo mais acessível e compreensível para o leitor comum, sem comprometer a precisão e a formalidade que são necessárias na área jurídica.

Bourdieu (2000) vislumbrou o Direito e a linguagem jurídica como uma forma de manifestação de poder e constatou que as simples limitações às diversas formas de interpretação jurídica representam, por si só, uma forma de controle social. Para ele, o mercado dos bens simbólicos tem as suas leis, que não são as da comunicação universal entre sujeitos universais. Sob essa ótica, para haver universalidade, no tocante à linguagem jurídica, é preciso quebrar alguns paradigmas, ou seja, deixar de seguir um padrão internalizado, e isso é muito complicado e gera, muitas vezes, uma resistência, talvez por sensação de perda de identidade, medo, aversão às mudanças, ou porque significa algo novo, diferente, ao qual se tem de aprender a se ajustar.

O uso desregrado de linguagem e vocábulos de difícil compreensão, a fim de elitizar o discurso jurídico e segregar poder, pode trazer consequências irrecuperáveis à Justiça e à sociedade, visto que o cidadão que precise utilizar o sistema de Justiça não compreende o seu processo (Santana, 2012).

Para Galanter (1974), a capacidade jurídica é motivada pelas diferenças de educação, meio e status social que influenciam nas chances das partes em acessar o Judiciário. Para o professor, reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível é uma barreira a ser transposta e não afeta apenas os pobres, mas toda a

sociedade, uma vez que o conhecimento sobre as leis é disponível para pequena parcela da população. Os obstáculos ao acesso à Justiça são também criados pelo próprio Judiciário, principalmente aos mais vulneráveis socialmente.

Uma das desvantagens mencionadas por Cappelletti e Garth (1988) são os litigantes organizacionais, a favor da utilização do sistema judicial e dos conhecedores especializados dos procedimentos. Contra eles, as partes não conhecedoras dos instrumentos judiciais provavelmente não teriam oportunidades. Nesse contexto, surge a figura dos advogados, juízes e profissionais de diferentes níveis de qualidades, que são dotados de instrumentos e técnicas para integrarem o campo jurídico, e detêm o aparato técnico e linguístico.

3. Barreiras e obstáculos que dificultam o acesso

As barreiras, segundo a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) nº 13.146 de 6 de julho de 2015 (Brasil, 2015), são quaisquer entraves ou obstáculos que dificultam o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas com deficiência, entendidas como comportamentos que impõem barreiras para a vida plena em sociedade da pessoa com deficiência, consistindo, portanto, em comportamentos discriminatórios e, assim, não inclusivos.

A LBI diferencia seis dimensões de acessibilidade que contemplam as barreiras que fazem parte do cotidiano de pessoas com deficiência: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) *barreiras nas comunicações e na informação*: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o re-

cebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) *barreiras atitudinais*: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

De acordo com o art. 78 da Lei nº 13.146/2015:

Devem ser estimulados a pesquisa, o desenvolvimento, a inovação e a difusão de tecnologias voltadas para ampliar o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias da informação e comunicação e às tecnologias sociais.

Parágrafo único. Serão estimulados, em especial:

I - o emprego de tecnologias da informação e comunicação como instrumento de superação de limitações funcionais e de barreiras à comunicação, à informação, à educação e ao entretenimento da pessoa com deficiência; (Brasil, 2015, on-line).

A Lei Brasileira de Inclusão tem a virtude de revelar que mesmo as atitudes omissivas se configuram como entraves, considerando que deixar de colocar em prática medidas e políticas de inclusão correspondem à criação de uma barreira.

Sasaki (2010) afirma que, para haver a promoção da acessibilidade, é preciso abolir da sociedade todas as barreiras que impedem e dificultam o acesso e o desenvolvimento profissional, escolar, social e cultural das pessoas com deficiência.

De acordo com o art. 93 da Resolução nº 40/2020 (diretrizes para promoção, proteção e defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de rua), “o sistema de justiça deve promover programas de educação em direitos com linguagem adequada para a população em situação de rua”. (Brasil, 2020, on-line).

Nesse sentido, é importante considerar a baixa escolaridade da nossa população, sendo que apenas 12% conseguem ler e compreender textos extensos e complexos (Instituto Paulo Montenegro; Ação Educativa, 2018). Ademais, existe um número significativo de pessoas com algum tipo de deficiência: de acordo com o Censo 2010, 23,9% da população têm deficiências visual, auditiva, motora, mental ou intelectual (IBGE, 2012).

Por isso, o uso de Linguagem Simples e descomplicada tem a capacidade significativa de ampliar o acesso de milhões de pessoas a informações que estariam a elas impedidas e bloqueadas, seja por menos escolaridade, pouco acesso à educação e à informação, ou por deficiência.

Um dos desdobramentos não desejados dos textos informativos difíceis de ler e compreender é o agravamento da exclusão social.

Quais seriam as implicações e consequências de uma lei escrita em linguagem facilitada nas fases de implementação, divulgação e fiscalização?

No Brasil, São Paulo possui Política de Linguagem Simples aprovada. A Lei Municipal 17.316/2020 (Brasil, 2020) institui a Política Municipal de Linguagem Simples nos órgãos da administração direta e indireta. Ao propor a simplificação da linguagem utilizada pelo governo, também busca reduzir os custos operacionais do atendimento aos cidadãos. Outra dimensão importante da Política de Linguagem Simples é a promoção da transparência e do acesso à informação pública de forma clara, de modo a facilitar a participação e o controle da gestão pública pela participação. A Lei nº 17.316/2020 (São Paulo, 2020) estabelece que as ideias, as palavras, as frases e a estrutura devem ser organizadas para que o leitor encontre facilmente o que procura, compreenda o que encontra e saiba utilizar a informação. Além disso, propõe linguagem respeitosa; palavras comuns; termos não discriminatórios; linguagem adequada para as pessoas com deficiência; ex-

pliação de termos técnicos quando necessários; e evitação de siglas desconhecidas.

No desenvolvimento da Linguagem Simples, facilitada e descomplicada, é importante considerar valores éticos, *Design* da Informação e Direito Visual, compreendendo estrutura, hierarquia e visual, palavras, frases e parágrafos, representação gráfica, diagramação, linguagem jurídica e uso de recursos visuais. É necessário destacar que o tempo dispendido na elaboração pode ser compensado no ganho de agilidade das ações posteriores. De acordo com Fischer (2020), “um material produzido em Linguagem Simples melhora a acessibilidade, agiliza trabalhos como tradução e interpretação em Libras, legendagem para surdos e ensurdecidos, audiodescrição e o Leitura Fácil (*Easy Read* ou *Easy-to-read*). Dominar a escrita em Linguagem Simples requer dedicação e continuidade”.

A utilização de ferramentas que incentivem a compreensão de conteúdos jurídicos pelos destinatários, de modo visual, se destaca com a inovadora abordagem de Direito Visual ou hipermodal, que é a técnica de *Design* aplicada ao Direito que conecta a linguagem escrita à visual e/ou audiovisual para transmitir uma mensagem com maior efetividade, facilitando o acesso à informação. Esse recurso permite aprimorar a argumentação, o convencimento, bem como o poder de síntese, levando a uma análise mais rápida e efetiva do conteúdo processual. Portanto, trata-se de uma ferramenta essencial para simplificar e viabilizar o entendimento de conteúdos complexos formulados em linguagem jurídica.

O tema possui relevância e valor científico, jurídico e social. A absorção de uma virada tecnológica democrática do sistema processual deve seriamente ser considerada. Pretende-se contribuir com a ciência jurídica e com o aprofundamento da relação entre Direito, linguagem, comunicação, *Design*, tecnologia, acesso à informação e à Justiça.

A linguagem deve ser um instrumento utilizado para a compreensão de processos sociais e culturais complicados. Se o estilo de vocábulos e linguagem tornar complexo o entendimento de realidades já previamente complicadas, dificultando a participação e o engajamento, é preciso reconhecer o obstáculo e o problema, acolher e buscar caminhos de mudança e transformação.

4. O *Design* Jurídico e as ferramentas do *Visual Law* como facilitadores do Direito

Nesse contexto, compreendendo a simplificação da linguagem como necessária à facilitação do acesso à informação – viés do direito do acesso à Justiça –, e conseqüente concretização do princípio democrático, sugerem-se, a partir da observância da prática cotidiana jurídica, mecanismos voltados à simplificação do discurso jurídico como formas de facilitação e ampliação do acesso/direito à informação pelos cidadãos (Staut de Aguiar, 2024).

A inovação é parte cada vez maior do segmento de Justiça, como reflexo da sociedade. A finalidade do Poder Judiciário é prestar um serviço jurisdicional melhor à população, a ponto de se tornar temática da gestão pública. A Linguagem Simples e o *Design* Jurídico, com a utilização das ferramentas de Direito Visual (*Visual Law*), podem facilitar a compreensão dos jurisdicionados, além da comunicação interna dos tribunais, governos e também a comunicação do Estado com as pessoas usuárias dos serviços públicos, gerando vários benefícios para o Judiciário, o governo e a sociedade, e promovendo a cidadania, pois, para efetivar os direitos e deveres, devemos entender as leis, os serviços prestados e a organização dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) que fazem parte da nossa sociedade.

A facilitação da linguagem por meio do *Design* Jurídico e das ferramentas do Direito Visual são meios de melhorar a comunicação

entre agentes do segmento de Justiça e desses com a população nem um pouco familiarizada com os termos legais. A proposta é integrar conteúdo técnico e comunicação visual facilitada, com o escopo de melhorar o desempenho jurídico-comunicativo.

As vantagens do uso da Linguagem Simples, do *Design* Jurídico e das ferramentas do Direito Visual são:

Compreensão favorecida: o conteúdo visual é processado mais rápido e com melhor entendimento do que a leitura, especialmente de contextos complexos.

Eficácia da transmissão: a estrutura, a hierarquia e o relacionamento entre os elementos do contexto favorecem o entendimento, com a redução dos ruídos de comunicação.

Tração cognitiva: a estratégia visual constrói a sequência de eventos de modo objetivo, atraente e funcional, ampliando a probabilidade de engajamento, empatia e reciprocidade do usuário/destinatário.

Navegabilidade: a construção estratégica e estruturada favorece a localização das coordenadas dos documentos, dos argumentos e das peças, evitando a busca ativa do usuário.

Atualização comunicativa: a forma de se comunicar mudou. A quantidade de trabalho aumentou. O tempo parece ter diminuído, há uma inundação de informações e ampliação das exigências de produtividade. Melhorar a comunicação é evoluir, atuar com uma nova perspectiva, transformada, direta, objetiva, clara, respeitando o tempo do outro, a atenção do leitor, o grau de conhecimento do destinatário da mensagem.

Os operadores do Direito e os gestores públicos devem despertar seu interesse em novas competências que acompanham o ritmo dinâmico do campo jurídico e respeitam a efetiva compreensão e o tempo de todos os envolvidos na leitura do conteúdo.

O uso moderado de elementos visuais impacta positivamente, traz clareza à informação, destaca os pontos mais importantes, melhora a tração cognitiva, traz todos os dados em uma única leitura, dispensando o acesso a documentos externos, conferindo fluidez e inteligibilidade.

Os recursos visuais implementados pelo Direito Visual (*Visual Law*) não dispensam a seriedade da questão jurídica. Isso, pois, sem a parte técnica e a base da argumentação, nem há como implementar o *Design* Jurídico e as ferramentas do *Visual Law*. A mudança é apenas no formato de apresentação e na linguagem, que torna mais dinâmicas, claras e fáceis a leitura e a interpretação do conteúdo legal.

As técnicas do *Visual Law* e do *Design* Jurídico são estratégias eficazes para aprimorar a comunicação entre o emissor (quem transmite a mensagem) e o receptor (quem recebe e interpreta a mensagem), especialmente no contexto do processo comunicacional e de interpretação dos textos jurídicos. Para trabalhar melhor essas relações, é importante considerar aspectos como:

Clareza na linguagem: utilizar uma linguagem acessível, minimizando o uso de jargões técnicos com o público não especializado, para evitar ambiguidades e facilitar a compreensão.

Visualização de informações: incorporar elementos visuais, como infográficos, esquemas, ícones e tabelas, que ajudaram a simplificar conceitos complexos e promover uma compreensão mais rápida e intuitiva.

Design centrado no usuário: pensar no perfil do receptor da mensagem (advogados, juiz, público em geral, partes envolvidas) e adaptar *layout*, cores e elementos visuais para facilitar leitura, retenção e interpretação do conteúdo.

Organização e hierarquia da informação: utilizar uma estrutura clara e lógica, com títulos, subtítulos, listas e destaques, para orientar o leitor e facilitar o entendimento do texto jurídico.

Domínio entre linguagem comum e técnica: é fundamental reconhecer que há uma tensão constante entre a linguagem popular (ordinária) e a técnica (jurídica). A intenção do *Visual Law* e do *Design Jurídico* é diminuir essa distância, tornando o conteúdo acessível sem perder a precisão técnica. Essa relação pode ser vista como um “duplo imperfeito”, ou seja, uma constante tentativa de encontrar equilíbrio entre compreensão e rigor técnico. Ambos os sistemas de linguagem podem estar incompletos ou imperfeitos na sua própria natureza, e o objetivo do *Design Jurídico* é mitigar essas imperfeições ao facilitar o entendimento e a interpretação correta.

Ao aplicar essas técnicas, busca-se transformar textos jurídicos de formatos tradicionais (muito textuais e densos) em versões mais acessíveis, promovendo uma comunicação mais efetiva e transparente, além de apoiar uma interpretação mais fiel às intenções do legislador, mesmo diante de linguagens distintas.

Exemplos práticos de aplicação:

1. *Infográficos de normas e procedimentos:* criar infográficos que mostrem etapas de um procedimento jurídico, como recursos, prazos e requisitos, facilitando a compreensão do fluxo processual por leigos e profissionais. Exemplo: um mapa visual do procedimento de aposentadoria por invalidez, destacando passos, documentos necessários e prazos.

2. *Resumos visuais de leis e normas:* transformar textos legislativos longos e complexos em resumos gráficos com uso de ícones, diagramas ou tabelas que evidenciem pontos-chave. Exemplo: uma tabela comparativa entre diferentes tipos de contratos, com cores distintas e símbolos que facilitam a diferenciação.

3. *Uso de diagramas e modelos de documentos:* apresentar modelos visuais de petições, contratos ou recursos, realçando as partes essenciais e estruturas de maneira fácil de entender.

Exemplo: um esquema visual de uma petição inicial, com destaque para os elementos obrigatórios.

4. *Painéis interativos e websites*: desenvolver plataformas digitais acessíveis com informações gráficas e explicativas, voltadas ao público geral ou às partes envolvidas em processos jurídicos. Exemplo: um site com vídeos explicativos, infográficos e questionários para orientar vítimas de acidentes sobre seus direitos.

Ferramentas de *Visual Law e Design Jurídico*:

1. *Canva*: plataforma de *design* gráfico intuitiva, ideal para criar infográficos, cartazes, esquemas e modelos visuais de textos jurídicos. Disponível em: <https://www.canva.com>.

2. *Lucidchart/Draw.io*: ferramentas de criação de diagramas, fluxogramas e mapas conceituais de forma colaborativa e fácil de usar. Disponíveis em: <https://www.lucidchart.com> e <https://app.diagrams.net/>.

3. *Vennngage*: especializada em infográficos profissionais, possibilitando a criação de representações visuais de dados e processos legais. Disponível em: <https://www.venngage.com>.

4. *Prezi/Powtoon*: para criar apresentações visuais animadas e acessíveis, úteis na explicação de conceitos jurídicos de forma dinâmica. Disponíveis em: <https://prezi.com> e <https://www.powtoon.com>.

5. *Adobe Spark/Adobe Illustrator*: ferramentas de *design* mais avançadas, permitindo customizações detalhadas para elementos de *Visual Law*.

O próprio Conselho Nacional de Justiça já recomendou o uso de Linguagem Simples e Direito Visual. De acordo com a Recomendação nº 144 de 25/08/2023 do CNJ, é sugerido que os tribunais utilizem Linguagem Simples, clara e acessível, com o

uso, sempre que possível, de elementos visuais que facilitem a compreensão da informação. Assim, a utilização de Linguagem Simples deve prevalecer em todos os atos administrativos e judiciais expedidos pelos Juízos, Tribunais e Conselhos. Para os atos que veiculam conteúdo essencialmente técnico-jurídico, os Tribunais e Conselhos poderão construir documento em versão simplificada que facilite a compreensão. Além disso, os Tribunais e Conselhos poderão utilizar o código de resposta rápida (*QR Code*) para fornecer informações complementares relacionadas ao documento, bem como para possibilitar o acesso a formas alternativas de comunicação, como áudios, vídeos legendados e com janela de Libras ou outras (CNJ, 2023).

O Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) atendeu a essa recomendação do CNJ, e, em novembro de 2023, fizeram um acordo de cooperação técnica com o objetivo de reunir esforços para aplicar os conceitos e as técnicas do *Design* Jurídico e do Direito Visual na elaboração e na tradução de conteúdos jurídicos relacionados à defesa do consumidor, com o objetivo de ampliar a participação democrática e a materialização de direitos pelos consumidores mineiros (MPMG, 2023).

Além disso, mesmo antes da recomendação do CNJ, desde o ano de 2022, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) publicou a Portaria Conjunta nº 1391/PR/2022, que regulamenta o uso de Linguagem Simples e de Direito Visual (*Visual Law*) com o objetivo de ampliar o acesso da sociedade à Justiça, melhorar a comunicação e simplificar a prática de atos processuais. E, em junho de 2023, a Corte mineira lançou oficialmente o programa “TJMG Aproxima”, uma iniciativa da Unidade Avançada de Inovação em Laboratório (UAILab) para implementar a Linguagem Simples na rotina do Judiciário (TJMG, 2022).

Importante ressaltar que o treinamento, a aptidão e a experiência necessárias para ser qualificado em práticas de *Design* são

relevantes. A relação entre juristas e *designers* deve ser mutuamente construtiva. Os métodos de *design* baseiam-se no conhecimento humanístico e técnico e a sua experiência pode romper o legado do pensamento formal, abrindo o ambiente jurídico para a inovação. Assim, ao planejarmos mudanças jurídicas em benefício da sociedade como um todo, e dos indivíduos que interagem sob a proteção da lei, poderemos ser capazes de passar de onde estamos agora para onde gostaríamos de estar, promovendo serviços jurídicos otimizados e adequados à realidade do usuário.

ADireito e o *Design* se encontram, utilizando estratégias implementadas por meio de práticas participativas e de interação social no setor de serviços públicos. O*design* de serviços para o setor público envolve *designers* e operadores do Direito em vários níveis – em consultas de usuários, análise da legislação e teses, laboratórios de *design* de serviços, mapeamento da jornada do cliente, fóruns de regeneração de bairros e comunidades, pesquisa etnográfica, pesquisa participativa e assim por diante. É possível redesenhar, por exemplo, as plataformas de informações aos contribuintes, os websites dos serviços de saúde, da educação pública e dos cidadãos idosos, criando oportunidades para uma vida interdependente, estimulando a participação ativa de múltiplos intervenientes com interesses diferentes e têm um forte impacto nas mudanças legais.

De acordo com Ducato (2024), o *Design* Jurídico em geral pode ajudar a resolver as deficiências da nossa compreensão atual de como ocorrem as mudanças jurídicas e alargar a nossa compreensão dos aspectos-chave da lei.

Por fim, a Linguagem Simples, o *Design* Jurídico, e as ferramentas do Direito Visual podem contribuir significativamente para a formação de “cidadãos” mais conscientes, informados e capacitados, capazes de enfrentar os desafios da compreensão de seus direitos e facilitando o seu acesso à Justiça, trazendo, ainda, boas práticas para a eficiência jurídica.

5. Busca por uma linguagem jurídica inteligível e acessível

De acordo com Guimarães (2012), quando ressaltamos a facilitação da linguagem jurídica, não estamos justificando a banalização dela, nem instigando o abandono ou o desuso de termos técnicos necessários ao contexto jurídico e forense. Nesse caso estamos enfrentando os abusos e excessos que podem facilitar a compreensão do cidadão, estimulando a acessibilidade para todos.

A partir dessa perspectiva, surgem questionamentos fundamentais: seria possível redigir leis de modo mais inteligível, permitindo que as pessoas conheçam seus direitos e acessem o Judiciário para assegurá-los? E, simultaneamente, haveria a possibilidade de assegurar as técnicas necessárias para preservar a segurança jurídica, mesmo com o uso de uma linguagem mais facilitada e acessível ao usuário? Tais indagações impulsionam a busca por soluções inovadoras, e, a seguir, examinaremos diversas iniciativas e políticas adotadas para endereçar esses desafios.

Em 2005, uma pesquisa do Ibope revelou que a população brasileira tem dificuldades em entender os termos jurídicos utilizados pelos profissionais do Direito, então, a partir disso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou a Campanha pela Simplificação da Linguagem Jurídica (Guimarães, 2020). Essa campanha da AMB criou a cartilha “O Judiciário ao alcance de todos - Noções de burocratês”, entretanto a iniciativa não prosperou. A campanha gerou polêmicas e os resultados não foram, à época, significativos, todavia é preciso evidenciar sua importância para provocar a discussão acerca do tema (AMB, 2019).

Decorrida mais de uma década da campanha pela simplificação da linguagem jurídica, empreendida em 2005, a AMB encomendou nova pesquisa, um estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro, à Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2019), coordenada pelo presidente do Conselho Científico do Instituto de Pesquisas Sociais,

Políticas e Econômicas (Ipespe). Assim, em 2019, constatou-se que 87% dos ouvintes ainda consideravam a linguagem jurídica de difícil compreensão.

Ainda como exemplo, houve a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, aprovada em 2011, estabelecendo no seu art. 5º que “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação [...] em linguagem de fácil compreensão” (Brasil, 2020).

Já em 2016, o Governo Aberto de São Paulo lançou, em parceria com a Fundação Seade, um manual com orientações para adoção de Linguagem Simples. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais criou o programa “Conhecendo o Judiciário”, e dentro dele publicou a cartilha O TJ Responde, cujo intuito é “tornar a linguagem jurídica mais acessível para aproximar o Poder Judiciário do cidadão”. Objetivou-se permitir a melhor compreensão da linguagem jurídica, traduzindo vocábulos e termos frequentemente utilizados no meio jurídico (TJMG, 2015).

Olhando para o cenário mundial, em 2018 encontram-se a pesquisa do governo federal da Colômbia, indicando que nove em cada dez colombianos acreditavam que o Estado não se comunicava claramente com a população. Assim, foram criados os “laboratórios de simplicidade”: espaços colaborativos entre cidadãos e servidores públicos para reescrever textos em Linguagem Simples (Chavarri, 2021).

Na América Latina, o México lançou uma iniciativa para simplificar a linguagem da administração pública, por meio do programa “*Lenguaje ciudadano*” (Linguagem cidadã). O manual foca no usuário cidadão, de modo que se deve identificar a informação de que o cidadão necessita, selecionar o tom e a linguagem adequados e guiar o cidadão em algum trâmite ou serviço.

Em 2004, o Congresso aprovou a *Ley Facil* (Chile, 2004), determinando que o site da Biblioteca Nacional do Chile ofereça ver-

sões das leis redigidas em Linguagem Simples. Quatro anos depois, as buscas por essas leis representavam mais de 10% do total de visitas ao site da biblioteca, ficando em quarto lugar como item mais procurado. Em 2008, a biblioteca passou a oferecer versões dessas leis em *podcasts*.

Em 13 de outubro de 2010, Barack Obama assinou a Lei Pública 111-274, Lei da Redação Clara (EUA, 2010), que obriga todos os órgãos federais a usar Linguagem Simples na redação de documentos para “melhorar a eficácia” e promover uma “comunicação que o público pudesse entender e usar”. Essa data se tornou o Dia Internacional da Linguagem Simples.

Finalmente, é necessário enfatizar a importância da linguagem jurídica acessível e inteligível entre os usuários, linguagem que democratiza o conhecimento do Direito e aproxima o cidadão das estruturas e mecanismos de realização da Justiça. Além disso, é preciso buscar meios alternativos e novas possibilidades da prestação jurisdicional.

6. Política pública inclusiva como perspectiva multicêntrica/policêntrica

A abordagem estadocêntrica considera as políticas públicas, analiticamente, monopólio de atores estatais. Vale ressaltar que a abordagem estadocêntrica admite que grupos e organizações não estatais podem influenciar os processos das políticas públicas, mas eles não teriam centralidade (Aguiar, 2023).

Distintivamente, a abordagem multicêntrica considera que grupos e organizações sociais (ONGs, associações, redes etc.) podem fazer políticas públicas, em associação ou não com o Estado. Isso porque as caracteriza a partir de sua natureza *problem solving*: a política pública é “uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público” (Secchi, 2015).

O interesse desses grupos e organizações no enfrentamento do problema deve-se à sua natureza coletiva: que afeta diversas populações de forma direta ou indireta e é percebido como algo indesejável e que deve ser mudado por uma grande quantidade de pessoas. Logo, admite-se a existência de uma pluralidade de pessoas e de múltiplos centros decisórios em torno das iniciativas que buscam lidar com problemas sociais. Dessa forma, torna-se possível a criação de políticas públicas numa perspectiva policêntrica.

Segundo Aligica e Tarko (2012), a abordagem policêntrica presuppõe a existência de múltiplos centros de tomada de decisão dentro de uma variedade de regras aceitas. Sabemos que, de modo geral, as políticas públicas são construídas dentro da estrutura institucional-jurídica do Estado. No entanto, as iniciativas e decisões podem surgir de diversas perspectivas.

No presente caso, é preciso criar políticas públicas policêntricas para sanar o problema da linguagem inacessível, e o enfrentamento desse problema tem natureza coletiva.

Quem estabeleceu que deveríamos escrever de forma complexa, difícil e elitista? Em que momento da formação educacional ficou estabelecida essa linguagem rebuscada?

Espera-se que a norma padrão seja o parâmetro linguístico na área jurídica, a começar pela formação acadêmica. Todavia, sabe-se que as escolas, as faculdades e as universidades são um ponto de origem fundamental para as discussões sobre políticas públicas. Assim, é possível construirmos uma cultura escolar e educacional que enfrente a indiferença, as dificuldades de compreensão das informações, a linguagem inacessível, a insensibilidade e a intolerância.

De acordo com Carlos Alberto Lima de Almeida (2019), no campo das ciências sociais, cujo exercício profissional muitas vezes é marcado por relações tacitamente hierarquizadas, torna-se fun-

damental que a sala de aula seja espaço para desconstrução da lógica de hierarquização dos saberes e das práticas profissionais hierarquizadas. O que se deseja é uma academia mais plural, inclusiva, horizontal e com diálogos interdisciplinares.

Identificado o problema social, o objetivo de desenvolvimento sustentável seria a educação de qualidade, Justiça e instituições eficazes, e a descrição desses objetivos seria assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, além de promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à Justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

7. Conclusão

A inacessibilidade da linguagem jurídica é uma barreira significativa para o pleno exercício da cidadania e o acesso à Justiça. É ineficaz um sistema jurídico cujas normas não são compreendidas pelos cidadãos a quem se destinam. É imperativo que as normas jurídicas sejam compreensíveis e acessíveis para que o cidadão possa conhecer, reivindicar e defender seus direitos. Um direito que permanece incompreendido na “letra fria da lei” falha em sua função social, pois sua linguagem complexa e distante da realidade comum impede o acesso e a efetivação da Justiça.

Ao longo desta análise, identificamos diversos obstáculos à adoção de uma linguagem jurídica clara e simplificada, como a resistência dos profissionais do Direito em inovar, o receio de desmistificar a área e uma cultura jurídica que valoriza o tradicionalismo e a erudição em detrimento da clareza. Essas barreiras contribuem para manter o Direito como um campo restrito a poucos.

Contudo, reiteramos que a simplificação da linguagem jurídica é fundamental para aproximar o Judiciário dos cidadãos, fortalecendo a democracia e facilitando o acesso à Justiça e o exercício da cidadania. A verdadeira valorização dos profissionais do Direito reside na sua conduta ética e na sua capacidade de resolver conflitos de forma eficiente e compreensível, garantindo que as respostas jurídicas sejam as mais coerentes e acessíveis possíveis para todos os usuários.

8. Referências

AGUIAR, Karelina Staut de. *A Linguagem do Direito Aliada ao Design Jurídico: novos modelos de serviços judiciais*. Londrina, PR: Thoth Editora, 2024.

AGUIAR, Karelina Staut de. *A linguagem do Direito como óbice ao acesso à Justiça e o Design Jurídico como facilitador da efetividade processual*. 2023. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <<https://dissertacao.estacio.br/direito/2023/KARELINE%20STAUT%20DE%20AGUIAR.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2025.

ALIGICA, P. D.; TARKO, V. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance*, [s.l.], v. 25. ed. 2, p. 237-262, abr. 2012. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-0491.2011.01550.x>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

ALMEIDA, Carlos Alberto Lima. Desconstruindo a lógica da hierarquização dos saberes: metodologia e epistemologia no campo das Ciências Sociais. In: XXXII CONGRESO INTERNACIONAL ALAS PERÚ 2019, 2019, Lima. *Dossier* [...]. Lima: ALAS, 2021. p. 373-383. Disponível em: <https://sociologia-alas.org/wp-content/uploads/2021/06/Dossier-15_compressed-2.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

AMB leva campanha para simplificar o “juridiquês” a São Paulo. *AMB*, 2005. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-leva-campanha-para-simplificar-o-juridiquês-a-sao-paulo/?doing_wp_cron=1639156578.1510009765625000000000>. Acesso em: 28 out. 2021.

AMB; FGV; IPESPE. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro - Sumário executivo*. dez. 2019, p. 28. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

ANNENBERG, Daniel. *Linguagem simples para reduzir desigualdades*. 2020. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/artigo-linguagem-simples-para-reduzir-desigualdades/>>. Acesso em: 31 out. 2021.

BOURDIEU, P. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BRASIL. 2020. *Lei nº 17.316, de 6 de março de 2020*. Institui a Política Municipal de Linguagem Simples nos órgãos da administração direta e indireta. Brasília, DF: Casa Civil, 2020. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17316-de-6-de-marco-de-2020>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. *Resolução nº 40, de 13 de outubro de 2020*. Dispõe sobre as diretrizes para promoção, proteção e defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de rua, de acordo com a Política Nacional para População em Situação de Rua. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-40-de-13-de-outubro-de-2020-286409284>>. Acesso em: 31 out. 2021.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHAVARRI, Juan. *Protocolo de lenguaje claro*. 2021. Disponível em: <<https://www.invias.gov.co/index.php/archivo-y-documentos/atencion-al-ciudadano/11623-protocolo-de-lenguaje-claro-2021/file>>. Acesso em: 31 out. 2021.

CHILE. *¿Qué es el Lenguaje Claro?*. 2018. Disponível em: <<http://www.lenguajeclarochile.cl/>>. Acesso em: 31 out. 2021.

CHILE. Lenguaje claro Chile. *¿Qué es el Lenguaje Claro?*. Disponível em: <<http://www.lenguajeclarochile.cl/>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples*. 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-da-justica/acessibilidade-e-inclusao/pacto-nacional-do-judiciario-pela-linguagem-simples/referencias-normativas/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

CONTI, Vivaldo. *Orientações para adoção de linguagem clara*. Disponível em: <http://www.governoaberto.sp.gov.br/wp-content/uploads/2017/12/orientacoes_para_adocao_linguagem_clara_ptBR.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

DUCATO, Rossana; STROWEL, Alain; MARIQUE, Enguerrand (eds). *Design(s) for Law*. 1. ed. mar. 2024. Disponível em: <<https://abdnl.elsevierpure.com/en/publications/designs-for-law>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS. *Lei Pública 111-274*. The Plain Writing Act de 2010. 2010. Disponível em: <<https://www.fda.gov/about-fda/plain-writing-its-law/plain-writing-act-2010>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

FISCHER, Heloisa. *Só é acessível se der para entender*. Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/arquivos/31902>>. Acesso em: 31 out. 2021.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 24ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

GALANTER, M. Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of social change. *Law and Society Review*. Cambridge University Press, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1 jul. 1974.

GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à Justiça. *Publicatio UEPG*: Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes, v. 20, p. 173-184, jul./dez. 2012.

GUIMARÃES, Tânia. *A simplificação da linguagem jurídica como fator de democratização do direito e inclusão social*. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/guimaraes-pena-simplificacao-linguagem.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

IBGE. *Censo demográfico 2010*: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

INSTITUTO PAULO MONTENEGRO; AÇÃO EDUCATIVA. *Resultados preliminares*: estudo especial sobre alfabetismo e mundo do trabalho. São Paulo: Instituto Paulo Montenegro; Ação Educativa, 2018. Disponível em: <https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2016/09/INAFEstudosEspeciais_2016_Letramento_e_Mundo_do_Trabalho.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2021.

KAFKA, Franz. *O processo*. 6ª reimpr. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LAVAREDA, Antonio. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*. 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_pdf>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MÉXICO. *Lenguaje claro*. 2007. Disponível em: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/138056/Manual_Lenguaje_040511.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS (MPMG). *Termo de cooperação técnica nº 19.16.2335.0081124/2021-89*. 2023. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/data/files/79/B5/FE/6F/0A61C8100ACB4BA8760849A8/Acordo%20de%20Cooperacao%20tecnica%20n.%2019.16.2335.0081124.2021-89.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2024.

MORENO, C.; MARTINS, T. *Português para convencer*: comunicação e persuasão em direito. São Paulo: Editora Ática, 2011. p. 24.

PIEPER, Josef. *Abuse of language, abuse of power*. San Francisco: Ignatius Press, 1992.

PISKE, Oriana. *Simplificação da linguagem jurídica*. 2006. Disponível em: <<https://www.tjdf.t.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2006/simplificacao-da-linguagem-juridica-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

PLAIN LANGUAGE ASSOCIATION INTERNATIONAL. Site. Disponível em: <<https://plainlanguage-network.org/>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

RAYMUNDO, Gisleni Valezi. *Direitos humanos e políticas públicas*: desafios e perspectivas à formação e à inclusão [recurso eletrônico]. 1. ed. Curitiba: Editora Bagai, 2021. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/597234/2/Editora%20BAGAI%20-%20Direitos%20Humanos%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ROSA, Júlia Gabriele Lima da; LIMA, Luciana Leite; AGUIAR, Rafael Barbosa de. *Políticas públicas*: introdução [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Jacarta, 2021. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/pol-pub/userfiles/Pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20-%20introdu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SANTANA, Samene Batista Pereira. A linguagem jurídica como obstáculo ao acesso à Justiça: Uma análise sobre o que é o Direito engajado na dialética social e a consequente desrazão de utilizar a linguagem jurídica como barreira entre a sociedade e o Direito/Justiça. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-105/a-linguagem-juridica-como-obs-taculo-ao-acesso-a-justica-uma-analise-sobre-o-que-e-o-direito-engajado-na-dialetica-social-e-a-conse- quente-desrazao-de-utilizar-a-linguagem-juridica-como-barreira-entre-a/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

SASSAKI, R. K. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SOUZA, José Barcelos de. Linguagem jurídica. *Migalhas*, 2005. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/12908/linguagem-juridica>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TJMG). *Portaria Conjunta nº 1391/PR/2022*. (Alterada pela Portaria Conjunta da Presidência nº 1571/2024). Regulamenta o uso de linguagem simples e de direito visual no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. 2022. Disponível em: <<https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc13912022.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2024.

VIGLIAR, José M. M.; NASPOLINI, Samyra H. D. F. O conceito de barreiras atitudinais previsto na Lei Brasileira de Inclusão e a possibilidade de sua utilização para coibir outras discriminações. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, [s.l.], v. 12, n. 3, p. 538-548, set./dez. 2020. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.123.13>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Artigo recebido em 23/04/2024.

Artigo aprovado em 04/06/2025.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.528

111 - 144

Artigo

**A AMPLA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO
HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL
POR MEIO DO TOMBAMENTO**

GUILHERME ROSA PINHO

A AMPLA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL POR MEIO DO TOMBAMENTO

THE AMPLE PROTECTION OF NATIONAL HISTORICAL AND ARTISTIC HERITAGE
THROUGH NATIONAL MONUMENT PROCLAMATION

GUILHERME ROSA PINHO

Doutor em Direito

Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

guilherme.rosa@tre-mg.jus.br

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 prevê ampla proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, parcela significativa do patrimônio cultural brasileiro, inclusive por meio de medidas de acautelamento (art. 216, §1º). O diploma que disciplina o instituto do tombamento, Decreto-lei 25/37, assim como outras leis que regulamentam institutos protetivos, estabelece um procedimento prévio de reconhecimento como requisito para a preservação. A necessidade deste procedimento produz um efeito antiprotetivo, isto é, diante do risco de um bem ser tombado, por exemplo, o seu detentor cuida de modificá-lo ou destruí-lo. Este artigo objetiva sugerir medidas para enfrentar e prevenir o efeito antiprotetivo gerado pela legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Tombamento. Efeito antiprotetivo. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: Brazilian Constitution of 1988 provides ample protection of national historical and artistic monuments, significant part of Brazilian cultural heritage, including through cautionary measures (art. 216, §1º). The legislation that rules national monument proclamation, Decree-law 25/37, as well as other laws that discipline protective institutes, establishes a previous proceeding as condition for preservation of national historical and artistic monuments. This previous proceeding produces an anti-protective effect because owners usually destroy or modify the aspect of property when faced with the risk of having it proclaimed as national monument. This paper aims to suggest measures to face and avoid anti-protective effect generated by Brazilian legislation.

KEYWORDS: National monument proclamation. Anti-protective effect. Brazilian Constitution of 1988.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de patrimônio histórico e artístico nacional. 2.1. Conceito legal. 2.2. Conceito constitucional. 2.3. Categorias de patrimônio protegido. 2.4. O patrimônio histórico e artístico nacional e outras leis. 3. Tipos de tombamento. 4. Efeitos do tombamento. 4.1. Restrições sobre bem tombado. 4.2. Outras medidas de proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional previstas no Decreto-lei 25/37. 5. Ampliação da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional. 5.1. Tombamento automático. 5.2. Tombamento retroativo. 5.3. Tombamento por réplica. 6. Tutela judicial do patrimônio histórico e artístico. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Minas Gerais tem posição de destaque na história da proteção do patrimônio cultural brasileiro. A famosa viagem desbravadora dos intelectuais modernistas, em abril de 1924, ao interior de Minas Gerais, resultou na elaboração por Blaise Cendrars da minuta do estatuto da Sociedade dos Amigos dos Monumentos Históricos do Brasil (Telles, 2009).

Fabiana Santos Dantas (2013, p. 225) afirma que os modernistas encontraram nas cidades coloniais mineiras, e em seu patrimônio edificado, as raízes brasileiras, e que a primeira norma federal posterior à Revolução de 1930 sobre o patrimônio cultural foi o Decreto 22.928/1993, que declarou Ouro Preto monumento nacional.

Atualmente, nas localidades onde o patrimônio histórico e artístico nacional é protegido, são frequentes reclamações de proprietários e administradores sobre a falta de apoio governamental e o excesso de burocracia para restauração dos bens.

Por outro lado, em cidades do interior do país, longe de grandes centros urbanos, é comum encontrar edificações sendo destruídas ou passando por intervenções, denominadas de “reformas”, que resultam na descaracterização de sua feição original.

Tais edificações, fortes candidatas a patrimônio histórico, aparentemente sofrem deformações propositais. O intuito das intervenções, ao que tudo indica, é evitar que o bem se torne patrimônio protegido.

Desta forma, não existem escrúpulos em se fazer um altar moderno em uma igreja de estilo colonial, ou em se instalar aparelhos de ar-condicionado que prejudicam a estética de templos centenários. E quanto mais o tempo passa e o edifício se torna mais antigo, mais forte parece ser o desejo de demoli-lo ou modificá-lo.

Nota-se, deste modo, um efeito antiprotetivo na legislação brasileira. Diante do risco de sofrer restrições em seu bem, os proprietários procuram demolir ou descaracterizá-lo antes que surja interesse em sua proteção. Com isto, impede-se ou, no mínimo, dificulta-se, a formação de novos patrimônios históricos ou artísticos a preservar.

A principal norma infraconstitucional protetiva é o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que disciplina o tombamento¹. Antes de sua edição, existiram os seguintes projetos:

o projeto do deputado Luis Cedro (1923); o esboço de anteprojeto de lei federal elaborado por Jair Lins (1924); o projeto do Deputado José Wanderley de Araújo Pinho (1930) e o anteprojeto de Mário de Andrade (1936), além da minuta do estatuto da Sociedade dos Amigos dos Monumentos Históricos do Brasil, formulada por Blaise Cendrars em 1924 (Telles, 2009).

O projeto de Luis Cedro contribuiu com a fundamentação do tripé histórico-artístico-nacional na qual se embasa a política brasileira de proteção; já o anteprojeto de Mário de Andrade, enriquecido pelos debates dos projetos anteriores, teve sua votação no Congresso Nacional interrompida pela instalação do Estado Novo: dele, de forma mais próxima, surgiu, com algumas alterações, o Decreto-lei 25/37, sobre o qual hoje pairam reflexões sobre sua desatualização tanto conceitual quanto jurídica (Telles, 2009).

Este artigo destina-se a enfrentar o efeito antiprotetivo da legislação brasileira, com o objetivo de encontrar novas maneiras de proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, especialmente através de uma compreensão renovada acerca do instituto do tombamento.

Para esta finalidade, apresenta-se a disciplina do tombamento presente no Decreto-lei 25/37, especialmente no que diz respeito ao conceito de patrimônio histórico e artístico nacional, os

1 O Tombamento, nas palavras de Fernanda Schmitt, é tema “pouco difundido e muito temido” (Schmitt, 2012).

tipos e os efeitos do tombamento, e outras medidas protetivas previstas no mencionado decreto-lei. Além disto, analisa-se o regramento da Constituição Federal de 1988 e de outras leis sobre o assunto, para, a seguir, serem propostas soluções contra o efeito antiprotetivo acima identificado. Por fim, dá-se destaque à via jurisdicional como importante mecanismo para a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

2. Conceito de patrimônio histórico e artístico nacional

2.1 Conceito legal

O artigo 1º do Decreto-lei 25 de 1937 definiu o patrimônio histórico e artístico nacional. Tratou de instituir uma categoria diferenciada de patrimônio, que não é necessariamente sinônima de patrimônio público, mas que é protegida como ele. Este patrimônio nacional pode ser propriedade de pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas (art. 2º).

O patrimônio histórico e artístico nacional é formado pelo conjunto de bens móveis ou imóveis existentes no país cuja conservação seja do interesse público. O interesse público na conservação se deve à vinculação de referidos bens a fatos memoráveis da história do Brasil ou ao excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Esta definição merece algumas observações:

- a) *existentes no país*: existente no país significa que o bem se encontra no território nacional, pouco importando a origem. Se o bem foi fabricado no exterior, mas sua conservação é de interesse público, ele pode compor o patrimônio histórico e artístico nacional se estiver em solo brasileiro.

Assim, afasta-se qualquer dúvida que poderia surgir em razão do qualificativo 'nacional'. Não é porque o bem seja de origem es-

trangeira que sua conservação deixa de ser do interesse público; nem o fato de o patrimônio ser nacional impõe que o bem seja de origem nacional.

O artigo 3º do Decreto-lei 25/37² exclui algumas obras de origem estrangeira situadas em território brasileiro do patrimônio histórico e artístico nacional. São exceções bastante lógicas.

b) *vinculados a fato memorável da história do Brasil*: fato memorável é o acontecimento digno de ser lembrado, recordado. Este conceito é muito fluido, instável: o que merece ser lembrado hoje pode deixar de ser no futuro, ou vice-versa. Um fato que hoje é completamente ignorado pode ganhar notoriedade no futuro, quando o bem já tiver sido destruído etc.

Gera insegurança este critério, porque, à medida em que pesquisas históricas são realizadas, novos fatos memoráveis da história do Brasil, até então desconhecidos, são descobertos. O referencial para a produção historiográfica pode mudar. Hoje, por exemplo, não só os feitos da elite e dos poderosos importam, mas também o estilo de vida do povo, o cotidiano dos simples, são fatos memoráveis da história do Brasil.

Segundo Edis Milaré (2000, p. 184), a Constituição Federal de 1988 abraçou os conceitos mais modernos sobre o assunto, prescrevendo que o patrimônio cultural não se constitui somente de bens eruditos e excepcionais. “Desaparece, enfim, o antigo conceito de que os valores culturais a serem preservados eram apenas aqueles das elites sociais, necessariamente consagrados pelo ato de tombamento, como ocorria no direito anterior” (Milaré, 2000, p. 184).

2 “Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira: 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país; 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos. Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”.

c) *excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico*: outro fator de insegurança é o conceito de *excepcional valor*. É uma noção que varia ao longo do tempo. Por exemplo, edificações arquitetonicamente comuns tornam-se raras à medida em que suas similares são demolidas e substituídas por outras.

Excepcional é o que se destaca como uma exceção, portanto incomum. Quando se fala de arte, ou arqueologia, por exemplo, todo objeto tem sua peculiaridade, seu valor individual. Numa interpretação ampla, todo bem neste contexto tem excepcional valor³.

d) *só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional depois de inscritos, separada ou agrupadamente, num dos quatro Livros do Tombo*⁴: isto significa que, mesmo havendo interesse público na conservação, o bem somente será protegido após o tombamento.

É sabido que, quando a conservação de algum bem, sobretudo edificações, torna-se de interesse público, o proprietário busca sua descaracterização ou demolição, a fim de evitar o tombamento. Este é o efeito antiprotetivo do tombamento. Ele faz com que não surjam novos bens no patrimônio histórico e artístico nacional.

e) *patrimônio histórico e artístico nacional por equiparação*: o §2º do art. 1º do Decreto-lei 25/37 estabelece que também se sujei-

3 “Destarte, não se discute mais se o patrimônio cultural constitui-se apenas dos bens de valor excepcional ou também daqueles de valor documental cotidiano; se inclui monumentos individualizados ou também conjuntos; se dele faz parte tão-só a arte erudita ou também a popular; se contém apenas bens produzidos pela mão do homem ou também os naturais; se esses bens naturais envolvem somente aqueles de excepcional valor paisagístico ou, inclusive, ecossistemas; se abrange bens tangíveis e intangíveis. Todos esses bens estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou da sociedade brasileiras, nos exatos termos constitucionais” (Milaré, 2000, p. 185).

4 “Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber: 1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º. 2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica; 3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira; 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras. § 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes. § 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.”

tam a tombamento os monumentos naturais, os sítios e paisagens que se devem conservar e proteger por conta da *feição notável* com que tenham sido dotados pela natureza ou pelo ser humano. Estes bens são os que possuem, no sistema jurídico brasileiro, mais meios de proteção, em razão da especial atenção que atualmente o meio ambiente tem recebido.

De fato, por meio da teoria do diálogo das fontes⁵, é possível que normas protetivas do meio ambiente natural sejam utilizadas na proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Aliás, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que se ocupa dos crimes ambientais, prevê nos artigos 62 a 65, crimes contra o patrimônio cultural.

A aplicação de normas protetivas do meio ambiente ao patrimônio histórico e artístico é corroborada pelo conceito jurídico de meio ambiente⁶. Celso Antônio Pacheco Fiorillo informa que

[...] o meio ambiente possui, pelo próprio conceito desenvolvido na Lei 6.938/81, integrado ao art. 225 da Constituição Federal, uma conotação multifacetária, porquanto o objeto de proteção verifica-se em pelo menos quatro aspectos distintos (meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho), os quais preenchem o conceito da sadia qualidade de vida.

Ao se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado com a qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo (Fiorillo, 2001, p. 179)

5 “A primeira justificativa que pode surgir para a sua aplicação do diálogo das fontes refere-se à sua funcionalidade. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um *Big Bang legislativo* como já denominou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desorientado. O *diálogo das fontes* serve como leme nessa tempestade de complexidade” (Tartuce, 2007, p. 85-86).

6 “A visão holística do meio ambiente leva-nos à consideração do seu caráter social, uma vez definido constitucionalmente como bem de uso comum do povo, caráter ao mesmo tempo histórico, porquanto o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo” (Milaré, 2000, p. 183).

Também Luís Paulo Sirvinskas (2002, p. 25) explica que o meio ambiente cultural “integra os bens de natureza material e imaterial, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (arts. 215 e 216 da CF)”.

A partir do conceito, portanto, de meio ambiente cultural, o patrimônio histórico e artístico se abriga sob o manto protetor do arcabouço jurídico de todo o Direito Ambiental, ressalvadas, naturalmente, as adaptações que precisam ser feitas em alguns institutos por conta das especificidades dos bens e valores históricos e artísticos.

Caberia até mesmo discutir, o que não é o objetivo deste trabalho, se haveria um Direito Cultural como ramo autônomo da ciência jurídica, ou se ele é apenas um capítulo do Direito Ambiental ou do Direito Administrativo.

2.2 Conceito constitucional

A primeira referência no texto constitucional ao patrimônio histórico e cultural encontra-se no art. 5º, inciso LXXIII, que prevê a ação popular. Nota-se uma primeira diferença em relação ao Decreto-lei 25/37: a Constituição Federal de 1988 (CF/88) aborda patrimônio histórico e cultural, e não mais patrimônio histórico e artístico nacional. Esta previsão constitucional apresenta patrimônio histórico como categoria distinta de patrimônio cultural.

O artigo 20 da CF/88 declara que são bens da União Federal as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos. Como bens públicos, estes lugares, e os bens neles encontrados, serão tombados de ofício.

Na repartição de competências legislativas (art. 24), a Constituição incumbiu concorrentemente à União, Estados e Distrito

Federal, legislar sobre: “VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;” e “VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”. Este último inciso complementa o §4º do art. 216 (“Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”).

Em matéria administrativa⁷, os Municípios foram incluídos no dever de proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural (artigos 23 e 30 da CF/88).

O citado art. 24, no inciso VII, diferencia patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. O inciso VIII do mesmo artigo, valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Os incisos III e IV do art. 23, CF/88, discriminam valor histórico, artístico e cultural, e o inciso IX do art. 30, CF/88, patrimônio histórico-cultural.

A distinção entre estas categorias não é fácil porque, muitas vezes, elas se sobrepõem. O art. 216⁸ da CF/88, por exemplo, ao conceituar patrimônio cultural brasileiro refere-se a valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Na verdade, a Constituição ora diferencia, ora sobrepõe ou identifica estes conceitos, almejando a um conceito abrangente.

Já em âmbito infraconstitucional, além do Decreto-lei 25/37, existe um certo número de leis que protegem bens e valores específicos,

7 Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (1999, p. 234) destacam que “na tutela jurídica da competência material e legislativa, a CF, evidenciou de forma clara a sua preocupação com o meio ambiente cultural ao dar necessária amplitude de tratamento ao tema. Aliás, nem poderia ser diferente face a dimensão continental do nosso País, verdadeiro repositório de múltiplos aspectos culturais, que merecem uma atenção específica do Poder Público em todas as suas esferas, justamente para que se consiga trazer efetividade na conservação do nosso patrimônio cultural”.

8 “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

o que demonstra o caráter fragmentário da proteção que consiste na seleção de apenas alguns bens e valores para proteger.

A sobreposição de conceitos, que também ocorre em nível infra-constitucional, gera sobreposição de meios protetivos. Isto, associado ao caráter fragmentário da proteção, faz com que alguns bens e valores sejam superprotegidos, enquanto outros não tenham proteção alguma.

O patrimônio histórico e artístico nacional carece de uma legislação abrangente que o proteja como um todo. É preciso haver uma consolidação da multiplicidade de leis, ou a edição de uma só lei. Está evidente a necessidade de se passar do modelo de proteção fragmentário, insuficiente e deficitário, para um modelo de proteção global tal como desejado pelo constituinte.

2.3 Categorias de patrimônio protegido

a) *histórico*: bem ou valor vinculado a fato(s) memorável(is) da história do Brasil, o que, na prática, significa qualquer bem notável pela sua antiguidade, isto é, que tenha sobrevivido ao decurso do tempo, conforme explicado anteriormente.

b) *artístico*: bens que não são fabricados em linhas de produção, mas com arte, isto é, contendo traços de subjetividade do seu autor e, por isto, são únicos. Podem ser históricos ou não.

c) *estético*: bens que servem para enfeitar ou adornar um lugar. Podem ser artísticos ou não. Mesmo que fabricados em massa, sem individualidade, são protegidos porque compõem um arranjo maior, como, por exemplo, os postes que adornam um jardim ou uma praça. Um monumento pode ser patrimônio histórico e/ou artístico e/ou estético.

d) *turístico*: bens que atraem turistas. Podem ser históricos, artísticos, paisagísticos, estéticos, etc. O que define um bem como turístico é a incursão de pessoas. São protegidos pela lei 6.513, de 20/12/1977, cujo artigo 1º já expressa a sobreposição acima referida.

e) *paisagístico*: que compõe paisagens naturais ou construídas pelo homem.

f) *arquitetônico*: relacionado ao estilo ou modelos de edificações, não necessariamente históricas.

g) *arqueológico*: relacionado a escavações de vestígios humanos de outras eras.

h) *etnográfico*: relativo à identidade, ação e memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

i) *bibliográfico*: relativo à produção escrita. Com relação aos documentos públicos, a Constituição Federal de 1988 prevê no §2º do art. 216 que “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

j) *paleontológico*: relacionado a escavações de vestígios de seres vivos, excluídos os humanos, de outras eras.

k) *ecológico*: bens ligados ao meio ambiente natural.

l) *científico*: bens relacionados à ciência, abrangendo tanto os bens utilizados nas pesquisas científicas quanto os que resultam delas.

m) *tecnológico*: bens relacionados aos avanços da tecnologia, isto é, as utilidades geradas para os seres humanos.

n) *numismático*: moedas, cédulas, medalhas etc.

o) *religioso*: relacionado à religião, podendo ser citados os templos, estátuas, imagens, objetos, mobiliário, símbolos, escritas, músicas, liturgias e rituais, vestes e paramentos etc., como exemplos. A lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no capítulo que trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, enumera valor religioso e monumental nos artigos 63 e 64⁹.

p) *monumental*: relacionado a monumentos.

⁹ Também a doutrina reconhece que se encaixam, “nesse contexto cultural, atividades como a música, as religiões, a literatura, o teatro, a dança, entre tantas outras manifestações culturais existentes” (Trennepohl, 2007, p. 28).

q) *ferroviário*: o art. 9º¹⁰ da lei 11.483, de 31 de maio de 2007, estabeleceu que o IPHAN deve receber, administrar, guardar e manter os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural oriundos da extinta Rede Ferroviária Federal S.A.

r) *espeleológico*: Edis Milaré (2000, p. 185) afirma que a lei não explicita esta categoria que se refere a grutas, cavernas e cavidades naturais análogas.

s) *cultural*: o mais amplo de todos os conceitos, que abarca inclusive bens imateriais (art. 216, CF/88). São bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Exatamente porque o conceito de patrimônio cultural é o mais amplo que costumam ser reunidos todos os conceitos acima sob a designação de patrimônio cultural e o ramo do Direito encarregado da sua proteção de Direito Cultural.

A Constituição Federal (art. 216, §1º) estabelece que a proteção do patrimônio cultural será feita com a colaboração da comunidade e inclui inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acatamento e preservação.

Os mecanismos constitucionais de proteção são mais numerosos¹¹, apesar de alguns deles já figurarem entre os efeitos do tombamento. A legislação específica, que protege bens específicos, também possui institutos similares aos do Decreto-lei 25/37.

10 "Art. 9º Caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção. § 1º Caso o bem seja classificado como operacional, o IPHAN deverá garantir seu compartilhamento para uso ferroviário. § 2º A preservação e a difusão da Memória Ferroviária constituída pelo patrimônio artístico, cultural e histórico do setor ferroviário serão promovidas mediante: I - construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos; II - conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços oriundos da extinta RFFSA. § 3º As atividades previstas no § 2º deste artigo serão financiadas, dentre outras formas, por meio de recursos captados e canalizados pelo Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC, instituído pela Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991."

11 "A variedade de instrumentos decorre da heterogeneidade dos bens protegidos" (Dantas, 2013, p. 234).

2.4 O patrimônio histórico e artístico nacional e outras leis

A lei 3.924, de 26 de julho de 1961, protege monumentos e elementos arqueológicos, pré-históricos, artísticos ou numismáticos (art. 18 e 20), vedando sua exportação (art. 20) e prevendo o instituto da apreensão para a infração desta vedação (art. 21), para escavações (art. 25) e descobertas fortuitas (art. 19) irregulares, e o instituto da desapropriação para casos excepcionais.

Estabelece o dever (restrição) de comunicação nos artigos. 4º, 11 §3º, 16 e 18, e de inspeção (restrição de vigilância) no artigo 11, §2º.

Por fim, o IPHAN poderá requerer a colaboração de órgãos federais, estaduais, municipais e de instituições especializadas para a execução da referida lei (art. 26).

A lei 4.845, de 19 de novembro de 1965, proíbe a saída do país de obras de arte e ofícios tradicionais produzidos no Brasil ou oriundos de Portugal e incorporados ao meio nacional, ou oriundos de outro país estrangeiro e que representem personalidades brasileiras ou relacionados com a História do Brasil, paisagens ou costumes do país, durante os regimes colonial e imperial (arts. 1º, 2º e 3º), ressalvado intercâmbio cultural por prazo definido (art. 4º).

O instituto do sequestro é previsto para a tentativa de exportação ilegal (art. 5º) e o da autenticação caso haja dúvida sobre a identidade das obras e objetos aos quais esta lei se refere.

A lei 5.471, de 9 de julho de 1968, proíbe a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil editadas nos séculos XVI a XIX, bem como de livros ou documentos que compõem referidos conjuntos bibliográficos, coleções de periódicos publicados há mais de dez anos e originais ou cópias antigas de partituras musicais (art. 1º), ressalvada a saída temporária de interesse cultural (art. 2º). Prevê o instituto da apreensão para a exportação irregular.

Por meio de convenção internacional, aprovada pelo decreto legislativo 74, de 30 de junho de 1977, o Brasil assumiu a obrigação de identificar e delimitar (art. 3º), identificar proteger, conservar, valorizar e transmitir às futuras gerações o patrimônio cultural e natural definido nos artigos 1º e 2º da referida convenção. Estes artigos não incluem bens móveis na definição e constituem a categoria de patrimônio universal ou mundial (arts. 6º e 7º).

A proteção nacional do patrimônio cultural e natural prevista na convenção sujeita-se à reserva do possível e inclui os deveres de dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade e integrar a proteção desse patrimônio nos programas de planificação geral, de instituir serviços de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural, de desenvolver estudos e aperfeiçoar os métodos de intervenção face aos perigos que ameaçam o patrimônio cultural ou natural, e de facilitar a formação no campo da proteção, conservação e revalorização do patrimônio cultural e estimular a pesquisa científica neste campo (art. 5º).

A proteção internacional consiste em cada Estado-Parte reconhecer que a comunidade internacional tem o dever de cooperar na proteção deste patrimônio, em comprometer-se em colaborar na identificação, proteção, conservação e valorização deste patrimônio, em não adotar medidas que coloquem em risco o patrimônio cultural e o natural situado no território de outro Estado (art. 6º) e em estabelecer um sistema de cooperação e assistência internacionais (art. 7º).

Nos artigos seguintes, a convenção cuida do funcionamento do comitê intergovernamental de proteção do patrimônio mundial cultural e natural (arts. 8º a 14), do Fundo para a proteção do patrimônio (arts. 15 a 18), das condições e modalidades da assistência internacional (arts. 19 a 26), dos programas educativos (arts. 27 a 28) etc.

A lei 6.513, de 20 de dezembro de 1977, organiza um sistema de órgãos e entidades (art. 5º e 7º, §2º), dentre eles o IPHAN, para a sua execução, isto é, a proteção de áreas e locais de interesse turístico, que podem englobar bens privados, cujos proprietários serão notificados (art. 8º).

Prevê a cooperação de entes públicos na elaboração de planos e programas que serão executados na área especial de interesse público da categoria prioritária (art. 13, §1º). Caso estes planos e programas não sejam aprovados pelo CNTur (Conselho Nacional de Turismo) no prazo previsto no ato declaratório, a declaração de área especial de interesse turístico caducará (art. 13, §4º).

Além da ação penal cabível, a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração, ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte, das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico, sujeitam o infrator às penalidades de multa, interdição de atividade ou de utilização, embargo de obra, obrigação de reparar e restaurar os danos e de demolir construção ou remover objeto que interfira com os entornos de proteção e ambientação do Local de Interesse Turístico (art. 24).

A lei 8.394, de 30 de dezembro de 1991, prevê um sistema de acervos documentais privados dos presidentes da República (art. 2º), que contará com a participação de vários órgãos e entes públicos (art. 5º), incluindo o IPHAN (antigo IBPC – Instituto Brasileiro de Patrimônio Cultural¹²) e, mediante acordo, de entes e pessoas privadas (art. 1º, parágrafo único).

A lei prevê a cooperação de entes públicos com entes públicos ou privados, e pessoas físicas mantenedores de acervos documentais presidenciais privados (arts. 14 e 15), estabelece direito de preferência em favor da União (art. 3º, I) e veda a sua exportação (art. 3º, II).

12 Conforme art. 6º da MP 752, de 6 de dezembro de 1994, convalidada pela lei 9.649, de 27 de maio de 1998.

A lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991, sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, considera permanentes os conjuntos de documentos de valor histórico (art. 8º, §3º) e estabelece que arquivos privados possam ser identificados pelo Poder Público como de interesse público e social quando considerados conjuntos de fontes relevantes para a história e o desenvolvimento científico nacional (art. 12).

A lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991, não estabelece institutos de proteção. Seu objetivo é captar e canalizar recursos para, dentre outras finalidades, proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional e preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro (art. 1º, IV e VI).

Os projetos culturais beneficiários desta lei devem atender a pelo menos um dos objetivos previstos nos incisos do artigo 3º, um dos quais o do inciso III, preservação e difusão do patrimônio artístico, cultural e histórico mediante construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos, e mediante conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços, inclusive naturais, tombados pelos Poderes Públicos.

A lei 8.313/91 institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) e o implementa por meio do Fundo Nacional da Cultura (FNC), do Fundo de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) e do incentivo a projetos culturais.

O FNC visa, dentre seus objetivos, a contribuir para a preservação e proteção do patrimônio cultural e histórico brasileiro (art. 4º, IV). Os projetos culturais, que serão incentivados por meio de doações e patrocínios, compreendem, entre outros, o segmento de patrimônio cultural, inclusive histórico, arquitetônico, arqueológico, bibliotecas, museus, arquivos e demais acervos

(art. 25, VII). Equipara-se também à doação despesas efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas com o objetivo de conservar, preservar ou restaurar bens de sua propriedade ou sob sua posse legítima, tombados pelo Governo Federal (art. 24, II).

Esta lei atende à prescrição do §3º do art. 216 da Constituição Federal de 1988: “A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

O artigo 3º, II, da lei 9.790, de 23 de março de 1999, estabelece a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico como um dos objetivos sociais que autorizam a qualificação de OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos.

O regime jurídico previsto para as OSCIPs na lei 13.019, de 31 de julho de 2014, visa a assegurar, dentre outras finalidades, a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial (art. 5º, X). As OSCIPs terão direito aos benefícios do art. 84-B da lei 13.019/2014 se tiverem por objetivo social, dentre outros, a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico.

Conforme artigo 2º, XII da lei 10.257, de 10 de julho de 2001, a política urbana tem, dentre outras, por diretriz geral a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

O direito de preempção, previsto na referida lei, permite ao Poder Público adquirir terreno para proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico (art. 26, VIII).

Outro instituto previsto nesta lei é a possibilidade de lei municipal autorizar a transferência do direito de construir para outro lugar ou para outra pessoa quando considerado necessário para a preservação de imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural (art. 35, II).

O patrimônio natural e cultural é questão obrigatória a ser analisada na elaboração do estudo de impacto de vizinhança (art. 37, VII). Para ampliar o seu perímetro urbano, o Município deverá elaborar projeto que contenha diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural (art. 42-B, VI).

Para a proteção do patrimônio cultural imaterial, foi celebrada em 2003, e aprovada pelo decreto legislativo 22, de 1º de fevereiro de 2006, convenção internacional com estrutura similar à da convenção aprovada pelo decreto 74/77.

A definição de patrimônio cultural imaterial (art. 2º, item 1) engloba instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais associados às práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas que lhe constituem o núcleo.

Importante destacar nesta definição que são as comunidades, os grupos e, em alguns casos, indivíduos, que reconhecem as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas como parte de seu patrimônio cultural.

Outro ponto que merece destaque é o reconhecimento do caráter dinâmico do patrimônio cultural, que se transmite de geração em geração (tradição) e é constantemente recriado.

Dentre as formas de manifestação do patrimônio cultural imaterial (art. 2º, item 2) incluem-se rituais e atos festivos. Os templos religiosos são, portanto, absorvidos pela definição 'lugares culturais associados'. Nestes lugares os indivíduos se casam, são batizados, prestam últimas homenagens aos falecidos, etc. Há uma memória também afetiva que transcende à geração presente. A própria construção do espaço é o resultado da contribuição dos ancestrais, de grau inatingível na contagem, que se conserva com os esforços da geração presente que almeja a legá-la às gerações futuras.

3. Tipos de tombamento

Tombamento¹³ é tradicionalmente definido como o procedimento administrativo pelo qual um bem é reconhecido como integrante do patrimônio histórico e artístico nacional. O ato final do procedimento, quando positivo, é o registro do bem no Livro do Tombo, por isto o nome. Entretanto, ao lado do tombamento *administrativo*, jazem os tombamentos *legislativo* e *judicial*.

O tombamento pode ser *individual* ou *conjunto*¹⁴, conforme os bens sejam inscritos separada ou conjuntamente em um dos Livros do Tombo.

O tombamento de bens públicos é *de ofício* (art. 5º). Os bens privados podem ser tombados *a pedido* do proprietário, *com a anuência* dele, ou *apesar da resistência* dele. Quando o proprietário pede ou anui, denomina-se tombamento voluntário (art. 7º). Quando o proprietário discorda, ou deixa decorrer o prazo para impugnação, o tombamento é compulsório (art. 8º).

O procedimento do tombamento compulsório está previsto no art. 9º do Decreto-Lei 25/37¹⁵. É instaurado por iniciativa do órgão com-

13 “Resulta de um procedimento administrativo complexo, de qualquer das esferas do Poder Público, por via do qual se declara ou reconhece valor cultural a bens que, por suas características especiais, passam a ser preservados no interesse de toda a coletividade. Seu fundamento, portanto, assenta-se na imperiosa necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social, como disposto nos arts. 5º, XXIII, e 170, III da Lei Básica” (Milaré, 2000, p. 187).

14 O tombamento conjunto também é chamado de tombamento geral, “aquele que incide sobre todos os bens situados num bairro ou numa cidade (exemplo: os imóveis situados nas cidades de Cachoeira e Lençóis, na Bahia, e em Ouro Preto, em Minas Gerais, são todos tombados)” (Cunha Júnior, 2007, p. 302).

15 “Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo: 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação. 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo. 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.”

petente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e concluído pela homologação do Ministro (art. 1º da lei 6.292/75).

O tombamento de bens privados também se classifica em *provisório* e *definitivo*. A finalidade da distinção é evitar que o proprietário danifique ou destrua o bem entre a ciência do início do procedimento até sua conclusão.

Assim, iniciado o procedimento com a notificação do proprietário, o bem já está provisoriamente tombado, ou seja, sujeito à mesma proteção dos bens definitivamente tombados (art. 10, parágrafo único). O tombamento definitivo se dá com a inscrição do bem no respectivo Livro do Tombo (art. 10).

Quanto à esfera governamental que tomba o bem, o tombamento pode ser *federal*, *estadual* ou *municipal*. O tombamento também pode ser cumulativo, isto é, quando o bem é tombado “por mais de um ente federativo” (Cangussu; Cabral, 2012).

4. Efeitos do tombamento

O efeito principal é a conservação do bem, isto é, sua preservação, o que significa que não poderá ser alterado ou destruído, total ou parcialmente. Caso o bem tombado seja público, ele se tornará inalienável (art. 11). Se privado, sofrerá restrições administrativas o direito de propriedade do seu titular (art. 12).

4.1 Restrições sobre bem tombado

Restrição de registro: uma vez definitivamente tombado imóvel particular, o tombamento será transcrito no livro destinado a este fim (Livro 3 – Registro Auxiliar) e será averbado ao lado da matrícula do imóvel. Caso seja alienado, o adquirente deverá,

no prazo de 30 dias, registrar a transferência no livro já especificado, sob pena de multa. Se mudar o cartório responsável pelo registro do imóvel, o proprietário deve, no prazo de 30 dias, inscrevê-lo no registro do lugar para onde foi transferido, sob pena de multa. Em ambos os casos, o adquirente e o proprietário devem comunicar o Serviço Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no prazo de 30 dias, sob pena de multa (art. 13, Decreto-lei 25/37).

Restrição de comunicação: além da comunicação abordada no tópico acima, o proprietário também deve comunicar o Serviço Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico em caso de extravio ou furto de objeto tombado no prazo de 5 dias, sob pena de multa (art. 16, Decreto-lei 25/37). O proprietário também deverá levar ao conhecimento do Serviço Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico a necessidade de obras de conservação e reparação da coisa tombada, sob pena de multa, caso não disponha de recursos para as obras. A União Federal arcará com estas obras, ou desapropriará a coisa. Caso a União se mantenha inerte, o proprietário poderá requerer que seja cancelado o tombamento do bem (art. 19, Decreto-lei 25/37).

Restrição de exportação: bem tombado está proibido de sair do país, salvo por curto período e com finalidade de intercâmbio cultural. Ante a tentativa de exportação, o bem será sequestrado, e o responsável será punido com multa, sem prejuízo da responsabilidade pelo crime de contrabando (art. 14 e art. 15, Decreto-lei 25/37). Há outras leis (lei 4845/65, lei 5471/68, etc.) com previsões similares.

Restrição de modificação: bem tombado não pode ser destruído, demolido ou mutilado, nem, sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparado, pintado ou restaurado, sob pena de multa. Se o bem for público, a multa recairá pessoalmente sobre a autoridade responsável pela infração (art. 17, Decreto-lei 25/37).

Restrição de entorno: na vizinhança de bem tombado não se pode fazer construção que impeça ou reduza a sua visibilidade, nem afixar anúncios ou cartazes, salvo prévia autorização, sob pena de desfazimento da obra, retirada dos anúncios ou cartazes, e multa (art. 18, Decreto-lei 25/37).

Restrição de vigilância: o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional realiza permanente vigilância sobre bens tombados, e poderá inspecioná-los sempre que julgar conveniente. Obstáculos à inspeção criados por proprietários ou responsáveis serão punidos com multa (art. 20, Decreto-lei 25/37).

4.2 Outras medidas de proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional previstas no Decreto-lei 25/37

Acordos entre a União e os Estados: o art. 23 do Decreto-lei 25/37 determina que o Poder Executivo providencie acordos entre a União Federal e os Estados para coordenação e desenvolvimento de atividades de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e para a uniformização da legislação estadual complementar sobre o assunto.

Manutenção de museus: para a conservação e exposição dos bens históricos e artísticos, o art. 24 do Decreto-lei 25/37 estabelece que a União Federal mantenha museus nacionais e favoreça a criação de museus estaduais e municipais com as mesmas finalidades.

Entendimento com autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas naturais ou jurídicas: o art. 25 do Decreto-lei 25/37 estipula o dever de o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional buscar entendimento com entes privados com o objetivo de obter cooperação na proteção dos bens históricos e artísticos.

Um exemplo de entendimento com autoridades eclesiásticas é o art. 6º da Concordata Brasil-Santa Sé (Decreto 7.107 de 11/02/2010:

As Altas Partes reconhecem que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, constituem parte relevante do patrimônio cultural brasileiro, e continuarão a cooperar para salvaguardar, valorizar e promover a fruição dos bens, móveis e imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de outras pessoas jurídicas eclesiásticas, que sejam considerados pelo Brasil como parte de seu patrimônio cultural e artístico.

§ 1º. A República Federativa do Brasil, em atenção ao princípio da cooperação, reconhece que a finalidade própria dos bens eclesiásticos mencionados no caput deste artigo deve ser salvaguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo de outras finalidades que possam surgir da sua natureza cultural.

§ 2º. A Igreja Católica, ciente do valor do seu patrimônio cultural, compromete-se a facilitar o acesso a ele para todos os que o queiram conhecer e estudar, salvaguardadas as suas finalidades religiosas e as exigências de sua proteção e da tutela dos arquivos.

Registro especial para negociantes de antiguidades e obras de arte e obrigação de apresentar lista de bens: os negociantes de antiguidades e obras de arte devem registrar-se no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e semestralmente apresentar lista de bens históricos e artísticos que possuírem (art. 26, Decreto-lei 25/37). Os leiloeiros, antes de ofertarem à venda bens históricos e artísticos, devem apresentar a listagem deles ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 27, Decreto-lei 25/37). Estas listas servem para dar conhecimento ao ente público da existência dos bens e, caso seja do interesse público, poder adquiri-los.

Autenticação de antiguidades e de obras de arte: uma vez comunicado da existência dos bens, o Serviço do Patrimônio Histórico

rico e Artístico Nacional, por si ou por perito designado, autenticará as antiguidades e obras de arte. Esta autenticação é requisito para os bens serem oferecidos à venda, sob pena de multa¹⁶ (art. 28 do Decreto-lei 25/37).

5. Ampliação da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional

Com a finalidade de evitar e combater o efeito antiprotetivo da legislação, o instituto jurídico do tombamento precisa ser interpretado à luz do modelo constitucional de proteção do patrimônio cultural.

5.1 Tombamento automático

A Constituição Federal de 1988, no art. 216, §5º, estabeleceu que: “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

O tombamento de referidos bens independe, portanto, do procedimento administrativo previsto no Decreto-lei 25/37, operando-se por força da própria Constituição. Este tipo de tombamento, determinado diretamente pela Constituição, ou por lei, denomina-se automático.

Existe um grupo de bens, principalmente edificações, vocacionado a ser patrimônio cultural. São prédios públicos em geral, incluindo as sedes dos Poderes, mas também bibliotecas, escolas, universidades ou hospitais, públicos ou privados, estações

16 O artigo 29 do Decreto-lei 25/37 estabelece preferência creditícia das multas impostas por violação das disposições do próprio Decreto-lei 25/37 sobre o valor obtido com a venda de bens tombados em praça pública. Apenas créditos inscritos no registro competente antes do tombamento do bem terão prioridade sobre estas multas.

ferroviárias, rodoviárias, portos, templos religiosos (igrejas, capelas, conventos, mosteiros, seminários etc.), estátuas e outros monumentos, praças, parques, jardins etc. que deveriam ser monitorados desde a construção.

A própria Constituição declara que “edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico culturais” e “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” constituem patrimônio cultural brasileiro (art. 216, IV e V).

Assim sendo, emenda à Constituição, ou lei, poderia declarar o tombamento destas categorias de bens a partir do momento que finalizada a obra. Deve-se mesmo interpretar de maneira ampliada o referido art. 216, §5º, para abranger todos aqueles bens no tombamento automático ali previsto.

Consolidada doutrina¹⁷ afirma ser possível, ao lado das vias administrativa e legislativa, o tombamento por via judicial¹⁸. Também pela via judicial seria possível estabelecer quais categorias de bens estariam automaticamente tombados.

Apenas a título de curiosidade, no projeto de lei de Jair Lins, de 1924, o tombamento compulsório, então chamado de catalogação compulsória, foi pensado para ser feito judicialmente (Telles, 2009).

17 “Pensamos que não somente por via legislativa ou por intermédio de um procedimento administrativo é possível que um bem seja tombado (inscrito no Livro do Tombo), pois também pela via jurisdicional (v.g. por via de uma ação civil pública) um determinado bem pode ter reconhecido o seu valor cultural e, portanto, por determinação judicial, obrigar que este bem seja inscrito no Livro do Tombo que lhe seja respectivo” (Fiorillo; Rodrigues, 1999, p. 235-236). “Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge de mera criação da autoridade, posto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um bem determinado pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito ‘de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico’, pode ser provado no curso de ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional” (Milaré, 2000, p. 193).

18 “Vale dizer ainda, se o tombamento por via legislativa possui um *quid* de vantagem com relação ao que for feito por via executiva, no sentido de que o primeiro só pode ser suprimido por via legislativa do ente político que o criou, quando se tratar de tombamento instituído por via jurisdicional, há um *plus* ainda maior com relação aos dois tipos mencionados que é o fato de que, em respeito a coisa julgada, nem mesmo lei posterior poderá modificar o que restar transitado em julgado, pelo que determina o artigo 5º, XXXVI da CF, que possui regime de cláusula pétreia” (Fiorillo; Rodrigues, 1999, p. 239).

Além disto, a lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no capítulo que trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, refere-se a bens protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial nos artigos 62 e 63, confirmando a possibilidade das vias legal e judicial.

Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (1999, p. 239), somente haveria tombamento provisório nas vias administrativa e judicial, esta quando determinado liminarmente.

Contudo, se a busca da via legislativa se dá exatamente para dispensar o procedimento administrativo, e, portanto, ser automático, deve-se reconhecer que a apresentação do projeto de lei, como ato público, já produza o tombamento provisório do bem, tal qual a notificação. Do contrário, o bem ficaria sujeito aos efeitos antiprotetivos até a aprovação da lei.

Na via judicial, vale o mesmo raciocínio. Se o tombamento provisório não for concedido pela via liminar, o bem ficaria desprotegido até o trânsito em julgado da decisão. Assim sendo, aplica-se o art. 10 do Decreto-lei 25/37¹⁹, por analogia, também aos tombamentos legislativo e judicial.

5.2 Tombamento retroativo

Uma vez efetuadas reformas, mutilações, deformações em bens ainda não tombados, ou se recentemente demolidos, o tombamento poderá ser realizado de forma retroativa, isto é, recair sobre o bem tal qual era antes das modificações, impondo-se o dever de restaurar ou reconstruir ao proprietário.

Por meio de fotografias, plantas e projetos, vídeos, e outros registros, é possível reconstituir o bem como era originalmente.

19 “Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo. Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.”

O tombamento provisório do art. 10 do Decreto-lei 25/37 ocorre apenas após iniciado o procedimento de tombamento pela notificação. Não protege o bem naqueles casos em que só foi detectado o interesse público na conservação quando o bem já foi descaracterizado ou recém demolido.

O instituto do embargo de obra, previsto no inciso III do art. 24 da lei 6.513/77, bem como os outros institutos previstos nos demais incisos do mesmo artigo, também são ineficazes, pois pressupõem a prévia instituição das áreas e locais de interesse turístico.

Para prevenir e remediar a ação precoce ou apressada de proprietários, ou de terceiros, em face de patrimônio cujo tombamento ainda não foi iniciado, deve-se admitir o tombamento retroativo.

Deve-se buscar no art. 4º da lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, incisos VII e VIII, por exemplo, princípios do Direito Ambiental, que se aplicam também ao patrimônio cultural. Estes princípios, chamados pela referida lei de objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, *mutatis mutandis*, seriam o da proteção e restauração do patrimônio histórico e artístico nacional com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente e o da imposição ao depredador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de referido patrimônio com fins econômicos.

Estes princípios são o fundamento do tombamento retroativo e do tombamento por réplica.

5.3 Tombamento por réplica

O Brasil é um colosso territorial, com imensas áreas despovoadas. Os municípios brasileiros, em sua maioria, possuem zonas rurais muito grandes, de tal modo que não faça sentido demolir edificações para a construção de novas no mesmo lugar.

Faria mais sentido criar novos bairros, transferir o centro econômico e político para outras regiões das cidades e consequentemente conservar o centro histórico.

O tombamento por réplica vem ao socorro daquele patrimônio histórico que já foi destruído e em seu lugar construído outro edifício, em alguns casos histórico também, ou foi aberta uma avenida ou outro aparelho urbano sobre ele.

Tendo à mão fotografias, descrições, projetos e plantas, estudos científicos etc., é possível replicar em outro lugar o bem histórico demolido há muito tempo. Se for possível reconstruir no mesmo lugar, será um tombamento retroativo. Em lugar diferente, por réplica.

Por exemplo: a primitiva igreja matriz do século XVIII foi demolida no final do século XIX para a construção da atual. A todo momento são construídas novas igrejas no Brasil. Por meio do tombamento por réplica seria, de alguma maneira, exigido da organização religiosa responsável que alguma nova igreja a ser construída fosse uma réplica daquela matriz do século XVIII demolida.

Esta exigência pode ser materializada em uma condição para aprovação do projeto e liberação do alvará de construção, ou mediante algum incentivo financeiro, por exemplo. Em último caso, o próprio Poder Público pode construir o edifício no formato do templo demolido e lhe dar outra destinação, como um centro cultural, um teatro, um auditório etc.

6. Tutela judicial do patrimônio histórico e artístico

Como bem recorda Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abella Rodrigues (1999, p. 236), a Constituição Federal de 1988 determina que deve haver colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural, mas não estabelece qual o grau desta colabo-

ração. Isto significa que a comunidade pode colaborar por meio de ações coletivas “de modo que o juiz expeça uma ordem determinando que seja *tombado* (inscrito no seu respectivo livro) um bem cultural” (Fiorillo; Rodrigues, 1999, p. 238, destaque no original).

A ação popular objetiva anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. O artigo 21 do Decreto-lei 25/37 equipara os atentados contra bens tombados, públicos ou privados, aos cometidos contra o patrimônio nacional. Para fins da ação popular, o artigo 1º da lei 4.717/65 considera patrimônio público os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico, entre outros.

A ação popular pode ter por objeto omissão do Poder Público em proteger o patrimônio cultural.

O jurista José Afonso da Silva admite o cabimento da ação popular na hipótese de omissão desde que esta enseje a produção de um evento danoso ao patrimônio público, como previsto no art. 6º da lei da ação popular. Contudo, outros entendem que não cabe o ataque à omissão através da ação popular, visto que a lei e os próprios termos da Constituição sempre se referem a ato, sendo que no art. 6º supramencionado o que se vai reparar é a lesão provocada pelo ato ocorrido, e não a omissão propriamente dita. Entendemos que se da omissão administrativa, que ocorre quando a Administração Pública deve agir e não o faz, resulta lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural há possibilidade da propositura da ação (Rodrigues, 2008, p. 282-283).

Novamente aqui deve prevalecer o texto constitucional que impõe a proteção. A literalidade do art. 6º da lei 4.717/65 e do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 devem ser lidos em conformidade com o já citado art. 216, §1º da Constituição.

A lei 7.347, de 24 de julho de 1985, ao disciplinar a ação civil pública, estabelece que se regem pelas disposições daquela lei, sem

prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ao patrimônio público e social (art. 1º, I, III, IV e VIII).

O art. 4º da mesma lei admite o ajuizamento de ação cautelar objetivando evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Conforme artigo 17-D, incluído pela lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, na lei 8.429, de 2 de junho de 1992, sobre improbidade administrativa, a ação por improbidade administrativa não pode ser ajuizada para a proteção de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, mas a *ação civil pública*.

A lei orgânica nacional do Ministério Público (lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e a lei orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993), respectivamente nos arts. 25, IV, “a e 6º, VII, “b”, estabelecem competir ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a *proteção, prevenção e reparação* dos danos causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei Complementar 75/93, no art. 37, II, estabelece que o Ministério Público Federal exercerá suas funções nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico integrantes do patrimônio nacional.

A Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, no art. 4º, X, arrola entre as funções institucionais da Defensoria Pública a ampla defesa dos direitos culturais dos necessitados, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

O artigo único do Decreto-lei 3.866, de 29 de novembro de 1941, autoriza o Presidente da República a cancelar o tombamento por motivos de interesse público. Esta norma é de constitucionalidade duvidosa²⁰, pois a preservação do patrimônio histórico e artístico não pode ficar à mercê de flutuações ideológicas ou compromissos políticos e eleitorais. A inconstitucionalidade está em deixar nas mãos de uma só pessoa a decisão sobre o interesse público na conservação. Além disto, aumentaria a procura pelo tombamento judicial, imutável com o trânsito em julgado. O destombamento deve ser, como o tombamento, um procedimento sobre o qual, sob pena de nulidade, deve ser dada ampla publicidade, e do qual devem ser cientificados a comunidade diretamente interessada, a casa legislativa correspondente, e o Ministério Público, para que possam buscar o tombamento por outra via, se for o caso.

Do mesmo modo, o §2º do art. 19 do Decreto-lei 25/37, que prevê o cancelamento do tombamento por inércia da União na realização de obras necessárias, deve ter sua constitucionalidade questionada. O proprietário que não disponha de recursos deverá propor a ação cabível, ou representar ao Ministério Público. O §1º do art. 216 da Constituição Federal de 1988 não trata o patrimônio cultural brasileiro como bem disponível, isto é, o Poder Público promoverá e protegerá este patrimônio. Carência de recursos não é, no ordenamento constitucional vigente, justificativa para cancelar a proteção de um bem tombado.

20 José dos Santos Carvalho Filho entende que “o cancelamento não resulta de avaliação discricionária da Administração; ao revés, está ela vinculada às razões que fizeram desaparecer o fundamento anterior. Assim, se o bem tombado continua a merecer proteção, não pode a Administração agir a seu exclusivo arbítrio e proceder ao destombamento, porque, assim agindo, sua conduta seria ofensiva aos mandamentos constitucionais que *impõem* (e não *facultam*) a tutela dos órgãos públicos” (Carvalho Filho, 2008, p. 715, destaque no original) e que se houvesse autorização legal para o administrador agir discricionariamente, “dificilmente se poderia considerar o dispositivo recepcionado pelo quadro constitucional que atualmente rege a matéria” (Carvalho Filho, 2008, p. 715).

7. Conclusão

O efeito antiprotetivo decorre da maneira como a legislação brasileira regulamenta os instrumentos de proteção do patrimônio cultural, sobretudo o instituto do tombamento. Como os seus efeitos estão condicionados à prévia inscrição no Livro do Tombo, a lei deixa margem para que proprietários e administradores possam demolir ou descaracterizar bens candidatos ao tombamento antes que o Poder Público inicie o procedimento.

Conforme analisado, o patrimônio cultural brasileiro é muito diversificado, existindo um grande número de leis que visam a preservá-lo. Esta pluralidade normativa cria uma proteção fragmentária, incompatível com o modelo constitucional.

Como forma de combater o efeito antiprotetivo da legislação brasileira e adequar o instrumento jurídico do tombamento à promoção e preservação do patrimônio cultural desejadas pelo constituinte, deve-se ampliar a figura do tombamento automático, e admitir os tombamentos retroativo e por réplica no sistema jurídico nacional.

Por fim, destaca-se a via judicial como importante meio de exigir do Poder Público a proteção do patrimônio histórico e artístico brasileiro, inclusive para realização dos tombamentos automático, retroativo e por réplica.

8. Referências

Cangussu, Débora Dadiani Dantas; Cabral, Bruno Fontenelle. Análise dos atuais mecanismos de proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico nacional. *Portal e-Gov UFSC*. 2012. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-dos-atuais-mecanismos-de-prote%C3%A7%C3%A3o-do-patrim%C3%B4nio-hist%C3%B3rico-cultural-art%C3%ADstico-tur%C3%ADstico>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Cunha Júnior, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2007.

Dantas, Fabiana Santos. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan): um estudo de caso em direito administrativo. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 223-243, set/dez. 2013.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco; Rodrigues, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Milaré, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Rodrigues, Geisa de Assis. Ação popular. In: Didier Júnior, Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008.

Schmitt, Fernanda. Tombamento: proteção do patrimônio histórico e artístico nacional à luz da Constituição Federal, Dec.-Lei n. 25 de 30/11/37 e Lei n. 3.924 de 20/07/61. *Portal e-Gov UFSC*. 2012. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/tombamento-prote%C3%A7%C3%A3o-do-patrim%C3%B4nio-hist%C3%B3rico-e-art%C3%ADstico-nacional-%C3%A0-luz-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-fede>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Sirvinskas, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Tartuce, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

Telles, Mário Ferreira de Pragmácio. Entre a lei e as salsichas: análise dos antecedentes do decreto-lei 25/37. *Anais do V ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2009. Disponível em: < <https://cult.ufba.br/wordpress/biblioteca/trabalhos-apresentados-no-enecult/quinta-edicao-%e2%80%93-2009/sessoes-de-trabalho-2009/>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Trennepohl, Terence Dornelles. *Fundamentos de direito ambiental*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2007.

Artigo recebido em 14/09/24.

Artigo aprovado em 31/10/24.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.535

145 - 161

Artigo

**ARQUIVAMENTO DE NOTÍCIA DE FATO
SEM CIENTIFICAÇÃO DO NOTICIANTE:
A INCONSTITUCIONALIDADE DO
“DEVER DE OFÍCIO”**

MATHEUS MUNIZ GUZZO

ARQUIVAMENTO DE NOTÍCIA DE FATO SEM CIENTIFICAÇÃO DO NOTICIANTE: A INCONSTITUCIONALIDADE DO “DEVER DE OFÍCIO”

ARCHIVING A REPORT OF FACTS WITHOUT INFORMING THE REPORTER:
THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE “DUTY OF OFFICE”

MATHEUS MUNIZ GUZZO

Assessor Jurídico

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/Brasil)

matheus.guzzo@mprj.mp.br

RESUMO: O art. 4º, § 2º, da Resolução nº 174, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público prevê que a cientificação do noticiante é facultativa no caso de a Notícia de Fato ter sido encaminhada ao Ministério Público em face de dever de ofício. A discussão é deflagrada à sombra da obscuridade do conceito de “dever de ofício”, dada a inexistência de disciplina legal ou de doutrina pacificada. A vagueza conceitual abre um campo discricionário demasiadamente amplo para que o membro do Ministério Público deixe de notificar o noticiante – que, geralmente, é a vítima abrigada sob o manto do anonimato – acerca da motivação em que se funda o arquivamento. A Constituição Federal assegura a publicidade e a motivação das decisões judiciais, o que é extensível ao Ministério Público por força da simetria. Igualmente, estudos sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos revelam o princípio da motivação e da publicidade como garantias convencionais indeclináveis. Nesse contexto, o Conselho Nacional do Ministério Público, aligerado no acesso à justiça, no tratamento equitativo e no direito à informação sobre os próprios direitos, vem recolocando a vítima em posição de proeminência no trato judiciário, dedicando ao Ministério Público o mister de velar por suas garantias. Assim, o presente estudo sugere a inconstitucionalidade e a inconveniência da previsão normativa que autoriza a dispensa da cientificação – por violação à publicidade e à motivação dos atos ministeriais – e propõe medidas para a efetivação dos direitos dos interessados e para a cessação do vício da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Notícia de fato; arquivamento; dever de ofício; inconstitucionalidade; vítimas.

ABSTRACT: Article 4, § 2 of Resolution No. 174/2017 of the National Council of the Public Prosecutor’s Office provides that notification of the complainant (reporter) is optional when the Fact Report has been forwarded to the Public Prosecutor’s Office by virtue of official duty. The discussion arises from the ambiguity surrounding the concept of “duty of office”, due to the absence of legal definition or a settled doctrinal understanding of the term. This conceptual vagueness creates an excessively broad discretionary space, allowing a member of the Public Prosecutor’s Office to refrain from notifying the complainant regarding the justification for the archiving of the Fact Report. The Federal Constitution guarantees the publicity and reasoning of judicial decisions, a principle which extends to the Public Prosecutor’s Office by institutional symmetry. Likewise, studies on the American Convention on Human Rights identify the principles of motivation and publicity as an inescapable conventional guarantee. In this context, the National Council of the Public Prosecutor’s Office, grounded in the principles of access to justice, equitable treatment, and the right to information regarding one’s rights, among others, has increasingly placed the victim in a central position in the judicial process, assigning to the Public Prosecutor’s Office the duty of ensuring such guarantees. Thus, the present study argues the unconstitutionality and unconventionality of the provision that authorizes the exemption from notification, on the grounds that it violates the principles of publicity and motivation of prosecutorial acts. It further suggests measures to enforce the rights of interested parties and to eliminate the normative defect.

KEYWORDS: Report of facts; archiving; duty of office; unconstitutionality; victims.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Notícia de Fato e o arquivamento com base no dever de ofício. 2.1. Os princípios da motivação e da publicidade dos atos ministeriais, sob perspectivas constitucionais e convencionais. 2.2. A vítima e a ressignificação do seu papel. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

Na rotina das Promotorias e Procuradorias de Justiça, diariamente chegam ao conhecimento dos membros Notícias de Fato, noticiando as mais diversas formas de ilegalidade e de violação de direitos. São as Ouvidorias do Ministério Público, geralmente, a porta de entrada e o canal de acesso dos cidadãos ao sistema de Justiça, especialmente à instituição constitucionalmente vocacionada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹.

As Ouvidorias representam um canal direto e desburocratizado dos cidadãos, dos servidores e dos membros com a instituição, com o objetivo de dar efetividade, manter e aprimorar um padrão de excelência nos serviços e nas atividades públicas (art. 2º, Res. CNMP nº 95/2013).

As Ouvidorias permitem o acesso da população, inclusive por meio do anonimato², garantindo que o temor de ingerências públicas e privadas não sirva como barreira à notificação do poder público acerca de irregularidades conhecidas por aqueles que percebem, na ponta, o desalinho de práticas ilícitas.

Esse anonimato inicial, entretanto, não simboliza o desinteresse consequente daquele que noticiou um fato. Em geral, o interesse permanece acompanhando o desenvolvimento da investigação confiada ao Ministério Público, ainda que amparado pelo desconhecimento do seu nome. O noticiante tem interesse direto na solução do fato, rogando por uma resposta estatal que satisfaça a dúvida sobre a irregularidade, ou não, daquela notícia registrada.

1 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Brasil, 2016).

2 Art. 6º, parágrafo único. Diante do poder-dever da administração pública em controlar a legalidade e moralidade dos seus atos, as informações que, apesar de anônimas, interessarem ao Ministério Público, serão registradas e será dado conhecimento ao órgão respectivo, quando dotadas de plausibilidade (Conselho Nacional do Ministério Público, 2013).

Contudo, não raramente, Notícias de Fato são arquivadas “no âmbito interno” sem a notificação do comunicante, direta ou indiretamente, sob o argumento de se tratar de “dever de ofício”, ou pior ainda, sem qualquer especificação sobre a publicidade da manifestação de arquivamento.

A vagueza do conceito de *dever de ofício* e, com isso, a ampla abertura argumentativa para a determinação de arquivamentos sem qualquer publicização, fulmina o direito do noticiante – que não raras vezes é a própria vítima do fato – de conhecer o deslinde da investigação e até de se insurgir contra o resultado.

É preciso reconhecer que o anonimato não constitui fundamento suficiente para tal postura obscura do responsável pela investigação, notadamente em razão da existência de mecanismos modernos e eficazes para aclarar o que essencialmente deve ser público.

2. A Notícia de Fato e o arquivamento com base no dever de ofício

O Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP editou a Resolução nº 174, de 2017, disciplinando a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados.

O artigo 1º da referida resolução descreve, com clareza, o conceito desse instrumento:

Art. 1º A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações (Conselho Nacional do Ministério Público, 2017).

Percebe-se que a Notícia de Fato é um importante mecanismo de deflagração da atividade ministerial, por ser “qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim”.

Na prática, toda comunicação documentada que chega ao conhecimento do membro deve ser registrada como Notícia de Fato, a fim de se viabilizar a formalização daquela notícia e, a partir disso, submetê-la ao rito de tramitação da investigação sumária.

A Notícia de Fato deve ser apreciada no prazo de trinta dias, a contar do seu recebimento, prorrogável uma vez, fundamentalmente, por até noventa dias (art. 3º da Resolução CNMP nº 174/2017). Se se entender pelo arquivamento, em razão de o fato narrado já ter sido objeto de investigação ou de ação judicial, ou de já se encontrar solucionado, ou se a lesão ao bem jurídico tutelado for manifestamente insignificante, ou, ainda, se a Notícia de Fato for desprovida de elementos de prova ou de informação mínimos para o início de uma apuração (art. 4º da Resolução CNMP nº 174/2017), dispõe a Resolução que “[o] noticiante será cientificado da decisão de arquivamento preferencialmente por correio eletrônico, cabendo recurso no prazo de 10 (dez) dias” (§ 1º).

Entretanto, a Resolução nº 174/2017 incorre em grave incompletude ao descortinar a via do arquivamento sem cientificação do noticiante quando se tratar de *dever de ofício*:

Art. 4º. ° A Notícia de Fato será arquivada quando:

[...]

§ 2º A cientificação é facultativa no caso de a Notícia de Fato ter sido encaminhada ao Ministério Público em face de dever de ofício (Conselho Nacional do Ministério Público, 2017).

A ideia de um *dever de ofício* parece perpassar as atribuições típicas do Ministério Público, notadamente as funções constitucionalmente consagradas (art. 129 da CF/1988), bem como aquelas de-

finidas na Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625, de 1993), na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75, de 1993) e nas Leis Complementares estaduais, além das previsões na legislação esparsa, como a notável legitimidade para a propositura de ação civil pública³.

É viável, ainda, cogitar-se de um *dever de ofício* decorrente da comunicação oficial de órgãos e entidades públicas diante da evidente atribuição do Ministério Público para intervir em dada matéria.

Nessa linha de raciocínio, não é demasiado afirmar que toda atividade do Ministério Público decorre do dever de seu ofício. Afinal, fosse de outra maneira, exorbitar-se-ia do seu campo de atividade, incorrendo em usurpação de atribuição ou competência.

A despeito disso, em pesquisas feitas nos sítios eletrônicos dos Ministérios Públicos, nota-se a existência de diversos arquivamentos realizados sem a cientificação dos comunicantes, mesmo em casos de noticiantes nominados.

No âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), já se arquivou procedimento administrativo instaurado a partir de recebimento de relatório de abordagem social, realizado por equipe do CREAS, contendo informações sobre núcleo familiar determinado. Da manifestação de arquivamento consta a seguinte ementa:

EMENTA: Procedimento instaurado para apurar suposta violação aos direitos fundamentais de criança/ adolescente. Enunciados nº 18/2007 e 42/2013: Infância. Tutela Individual. Atuação do Conselho Tutelar. Atribuição do Conselho Tutelar para a aplicação de medidas protetivas. Judicialização do caso. Desnecessidade de acompanhamento do caso pelo Ministério Público (Ministério Público do Rio de Janeiro, 2023).

3 Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; [...] (Brasil, 1985).

Sem pretensão de abordar o acerto, ou não, da manifestação – acobertada pela *independência funcional* –, vê-se que houve a dispensa de cientificação com base no dever de ofício e com fundamento no art. 6º, § 4º, da Resolução GPGJ nº 2.227/2018, c/c o art. 4º, § 2º, da Resolução CNMP nº 174/2017.

Registre-se que, malgrado o fundamento invocado para não notificar o interessado direto (equipe do CREAS ou mesmo o núcleo familiar vulnerabilizado), o membro zelou pela disponibilização eletrônica da manifestação, o que é de louvor.

Em outro procedimento instaurado no âmbito do MPRJ para fiscalizar a atuação dos conselheiros tutelares do Conselho Tutelar, igualmente consignou-se a dispensa da necessidade de notificação do noticiante “em face de dever de ofício” (Ministério Público do Rio de Janeiro, 2024), conquanto possível – e recomendável – a cientificação do colegiado sobre tal deslinde.

Contudo, a cifra oculta de procedimentos arquivados no âmbito interno dos órgãos de execução, sob o manto do *ofício*, supera sobremaneira o que é publicizado na prática da instituição.

Nesse cenário, ainda que se conhecesse do conceito de *dever de ofício*, a manutenção do permissivo normativo ofende, como se examinará a seguir, a motivação e a publicidade da atividade-fim do Ministério Público, perpetuando aspectos de obscuridade na relevante atribuição moderna de zelar pelos direitos das vítimas e dos interessados em geral.

2.1 Os princípios da motivação e da publicidade dos atos ministeriais, sob perspectivas constitucionais e convencionais

O princípio da motivação exsurge como uma verdadeira garantia pública quanto às razões que levaram o julgador a adotar determinada tese fundante de sua decisão, enquanto o princípio da

publicidade se associa de modo a tornar sindicáveis e impugnáveis aqueles fundamentos motivadores.

Sobre o tema, é valiosa a nota de Gilmar Ferreira Mendes:

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX). E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas (Mendes; Branco, 2017, p. 425).

Há muito se sabe que os princípios da motivação e da publicidade dos atos judiciais, insculpidos no art. 93, IX, da CF/1988⁴, são extensíveis ao Ministério Público por força do § 4º do art. 129 da Constituição Federal⁵. Cuida-se do *princípio da simetria* entre a Magistratura e o Ministério Público, reconhecido pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (Conselho Nacional de Justiça, 2011).

Nessa perspectiva, em 2023, o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) aprovou, por unanimidade, proposta de resolução que dispõe sobre a equiparação constitucional entre direitos e deveres do Ministério Público e da Magistratura. De acordo com o projeto, os direitos e deveres validamente atribuídos aos membros do Ministério Público e da Magistratura aplicam-se aos integrantes de ambas as carreiras, no que couber (Plenário [...], 2023).

⁴ Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Brasil, 2016).

⁵ Art. 129, § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93 (Brasil, 2016).

Nota-se que a motivação e a publicidade dos atos praticados pelo Ministério Público são essencialmente deveres dos membros e garantias dos jurisdicionados, não havendo exceção que autorize postura incompatível com o direito de obter informação sobre uma notícia de irregularidade apresentada ao poder público, ou que revista a decisão de uma autoridade como se fora impassível de insurgência.

Todavia, isso não é o que ocorre com a Notícia de Fato arquivada “no âmbito interno” de Promotorias de Justiça sem a cientificação dos interessados, com arrimo no art. 4º, § 2º, da Resolução CNMP nº 174/2017.

Analisando o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Vitor Fonsêca, em importante estudo sobre a fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos, destaca três casos examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que envolveram a temática da fundamentação:

Em casos penais, como o Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, a CorteIDH sustenta que a fundamentação da decisão judicial “é a exteriorização da justificação racional que permite chegar a uma conclusão”. Por isso, a CorteIDH espera que os argumentos oferecidos pelas partes - como alguém que pretende restabelecer sua liberdade após decisão por sua prisão -, sejam considerados na resposta obtida pelas autoridades judiciais competentes. Para a CorteIDH, espera-se que a decisão judicial não seja arbitrária⁵ e que o conjunto de provas tenha sido analisado rigorosamente.

No Caso García Ibarra e outros vs. Equador, a CorteIDH defendeu que “uma exposição clara de uma decisão constitui parte essencial de uma correta motivação de uma decisão judicial”. Para a CorteIDH, fundamentação deve ser entendida como “a justificação motivada que permite chegar a uma conclusão”. Por isso, o dever de motivar as decisões judiciais é uma garantia vinculada à correta administração da justiça, “que outorga credibilidade às decisões judiciais no marco de uma sociedade democrática”. Em resumo: “as decisões que adotem os órgãos internos que podem afetar direitos humanos devem estar devidamente fundamentadas, pois, do contrário, seriam decisões arbitrárias”.

Em 2005, a CorteIDH analisou o famoso Caso Yatama vs. Nicarágua. Nesse caso, discutia-se a questão do exercício dos direitos políticos por parte de membros de comunidades indígenas (Yatama). O Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua negou a inscrição de indígenas como candidatos e lhes impossibilitou a eleição para cargos públicos. A CorteIDH considerou que a lei de Nicarágua considerava as decisões do órgão eleitoral com natureza materialmente constitucional e como “última instância”. Por isso, entendeu que também o órgão eleitoral deveria respeitar a necessidade de uma decisão fundamentada, pois decisões que adotem os órgãos internos que possam afetar direitos humanos (inclusive órgãos eleitorais), tal como o direito à participação política, “devem estar devidamente fundamentadas, pois do contrário seriam decisões arbitrárias” (Fonsêca, 2022, p. 1.468).

Vê-se que a preocupação com decisões arbitrárias é uma constante na Corte IDH, especialmente por envolver aspectos de autoritarismo e, como tal, a vedação ao debate argumentativo.

Vale reforçar que o reconhecimento do dever ministerial de motivar e publicizar suas decisões, como reflexo do dever jurisdicional, decorre, também, do princípio da *força normativa da Constituição*, que orienta o predomínio da interpretação que confira maior efetividade à Constituição:

na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, [deve] ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima (Hesse, 1998, p. 68).

2.2 A vítima e a ressignificação do seu papel

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a macrovitimização decorrente do Holocausto, a comunidade científica passou a se dedicar de modo sistemático ao estudo do ofendido, iniciando-se a era da revalorização ou redescobrimto da vítima (Gangoni, 2018).

Essa nova geração, que reposiciona a vítima em seu lugar de proeminência, garante direitos que traduzem a efetiva participação no processo, desde a possibilidade de noticiar crimes, infrações e irregularidades, até de acompanhar o andamento de processos e procedimentos e impugnar decisões que contrariem seu legítimo interesse.

A Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 29 de novembro de 1985, por meio da Resolução nº 40/34, destaca:

[...]

Acesso à justiça e tratamento equitativo

[...]

5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

A capacidade do aparelho judiciário e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

a) Informando as vítimas da sua função e das possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas, especialmente quando se trate de crimes graves e quando tenham pedido essas informações;

b) Permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país;

c) Prestando às vítimas a assistência adequada ao longo de todo o processo;

d) Tomando medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias;

e) Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indenização às vítimas.

7. Os meios extrajudiciários de solução de diferendos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, devem ser utilizados, quando se revelem adequados, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas (Organização das Nações Unidas, 1984).

O direito à informação é, portanto, reverenciado pelo sistema global de Direitos Humanos como veículo de efetivo acesso à justiça, não havendo nenhuma exceção justificável que afaste a garantia de recursos e o andamento de processos, especialmente “quando [vítimas] tenham pedido essas informações”.

Não por outra razão, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021, assegurando às vítimas o acesso à informação, à comunicação, participação, verdade, justiça, diligência devida, segurança, apoio, tratamento profissional individualizado e não discriminatório, proteção física, patrimonial, psicológica e de dados pessoais, participação e reparação dos danos materiais, morais e simbólica, suportados em decorrência do fato vitimizante (art. 1º).

A Resolução ainda dispõe que o Ministério Público deverá zelar para que as vítimas tenham participação efetiva na fase de investigação e no processo, seja por meio da materialização dos direitos de serem ouvidas, de terem seus bens restituídos, de apresentarem elementos de prova, de serem comunicadas sobre decisões no curso do processo, notadamente acerca do ingresso e saída do autor do fato da prisão, caso assim manifestem interesse, entre outras formas de participação (art. 8º).

Essa é a mesma exegese que levou à alteração do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, para prever a obrigatoriedade de o Ministério Público comunicar à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhar os autos para a instância de revisão ministerial, para fins de homologação no caso de arquivamento de inquérito ou de “elementos informativos da mesma natureza”⁶.

O rito processual penal ainda prevê que se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de trinta dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Comentando a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305-DF, é interessante a observação de Guilherme Câmara:

De outro giro, consoante já referido, o *caput* do artigo 28 do CPP também estabelece obrigação de o MP comunicar à vítima a decisão de arquivamento da investigação criminal (inquérito policial, PIC). Bem, não se pode duvidar tratar-se de previsão que reconhece, em boa medida, que a vítima de crime não pode permanecer como “figura olvidada do processo penal”. Bastante pertinente, portanto, o novel dispositivo legal, principalmente porque a vítima não possuía voz alguma no referente ao arquivamento de investigação criminal, e a decisão que homologava o ato de arquivamento era, à mínima de permissivo legal, simplesmente *irrecorrível* (Câmara, 2024).

Como delineado acima, geralmente a vítima é a real comunicante de uma Notícia de Fato protocolada no Ministério Público,

6 Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial (Brasil, 2019).

valendo-se, porém, da garantia do anonimato por diversos fatores que não se pretende abordar neste estudo. Mesmo anônima, permanece interessada no deslinde do caso, seja para satisfazer sua pretensão a partir da conclusão alcançada, seja para impugná-la, exercendo o direito ao duplo grau.

No entanto, arquivamentos feitos sem a cientificação do interessado – vítima ou não – fulminam a publicidade do ato e obstam o conhecimento da motivação, revestindo a decisão de pulsante insindicabilidade inconstitucional e inconvenção.

3. Conclusão

O arquivamento de Notícia de Fato sem a cientificação do comunicante, com base no art. 4º, § 2º, da Resolução nº 174, de 2017, do CNMP, destoam do arranjo constitucional e convencional. Decisões de arquivamento que não permitem o conhecimento público da motivação e não conferem um grau mínimo de publicidade equiparam-se a anomalias jurídicas que devem ser expurgadas do ordenamento, sob pena de grave violação à garantia constitucional da motivação e da publicidade (art. 93, IX, c/c art. 129, § 4º, CF/88) e a direito humano fundamental (art. 8º, CADH).

Nesse contexto, a vítima de evento criminal, cível ou administrativo, seja amparada pelo anonimato ou identificada, tem o direito à informação sobre a notícia apresentada ao Ministério Público, desde o protocolo do procedimento até a conclusão da investigação, inclusive podendo materializar eventual inconformismo. Contra essa garantia não há exceção.

Nota-se que o dispositivo atacado confere uma faculdade ao membro no momento da conclusão pelo arquivamento do procedimento. Assim, a fim de evitar a perpetuação da violação massiva ao direito, e a par das vias de controle de constitucionalidade,

dade e convencionalidade, sugere-se a cientificação a qualquer comunicante de todas as Notícias de Fato que chegarem ao conhecimento do Ministério Público.

Na hipótese de anonimato, a decisão de arquivamento deve ser publicada na imprensa oficial e, se possível, no quadro de aviso próprio na sede da Promotoria ou da Procuradoria de Justiça, permitindo o conhecimento, ainda que indireto, do teor manifestação.

Há de ser garantido, igualmente, prazo para impugnação, adotando-se o prazo de dez dias previsto no § 1º do artigo 4º⁷ da Resolução CNMP nº 174/2017, inclusive com viabilidade do efeito iterativo⁸ previsto no § 3º⁹ em todos os casos de arquivamento de Notícia de Fato, frise-se: nominado, ou não, o comunicante; e por força do *dever de ofício*, ou não.

4. Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.625%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201993.&text=Institui%20a%20Lei%20Org%C3%A2nica%20Nacional,Estados%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 24 set. 2024.

7 § 1º O noticiante será cientificado da decisão de arquivamento preferencialmente por correio eletrônico, cabendo recurso no prazo de 10 (dez) dias.

8 Também chamado de efeito regressivo, viabiliza a retratação do órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida.

9 § 3º O recurso será protocolado na secretaria do órgão que a arquivou e juntado à Notícia de Fato, que deverá ser remetida, no prazo de três dias, ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, para apreciação, caso não haja reconsideração.

**Arquivamento de notícia de fato sem cientificação do noticiante:
a inconstitucionalidade do “dever de ofício”**

Matheus Muniz Guzzo

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 24 set. 2024.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Homologação do arquivamento da investigação criminal pelo Ministério Público*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-23/homologacao-do-arquivamento-da-investigacao-criminal-pelo-ministerio-publico/> Acesso em: 29 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 133, de 21 de junho de 2011*. Dispõe sobre a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado014124202007095f0675c4a0c72.pdf>. Acesso em: 25 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 95, de 22 de maio de 2013*. Dispõe sobre as atribuições das ouvidorias dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0951.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017*. Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu-174-1.pdf>. Acesso em: 25 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021*. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/2021/Resolu-243-2021.pdf>. Acesso em: 25 set. 2024.

FONSÊCA, Vitor. A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489 §1º do CPC a partir da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 1, p. 1466-1489, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59119/40746>. Acesso em: 24 set. 2024.

GANGONI, B. C. A Reparação do Dano Material e Moral à Vítima da Criminalidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 70, p. 37-81, out./dez. 2018.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO. Procedimento Administrativo n. 05.22.0010.0090162/2022-77. Promoção de Arquivamento PA 10/22 - MPRJ 2021.00742507. Rio de Janeiro, 8 mar. 2023. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1146602/promocaodearquivamento_pa10_22.pdf. Acesso em: 24 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO. Procedimento Administrativo nº 05.22.0010.0001863/2023-81. Promoção de Arquivamento Documento id. 01608133. 6ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital. Rio de Janeiro, 15 fev. 2024. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1146602/01608133_promocaodearquivamento1.pdf. Acesso em: 24 set. 2024.

Artigo

**Arquivamento de notícia de fato sem cientificação do noticiante:
a inconstitucionalidade do “dever de ofício”**

Matheus Muniz Guzzo

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração nº 40/34. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, 29 nov. 1985. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 24 set. 2024.

PLENÁRIO do CNMP aprova proposta de resolução que dispõe sobre equiparação constitucional de direitos e deveres do Ministério Público e da Magistratura. *Conselho Nacional do Ministério Público*. 24 out. 2023. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/16999-plenario-do-cnmp-aprova-proposta-de-resolucao-que-dispoe-sobre-equiparacao-constitucional-de-direitos-e-deveres-do-ministerio-publico-e-da-magistratura.%20Acesso%20em:%2025%20set.%202024>. Acesso em: 24 set. 2024.

Artigo recebido em 04/10/24.

Artigo aprovado em 25/09/25.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.536

162 - 177

Artigo

**A EXIGÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO
PARA CONFIGURAÇÃO
DO ATO DE IMPROBIDADE
E A TUTELA CONSTITUCIONAL
DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA**

PAULO CESAR FERREIRA AYRES JÚNIOR

A EXIGÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE REQUIREMENT OF SPECIFIC INTENT TO CONSTITUTE AN ACT OF IMPROBITY AND THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF ADMINISTRATIVE PROBITY

PAULO CESAR FERREIRA AYRES JÚNIOR

Mestre em Direito

Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

pauloayres@mpmg.mp.br

RESUMO: Propõe-se desvelar se a exigência do elemento subjetivo doloso e com o fim especial de agir, em razão da modificação da Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21, comprometeu a tutela constitucional da probidade administrativa no Brasil. Desde a entrada em vigor da Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, a jurisprudência se posicionou pela punição da conduta culposa grave e daquela causada por dolo genérico além da dolosa. Com o fim da possibilidade de punição por condutas culposas, há a necessidade de análise de uma eventual impunidade, o que coloca em risco a tutela constitucional da probidade administrativa. Conclui-se para desvelar se o núcleo da mudança quanto ao elemento subjetivo causou risco à tutela da probidade administrativa tão desejada pelos administrados e insculpida expressamente no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil. O método utilizado é o fenomenológico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; improbidade administrativa; dolo específico; tutela constitucional.

ABSTRACT: This paper aims to find out whether the requirement of the subjective element of willful misconduct, with the special purpose of acting, due to the amendment of Law n. 8.429/92 by Law n. 14.230/21, has been detrimental to the constitutional protection of administrative probity in Brazil. Since the Administrative Improbity Law came into force in 1992, case law has taken the position that serious culpable conduct and conduct caused by generic intent should be punished in addition to intentional conduct. With the end of the possibility of punishment for culpable conduct, there is a need to analyze possible impunity, which puts the constitutional protection of administrative probity at risk. The conclusion is to reveal whether the core of the change in the subjective element has caused a risk to the protection of administrative probity, which is so desired by the administrators and expressly enshrined in article 37 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The method used is phenomenological.

KEYWORDS: Law; administrative improbity; specific intent; constitutional protection.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Improbidade administrativa e o elemento subjetivo. 2.1. A corrupção administrativa. 2.2. O elemento subjetivo da conduta. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe no *caput* do artigo 37, os princípios constitucionais da administração pública no Brasil, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, foi acrescentado o princípio da eficiência.

Segundo Hely Lopes Meireles (1997, p. 82), os princípios constitucionais da administração pública são regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador, constituindo os:

[...] fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há mais de elementar par a boa guarda e zelos dos interesses sociais.

Os princípios da administração pública estão expressos na Constituição, devendo os entes públicos obedecerem, porém, “[...] não só a esses[...]”, como ensina Gasparini (1997, p. 6). Outros também devem ser observados pelos administradores públicos, sendo inclusive objeto de inserção em constituições estaduais como a de São Paulo (art. 111), que incluiu, além dos princípios constitucionais, a razoabilidade, a finalidade, a motivação e o interesse público (São Paulo, 1989) e a Constituição mineira, que incluiu o princípio da razoabilidade (Minas Gerais, 1989).

Esses princípios trazem a ideia de que a administração pública deve sempre ser norteadada pela boa-fé, pela moralidade, pela probidade, anseios da sociedade, há muitos anos, de como o governante deve agir.

Assim, deve a administração pública observar o princípio da legalidade, afastando qualquer intenção de pessoalidade com ações isonômicas e fazendo-a transparente, como preconizam os prin-

cípios da impessoalidade e da publicidade. É certo também que, para alcançar o princípio da eficiência, não pode o agente agir de forma imoral, afastado da ética e da probidade, uma vez que os atos imorais podem alcançar o que se espera da política pública – a eficácia, mas não pode essa eficácia ser alcançada com excessivo gasto de recurso público, pois a torna ineficiente, o que nos traz a ideia central de que os meios (imorais) não justificam os fins (eficácia), pois não há administração eficaz, senão atrelada à moralidade que a torna eficiente.

Sabe-se que um dos maiores malefícios de uma sociedade, de modo geral, e na administração pública, em particular, como salienta Leal (2013, p. 130), tanto em “[...] cenários de fragilidade econômica como os de opulência dão ensejo e fomento a comportamentos corruptivos, tanto em nível de relações pessoais como institucionais, públicas e privadas [...]”. O que remonta à ideia de que atos corruptivos assolam não somente as economias opulentas cujas possibilidades são muitas, mas também aquelas em que a escassez é predominante. Segundo o citado autor (2013, p. 132) “[...] afigura-se necessária a formatação de arranjos institucionais capazes de coibir ações corruptivas (ativas e passivas) [...]”, de aspecto preventivo, uma vez que as consequências são devastadoras ao interesse público, ao bem estar social e à dignidade da pessoa humana.

Porém, não somente os eventos corruptivos com a vontade livre e consciente do agente público de corromper (ação dolosa), mas a descuidada, a falta de atenção adequada na conduta da coisa pública, também podem causar a ineficiência da máquina pública, o que afronta também princípios constitucionais.

Destarte, afastando os demais princípios que podem ser afetados pela conduta dolosa ou culposa do administrador público, devemos nos ater, para efeito deste estudo, ao princípio da moralidade administrativa, que traz em seu bojo a probidade administrativa defendida pela Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº

14.230/2021, a qual consignou expressamente no texto legal a necessidade da conduta do agente público ser dolosa para configuração do ato ímprobo.

Dessa forma, propõe-se desvelar, com fulcro na fenomenologia, se a exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade pode de alguma forma trazer risco à tutela constitucional da probidade administrativa.

2. Improbidade administrativa e elemento subjetivo

2.1 A corrupção administrativa

A moralidade administrativa está consagrada expressamente na Constituição da República de 1988 entre os princípios constitucionais da administração pública, no artigo 37, *caput*. Desde então, a moralidade se firmou como uma diretriz do dever de probidade e lealdade institucional na administração pública no Brasil.

Essa diretriz, até ser expressa na Constituição da República de 1988, foi resultado de uma construção relativamente recente na história do país. O Código Penal de 1940, a Lei dos Crimes de Responsabilidade de 1050 (Lei nº 1.079/1950), a Lei Federal nº 3.164, de 1º de junho de 1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, a Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, denominada de Lei Bilac Pinto, além da Lei da Ação Popular nº 4.117/1965, são alguns exemplos de que a sociedade brasileira ansiava pela integridade, transparência e probidade administrativa, aprimorando o sistema de combate à corrupção.

Corrupção é o ato ou efeito de corromper ou de se corromper¹. Existem, ainda, outros significados, tais como: deterioração física

1 DICIONÁRIO PRIBERAM. *Corrupção*. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/corrupt%C3%A7%C3%A3o>. Acesso 27 jun. 2023.

de uma substância ou de matéria orgânica, por apodrecimento ou oxidação; alteração do estado ou das características originais de algo; comportamento desonesto, fraudulento ou ilegal que implica a troca de dinheiro, valores ou serviços em proveito próprio; degradação moral e, ainda, a sedução quando se refere ao disposto no artigo 218, do Código Penal.

Etimologicamente, o termo latino *corruptio*, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, significa, em sentido próprio, deterioração, alteração. Metaforicamente, “exprime (...) a analogia da podridão física das frutas – que as destrói e traz a destruição para as que elas tocam – com a podridão moral do homem, que o destrói e o torna destrutivo para a comunidade.” Ainda segundo o autor, o conceito, em sentido amplo, refere-se ao comportamento do agente público que se desvia das normas aceitas, com o propósito de interesses particulares escusos, sendo certo que esse conceito somente pode se aplicar nas sociedades modernas e que separam o público do privado. Já em sentido estrito, segundo o autor, o termo se refere à conduta de autoridade pública que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma vantagem qualquer. (Ferreira Filho, 1991).

A corrupção, segundo Romeiro (2017, p. 25), “[...] decorre do afastamento da conduta reta e justa, o que, por sua vez, põe em risco o bem comum. [...] Esse conceito de corrupção como desvio da justiça é que aparece nos tratados políticos da época moderna”.

Na prática, a corrupção, como leciona Justen Filho (2022, p. 10), “[...] reside na violação ao dever funcional. A conduta corrupta envolve a ausência (efetiva e potencial) de satisfação do interesse cuja existência é protegida pela ordem jurídica.”

O termo “corrupção” é empregado em diversos cenários, desde um simples suborno até a mais engendrada ação de desvio de recursos públicos. No entanto, em sentido amplo, como visto, possui diversas características e definições. Portanto, faz-se importante

essa distinção, uma vez que se difere da corrupção administrativa com mais clarividência no aspecto legal, haja vista que a corrupção está disposta no Código Penal sob duas modalidades: passiva (artigo 317) e ativa (artigo 333), enquanto os atos de improbidade – corrupção administrativa – estão dispostos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, sendo necessária essa distinção e indicação da terminologia correta, como descreve Justen Filho (2022, p. 12):

A corrupção pressupõe a existência de dois sujeitos, um dos quais é titular de função pública, que podem ou não atuar de modo concertado, cuja conduta é orientada a violar os deveres inerentes ao exercício da referida função pública, envolvendo a oferta e/ou o recebimento de vantagens patrimoniais indevidas.

A improbidade ocorre quando o titular de uma função estatal, atuando de modo isolado ou em acordo com um sujeito privado, viola o fim inerente à sua posição, visando ou não obter vantagem patrimonial indevida, independentemente de acarretar prejuízo ao erário.

Em verdade, a sociedade, durante muito tempo, busca por uma administração pública profícua, visando o interesse público, o bem-estar social, a melhoria da qualidade de vida. Partindo dessa premissa, a atividade administrativa deve sempre cunhar o caminho da honestidade, moralmente retilíneo, com eficácia no seu desiderato e eficiência na entrega da política pública adotada, consumindo o mínimo de recurso público.

No entanto, a denominada corrupção administrativa consubstanciada em desvios de condutas morais, como a malversação dos recursos públicos, corrói, putrifica, destrói as verbas públicas e torna a atividade administrativa ineficiente, no sentido de consumir muito recurso para sua finalidade, por não falar em ineficácia ao não conseguir atingir seu propósito.

Para o combate à corrupção administrativa, o legislador constitucional inseriu no bojo da Constituição de 1988 as expressões

probidade e improbidade administrativa no artigo 14, § 9º (ineixigibilidade de agentes públicos), no artigo 15, inciso V (suspensão de direitos políticos), no artigo 37, § 4º (sanções severas para a prática do ato de improbidade com determinação de criação de lei especial para tal fim) e, também no artigo 85, inciso V, que se refere ao crime de responsabilidade e atos de improbidade praticados pelo Presidente da República.

Dentre eles, os artigos 14, § 9º e 37, § 4º, são os mais relevantes no combate à corrupção administrativa culminando com a edição da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, sancionada em meio a escândalos de corrupção do Governo de Fernando Collor de Mello. Essa normatização dos atos de improbidade tem como fundamento o dever constitucional de probidade que deve ser compreendido no universo da moral administrativa, sendo necessária a observação de todos os princípios.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, para configuração dos atos de improbidade descritos na Lei nº 8.429/92, a conduta poderia ser culposa (artigo 10) ou até mesmo por dolo genérico (artigo 11). Com o advento da novel legislação restou exigido o dolo específico do agente para ser considerado ato de improbidade, ou seja, além de exigir a vontade livre e consciente de perpetrar a conduta, deve restar demonstrado o fim especial de agir do administrador público ou do terceiro concorrente.

Assim, um administrador probo deve se caracterizar como eticamente leal ao princípio da moralidade, da boa-fé, da honestidade, ao contrário daquele que é desonesto.

Importante discernir, uma vez que a jurisprudência sempre o fez, como se distinguia a figura do administrador inábil do desonesto. Este, ao se desviar, intencionalmente, do caminho retilíneo imposto pelo dever de probidade, perpetrava a conduta ímproba por dolo. Já o inábil, por falta de conhecimento, por despreparo e, até mesmo, por falta de uma assessoria compe-

tente, procedia de forma incorreta, com descuido do patrimônio público e, em razão desse descumprimento, provocava dano ao erário. Tal entendimento se pode extrair do excerto do acórdão proferido no Recurso Especial nº 601.935/MG, sob a lavra do Relator Ministro João Otávio Noronha, julgado em 12 de dezembro de 2006, publicado em 8 de dezembro de 2007:

Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (Brasil, 2007)

O que também era rechaçado pelos tribunais superiores era a punição do administrador inábil por simples culpa, sem uma valoração do elemento volitivo para a análise da conduta quanto à responsabilização objetiva do agente, o que também é vedado pela jurisprudência uníssona do STJ nos julgados: AgInt no AREsp nº 1123605/RJ, REsp nº 1713044/SP e AgRg no AREsp nº 567988/PR.

Não se pode incriminar um agente público inábil que, agindo de boa-fé e por falta de atenção e de conhecimento técnico em razão de má assessoria, pratica um ato considerado ímprobo, devendo ser analisada a conduta do ponto de vista subjetivo, ou seja, se houve desejo de praticar o ato visando um fim específico de enriquecer-se a si ou a outrem, causar dano ao erário ou de atentar contra os princípios da administração pública – os três pilares da imputação objetiva descrita nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

Assim, o elemento subjetivo da conduta do administrador público deve ser levado em consideração para que possa configurar ou não a prática da improbidade administrativa.

Resta claro que o legislador ao preconizar o elemento subjetivo doloso para configurar o ato de improbidade quis pôr fim à celeuma da difícil imputação subjetiva entre o dolo e a culpa que fez

gerar uma grande quantidade de ações de improbidade administrativa ajuizadas². Além disso, tem-se a crítica ao enorme número de ações ajuizadas e recebidas pelo Poder Judiciário com fundamento na aplicação genérica do *in dubio pro societate*. Ainda é cedo para analisar se a modificação surtirá o efeito esperado.

2.2 O elemento subjetivo da conduta

O dolo na improbidade é visto, segundo Lima e Lima Neto (2015, p. 8):

[...] como o *dolus malus* dos romanos, há nele a consciência da ilicitude. Mas, na verdade, dolo não é outra coisa senão o conhecimento do que se faz (elemento cognitivo), a vontade de realizar o tipo (elemento volitivo = propósito) e o emprego de uma conduta (comissiva ou omissiva), mais ou menos dominável (nem impossível de realizar o tipo, tampouco absoluta em realiza-lo, já que não é dado ao ser humano plena capacidade sobre os fatos), destinada a este fim.

Distingue-se, pois, a conduta dolosa da culposa, já que aquela tem como fundamento precípuo a vontade livre e consciente de concretizar as características objetivas impostas pela lei, como diz Jesus (1998, p. 281) “[...] o dolo é normativo, i. e., contém a consciência da antijuridicidade [...]”. Enquanto a culpa configura-se com a falta do dever de atenção na conduta voluntária, de fazer ou não fazer, tanto para obter vantagem para si ou para outrem, lesar o erário, ou ainda atentar contra os princípios da administração pública, com inobservância do cuidado objetivo manifestada através da imprudência, negligência ou imperícia.

2 Rafael Araripe Carneiro afirma que em 2019 haviam cerca de 4.000 processos no STJ com o tema de improbidade administrativa sendo um dos dez maiores assuntos do acervo do Tribunal além de mais de 4.800 acórdãos e 37 mil decisões monocráticas, com o mesmo assunto, no repositório de jurisprudência. (CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. Jota, 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020#_ftn4. Acesso em: set. 2022).

Isso porque no artigo 10, antes da alteração legal, o legislador previa para a configuração da improbidade administrativa aquele ato que causa lesão ao erário e que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas, descrevendo como conduta a ação ou omissão, dolosa ou culposa do agente.

Nesse caso, como reza Mascarenhas (2006, p. 33):

O ato pode ser chamado de ato de improbidade administrativa impróprio, uma vez que se trata de ato que causa lesão ao erário sem que o agente receba, direta ou indiretamente, qualquer vantagem econômica indevida.

Com efeito, faz-se prudente retomar o acórdão em que o STJ, por meio da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, ao julgar o Recurso Especial nº 601935/MG, reafirmou a possibilidade trazida na lei para condenar o agente público que praticou uma conduta culposa como ato de improbidade, ao asseverar que:

Funções burocráticas desenvolvidas por presidente ou tesoureiro de Câmara Municipal, tipicamente administrativas, que provoquem dano ao erário público ocasionado por culpa, sujeitará o agente culposo às sanções previstas na Lei n. 8.429/92, pois, como bem afirma Emerson Garcia, não há previsão legal de um salvo-conduto para que se possa dilapidar o patrimônio público. (Brasil, 2007).

No referido acórdão, o caso concreto era de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa que o Ministério Público ingressou contra uma servidora pública que exercia a função de secretária da Câmara Municipal de um determinado município mineiro e também contra o presidente e o tesoureiro da casa legislativa.

Narrava a inicial daquela ação que a servidora emitia cheques em duplicidade que eram assinados pelo, então, presidente e pelo

tesoureiro. A servidora se locupletava do dinheiro em excesso, enquanto os demais de forma negligente assinavam o que lhes era apresentado, sem a devida fiscalização e sem verificar destino do recurso público.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a conduta culposa foi grave tanto por confiabilidade extrema, quando por desleixo mesmo, uma vez que o presidente da casa e o tesoureiro assinavam os cheques sem qualquer questionamento e sem conferir a necessária relação com as notas de empenho. É evidente também que a conduta perpetrada pelos agentes causou dano ao erário.

Desse modo, a servidora se locupletava do dinheiro público, sob a visão míope do Presidente da Casa Legislativa e de seu tesoureiro, responsáveis por assinar os cheques, ou seja, responsáveis pela despesa, sendo grave a conduta culposa, eis que negligente ao descuidar o destino do recurso público.

Nos termos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (anterior à reforma), a conduta culposa grave que causava dano ao erário era punida e seus autores responsabilizados e sancionados. Importante registrar que as sanções da LIA são duríssimas, como perda da função pública, proibição de contratar com poder público e, ainda, perda dos direitos políticos, além do ressarcimento do dano ao erário.

Imagine, no caso, o presidente da Câmara e o tesoureiro, pelo descumprimento, sem se locupletarem do dinheiro público, fossem penalizados pela conduta de terceiros que nem mesmo concorreram diretamente – mas por falta de atenção – em penas duríssimas como a perda da função pública e, indo mais além, por aplicação da Lei de Ficha Limpa, por anos de inexistência? Parece-nos desproporcional e desarrazoado.

Esse exemplo é apenas um entre diversos casos de improbidade administrativa que resultaram em condenações por ato

de improbidade culposo no decorrer dos quase trinta anos de vigência da Lei nº 8.429/92.

Mas por que o legislador preferiu o elemento subjetivo doloso ao culposo? Uma das explicações está no excerto das lições de Marçal Justen Filho, membro da comissão formada para formular proposta de reforma da Lei de Improbidade, sobre o tema:

Um problema fundamental foi a banalização de ações de improbidade. [...] Essa situação propiciou a proliferação de julgamentos em primeiro grau sem produção de prova, fundados em presunções de diversa ordem. Em um cenário inicial, tratava-se de alteração do ônus da prova, atribuindo ao réu o ônus da prova de sua inocência. Depois, eliminou-se inclusive a faculdade de o réu produzir prova quanto à improcedência da acusação.

Outra dificuldade era a improbidade fundada em mera culpa, nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429. Condutas que não envolviam corrupção nem violação à moralidade eram sancionadas de modo muito severo. (Justen Filho, 2022, p. 10)

Ou como pontua Osório (2022, p. 249): “[...] A eliminação dos tipos culposos, pelo Legislador, na Reforma da Lei de Improbidade, foi apenas uma reação contra os excessos no manejo arbitrário da lei.”

Acrescentam-se aos argumentos dos doutrinadores citados, repita-se, a desarrazoabilidade e a desproporcionalidade entre as penas e a conduta culposa, uma vez que a falta de atenção, o descumprimento, a desídia, a inabilidade do autor do ato não podem ser punidas de forma tão dura, lembrando que para tais atos existem mecanismos de sancionamento como as multas do Tribunal de Contas e procedimentos de competência do Poder Legislativo, como a desaprovação de contas, entre outros.

Ademais, o controle exercido pela possibilidade de punir o agente por conduta culposa, tolhia a liberdade e a eficiência da atu-

ação administrativa, uma vez que a retração do administrador em busca da autoproteção e da autopreservação, em vez de perseguir o interesse público, ou seja, as decisões “[...] do gestor passa a ser de ordem subjetiva-protetiva (de ordem pessoal), e não objetivo-finalística (busca do interesse público).[...]”, como ensina Santos (2020, p. 332).

Por fim, cumpre asseverar que a mudança da exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa não foi declarada inconstitucional, integrando-se sem entraves, portanto, ao mundo jurídico.

3. Considerações finais

Ao longo de quase trinta anos que a Lei de Improbidade Administrativa vigorou no Brasil trazendo a possibilidade de punir o agente público e todos aqueles que concorreram para a prática ímproba por condutas consideradas dolosas e culposas, tendo a jurisprudência a árdua tarefa de identificar quais os elementos subjetivos poderiam configurar o ato de improbidade, um dos núcleos das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 foi a exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade.

A exigência da conduta dolosa afastando a voluntariedade do agente, excluindo também a possibilidade de punição do agente por dolo genérico, pois exige-se também, com a nova legislação, o fim especial de agir, tornou a imputação razoável e proporcional à conduta, impedindo os excessos arbitrários no manejo da legislação e, notadamente, quanto o entendimento quanto ao elemento anímico da conduta.

Nada obstante a nova celeuma quanto à possibilidade de haver impunidade dos atos ímprobos cometidos por condutas culposas gravíssimas, ou seja, quando o descumprimento é significativo e

cause dano ao erário, a lei ratificou o que a doutrina vinha condenando, a banalização e os excessos das ações de improbidade por análise do elemento subjetivo.

De fato, um administrador público para desvirtuar o caminho da probidade, da honestidade e da boa-fé, não pode cometer tal ato, senão imbuído da vontade livre e consciente de praticar tal conduta, ou seja, com dolo específico de praticar o que a lei de improbidade veda.

Dessa forma, quanto à moralidade administrativa, considera-se correta a exigência da conduta dolosa feita pelo legislador, uma vez que não se pode exigir de um administrador público uma conduta culposa de desvirtuamento da ética e da moral, mormente, porque existem outros mecanismos para punir o administrador inábil que por conduta culposa cause dano ao erário, como os procedimentos dos Tribunais de Contas e no âmbito do Poder Legislativo.

Em conclusão, pode-se desvelar que a exigência do dolo específico para configuração do ato de improbidade vai ao encontro do princípio constitucional da moralidade administrativa, eis que se refere às condutas morais e éticas, sendo impraticável exigir punição aqueles que as praticam de forma culposa, pois a lei visa punir os desonestos e não os inábeis.

4. Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 27 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: DEL2848 (planalto.gov.br). Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 601.935/MG*. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Julgado em 12/12/2006. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301876565&dt_publicacao=08/02/2007. Acesso em: 16 abr. 2024.

CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. Jota, 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020#_ftn4. Acesso em: 27 jun. 2023.

A exigência do dolo específico para configuração do ato de improbidade e a tutela constitucional da probidade administrativa

Paulo Cesar Ferreira Ayres Júnior

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A corrupção como fenômeno Social e Político*. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 185:1-18, jul/set. 1991. Disponível em <https://www.semanticscholar.org>. Acesso em: 27 jun. 2023.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal*: 1º Volume – Parte Geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comparada e comentada*: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 130.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. *Improbidade administrativa: estrutura jurídica dos tipos e controle judicial – Uma perspectiva Dogmática para Proteção dos Direitos Fundamentais*. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 1809-1873. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1804/1338>. Acesso em: 27 jan. 2024.

MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora e Distribuidora RCN, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 1989. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/48648/1/CE%20Atualizada%202023-05-32%C2%AAed-Maio_A.pdf. Acesso em 27 jul. 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SÃO PAULO. *Constituição do Estado de São Paulo*. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/24708_arquivo.pdf. Acesso em: 27 jul. 2023.

Artigo recebido em 14/02/25.

Artigo aprovado em 28/04/25.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.543

178 - 212

Artigo

**INVESTIGAÇÃO E PROCESSO:
UM EXAME FORMAL SOBRE A
DISTINÇÃO CONCEITUAL A PARTIR
DA TEORIA DO DISCURSO, PARA
ENCONTRAR A CAUSA DE EXTRAVIOS
TEÓRICOS IMPORTANTES**

FERNANDO MUNIZ

INVESTIGAÇÃO E PROCESSO: UM EXAME FORMAL SOBRE A DISTINÇÃO CONCEITUAL A PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO, PARA ENCONTRAR A CAUSA DE EXTRAVIOS TEÓRICOS IMPORTANTES

INVESTIGATION AND PROCESS: A FORMAL EXAMINATION
OF CONCEPTUAL DISTINCTION FROM DISCOURSE THEORY,
TO FIND THE CAUSE OF IMPORTANT THEORETICAL DEVIATIONS

FERNANDO MUNIZ

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
fernandoms@mpmg.mp.br

RESUMO: O artigo analisa a estrutura dos discursos que predominam na investigação e no processo, a partir da teoria de Tercio Sampaio Ferraz Jr sobre a argumentação jurídica. A intenção é mostrar que as diferenças nas estruturas discursivas podem ser tomadas como fator de diferenciação conceitual, na relação entre os conceitos jurídicos de “investigação” e “processo”. Para investigar a hipótese de que a teoria jurídica ainda não possui conhecimento suficiente sobre a exata delimitação conceitual, o artigo apresenta explicação sobre os incidentes jurisdicionais da investigação, mostrando que extravios teóricos importantes decorrem da deficiente apreensão dos conceitos jurídicos. Por fim, o artigo aborda a jurisprudência superior da justiça criminal brasileira sobre o direito de defesa no inquérito, condensada na *Súmula Vinculante nº 14 do STF, como autêntico sintoma* da confusão conceitual.

ABSTRACT: The article analyzes the structure of the discourses that predominate in the investigative activity and in the procedural activity, based on Tercio Sampaio Ferraz Jr.'s theory about legal argumentation. The intention is to show that the differences in the discursive structures can be taken as a differentiating factor, in the relationship between the legal concepts of “investigation” and “process”. In order to investigate the hypothesis that legal theory still does not have sufficient knowledge about the exact conceptual delimitation, the article presents an explanation about the jurisdictional incidents of the investigation, showing that important theoretical misunderstandings result from the deficient apprehension of legal concepts. Finally, the article addresses the superior jurisprudence of the Brazilian criminal justice about the right of defense in the investigation, condensed in relevant precedent of the STF, as an authentic symptom of conceptual confusion.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação e Processo; Teoria do Discurso; Incidentes Jurisdicionais da Investigação; Direito de Defesa no Inquérito.

KEYWORDS: Investigation and Process; Discourse Theory; Jurisdictional Incidents of the Investigation; Right of Defense in the Inquiry.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As modalidades do discurso dialógico racional; 2.1. A *discussão-com*; 2.2. A *discussão-contrá*; 2.3. O discurso jurídico como *discussão-contrá*; 3. A estrutura dos discursos que preponderam na investigação e no processo; 3.1. A *discussão-contrá* na estrutura formal do processo; 3.2. A estrutura formal da investigação; 3.3. Segue: o conflito e a decisão como critério de diferenciação entre investigação e processo; 4. O conflito e a decisão como elementos analíticos accidentais na investigação: a causa dos extravios teóricos; 4.1. Os incidentes da investigação; 4.2. As confusões e os extravios teóricos; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. Introdução

Este artigo propõe o exame da estrutura que existe nos discursos que predominam na investigação e no processo, para expor e comparar diferenças e semelhanças, coincidências e discrepâncias. O objeto da análise, em última instância, diz respeito às diferenças de essência entre os conceitos jurídicos de “investigação” e “processo”. Uma das premissas que orienta o exame é que se trata de fenômenos jurídicos distintos. Ao mesmo tempo, uma das hipóteses a serem testadas é que a teoria jurídica ainda não possui conhecimento suficiente sobre a exata delimitação conceitual. Por isto o pensamento crítico também se direciona à jurisprudência superior da justiça criminal brasileira, onde a distinção entre investigação e processo costuma aparecer pressuposta, como algo pertencente ao conhecimento geral, próprio do campo das obviedades, ao mesmo tempo em que exprime crescentes exigências para submeter o inquérito à parte relevante do regime jurídico do processo. Do embaraço conceitual parece ser indicativo suficiente a jurisprudência sobre o direito de defesa no inquérito, condensada na Súmula Vinculante nº 14 do STF. A hipótese é que a súmula do Supremo, que manifesta a vontade de submeter a um mesmo regime jurídico, ao menos em parte, atividades de diferentes naturezas, é autêntico sintoma da deficiente apreensão de conceitos jurídicos. A superação da imprecisão conceitual pressupõe que sejam encontráveis os fundamentos lógicos da distinção. Então, a questão que orienta os desenvolvimentos do exame diz respeito às diferenças de essência que existem entre investigação e processo. Em um nível mais geral, o interesse está em conhecer o que autoriza considerar estas atividades como realidades reciprocamente autônomas. É saber exatamente onde são diferentes. Neste âmbito da análise, o pressuposto é que há diferenças essenciais entre investigação e processo, que não autorizam a confusão, ou seja, a estrutura da investigação é diferente da estrutura do processo. E seus respectivos traços essenciais distintivos podem ser objeto de atenção e

estudos pela teoria jurídica. Ao mesmo tempo, supõe-se que é ainda insuficiente o conhecimento para a recíproca diferenciação dos conceitos jurídicos.

O propósito do exame, entretanto, não pode ser identificado com a tarefa de deixar definitivamente manifestos todos os elementos de distinção que existem entre investigação e processo. A tarefa de caracterizar inteiramente estes conceitos jurídicos demanda outros desenvolvimentos, que devem ficar a cargo de estudos adicionais. Nos limites de que se dispõe, o objetivo é apenas destacar um critério organizador do pensamento, dentre os que determinam a diferenciação. Mais especificamente, quer-se conhecer limitadamente as diferenças que se manifestam na estrutura discursiva que prepondera em cada atividade. E assim encontrar na estrutura dos discursos algumas das diferenças de essência que ajudam na delimitação conceitual.

O propósito anunciado exige que sejam encontradas as diferenças de estrutura que se manifestam nos discursos que preponderam na investigação e no processo. Isto requer, como ponto de partida, o conhecimento do que é mais elementar nos diferentes modos do discurso em geral. Para esta tarefa inicial, o apoio é buscado na teoria de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, sobre a argumentação jurídica, com certa atenção para o que ela possui de analítico.¹ Porque nela se podem encontrar em clara exposição, na forma de um modelo teórico, os principais traços da estrutura essencial do discurso racional, em seus principais tipos. Como haverá oportunidade de se notar, uma inspeção à estrutura dos discursos presentes na investigação e no processo, sob um recorte analítico, auxilia na recíproca diferenciação e fornece informações suficientes para explicar a contento os incidentes da investigação. E auxilia também para denunciar os desacertos conceituais da jurisprudência de cúpula da justiça criminal brasileira.

1 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. A teoria de Tercio Sampaio sobre o discurso jurídico contém pontos de vista analítico e hermenêutico, mas se propõe, sobretudo, a um enfoque pragmático.

2. As modalidades do discurso dialógico racional

O discurso é um tipo de ação: a ação linguística, que se especifica por dirigir-se a outrem. Por isso, diz Tercio Sampaio, quem discursiva discute. Todo discurso é uma discussão. Uma discussão, porém, é mais que o mero dirigir-se a alguém. Ela é também um apelar à compreensão de outrem. O discurso está a serviço do mútuo entendimento. E a busca por entendimento introduz a noção de “racionalidade” – no sentido de “ter fundamento” – ficando excluído que os agentes se deixem determinar por meras emoções, tradições ou costumes.²

Diz-se “dialógico” o discurso quando nele o ouvinte aparece como habilitado a intervir, ou como interessado ativamente. O “orador”, no discurso dialógico, não é apenas proponente, aquele que abre a discussão. Ele é também responsável pela discussão. E tem um dever de prova, que o liga ao ouvinte. O “ouvinte”, semelhantemente, não é apenas a quem se dirige a ação do orador. Ele é alguém convidado a intervir. Sua reação é ativa e faz dele também um ator. Ambos são partícipes da discussão.³

Na perspectiva de um esquema estilizado (formal, não empírico), a estrutura do discurso dialógico pode se apresentar de duas maneiras, que aqui interessam sumamente: a *discussão-com* e a *discussão-contra*.

2.1 A *discussão-com*

A primeira possibilidade de discurso dialógico é quando os partícipes discutem “um com o outro”. É a *discussão-com*. Na con-

2 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 29-34.

3 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 15. O outro modo do discurso de que cuida Tercio Sampaio, que não tem relevância para os desenvolvimentos que a seguir se fazem sobre a investigação, é o *monológico*. Ele se caracteriza pela presença passiva do ouvinte, que não aparece como não habilitado à intervenção e nem como interessado ativamente. Ele está presente, mas como quem assiste a um espetáculo: pode agradecer-se ou não, e pode ter algo a dizer, mas sem interferir (Op. cit., p. 24-28).

dução do diálogo, há um esforço conjunto dos partícipes para encontrar um acordo. Neste nível, o objeto da discussão (o *du-bium*) é constituído por ações linguísticas formuladas como perguntas hipotéticas. A atribuição de verdade/falsidade às proposições tem a acepção de verificação impessoal do objeto discutido. No sentido de que qualquer outra pessoa, não mal-intencionada e nem anormal, que seja racional e fale a mesma língua, faria as mesmas predicções. É tal como ocorre no modelo da ciência moderna, em que hipóteses são propostas e depois investigadas em esforço comum, no sentido de pôr à prova a sua sustentabilidade. Isto é, a verificação da verdade/falsidade das proposições pode ser feita por qualquer pessoa que seja racional, ou que possua as qualificações necessárias para usar os meios de comprovação empregados e indicados, ou eventualmente outros. Por isso pode-se falar em “verificação impessoal do objeto discutido”.⁴

No nível da *discussão-com* a ação linguística não depende de aceitação ou consenso. A ação linguística pode ser verdadeira ainda que não encontre alguém que com ela concorde. O termo “verdade”, no caso, não tem o sentido da epistemologia empirista. Ele significa que quem fala, fundamentando o que diz, propõe concomitantemente um método acessível de comprovação – que não precisa ser empirista, podendo ser um método estritamente formal (como o da lógica formal). O pressuposto é que existe mútua confiança, respeito, cooperação. O principal é que exista a possibilidade de se fazer a verificação conjuntamente. Não se trata de um processo de decisão. Este é um ponto crucial. Este tipo de discussão não envolve apelo a uma terceira autoridade, um “juiz” que decida numa instância de autoridade. Nem as questões precisam obter, necessariamente, solução positiva. Elas podem, inclusive, ser resolvidas em um sentido negativo, de reconhecimento momentâneo da impossibilidade da solução – quando o juízo fica suspenso e as questões ficam em aberto para novas discussões.⁵

4 FERRAZ JR. Op. cit., p. 34-37.

5 FERRAZ JR. Op. cit., p. 37-39.

2.2 A *discussão-contra*

Em muitos casos, a discussão dialógica dá-se na forma de “um contra o outro”. É a *discussão-contra*. É quando a reação do ouvinte não tem sentido cooperacional, mas contestatório. Ele não se nega ao diálogo, mas orienta-se partidariamente. Neste caso, observa Tercio Sampaio, a discussão também pode ser racional. Desde que o discurso seja fundamentante. Aqui, “fundamentar” tem o sentido de “prestar contas do que se diz”. Toda fundamentação está, neste sentido, a serviço do mútuo entendimento. O que não exclui a possibilidade de conflito. Exatamente esta reação contestatória é que qualifica este tipo de diálogo como um “conflito”. O objeto da *discussão-contra* é conflitivo.⁶

Este é mais um ponto crucial. Na *discussão-contra* a função da fundamentação é possibilitar uma decisão pela configuração de alternativas incompatíveis.⁷ A incompatibilidade, que se menciona neste caso, é empírica. Ela surge no plano da ação e reação, dentro de uma situação. Existe o conflito quando, diante de uma alternativa incompatível, está-se defronte a um problema de decisão.

Já a “decisão” é, também ela, uma ação linguística. Está sujeita a critérios de racionalidade. Precisa ter a forma de um discurso fundamentante, no sentido de prestar contas do que é dito. A peculiaridade é que a fundamentação da decisão tem a função de absorver a insegurança, no sentido de constituir um elemento de ligação e controle, para fornecer aos partícipes da discussão indicações para o seu comportamento (por exemplo: numa discussão judicial, a fundamentação do ato decisório fornece as indicações para a parte recorrer ou não da decisão). Mas a decisão, percebe-se, não elimina as alternativas em conflito.

6 FERRAZ JR. Op. cit., p. 39-40.

7 FERRAZ JR. Op. cit., p. 42.

Sua função não é obter consenso. Ela não é um último ato. A decisão transforma incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis.⁸

Em síntese. Na *discussão-contra* o discurso é conflitivo. A finalidade é formar um conflito e permitir a decisão. Os partícipes discutem “um contra o outro”, em ação e reação, fundamentando as suas proposições de forma persuasiva. A discussão se estrutura em alternativas incompatíveis formando uma questão. E a questão pede uma decisão. Embora a decisão permita uma solução, ela não implica a eliminação do conflito. A finalidade imediata da decisão é absorver a insegurança.

A diferença entre os dois modos típicos do discurso dialógico racional também pode ser notada na função da respectiva fundamentação. Na *discussão-com*, diz Tercio Sampaio, faz-se a fundamentação para ser convincente (onde “convicção” é um sentimento de natureza eminentemente teórica). O orador fundamenta a sua ação linguística para produzir convicção, em termos de conquistar adesão a asserções verdadeiras. A “verdade” é condição de consenso. Já na *discussão-contra*, a fundamentação dá-se para produzir persuasão – um sentimento de natureza eminentemente prática. Não se exige que o outro se renda, bastando que ele se conforme e reconheça que o autor da fundamentação está seguro do que diz. Inverte-se o papel da verdade: a fundamentação persuasiva torna-se capaz de “verdade” porque produz consenso; o consenso é condição da verdade.⁹

Na estrutura da *discussão-contra*, diz ainda Tercio Sampaio, pode-se ver a função específica da técnica jurídica de tratamento de problemas e seu papel de gerar segurança. A finalidade de uma

8 FERRAZ JR. Op. cit., p. 42-47. A correlação entre *decisão* e *conflito* foi retomada por Tercio Sampaio para compor uma espécie de “dogmática da decisão”, em: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, p. 160-176.

9 FERRAZ JR. Op. cit., p. 40.

discussão-contra é configurar um conflito e permitir a decisão. Ela pressupõe a certeza de que uma decisão deve ocorrer, mas também a incerteza sobre qual decisão será tomada.¹⁰

Para a compreensão inicial, o que resta a examinar é a estrutura da *discussão-contra* em relação às peculiaridades do discurso jurídico.

2.3 O discurso jurídico como *discussão-contra*

No discurso judicial, o direito autoriza a um dos sujeitos exigir a participação do outro. Esta exigibilidade, diz Tercio Sampaio, significa uma regra sobre o comportamento das partes: numa situação comunicativa, se um dos comunicadores se recusa a participar, renunciando voluntária ou involuntariamente ao seu papel na comunicação, ao outro é facultado reclamar o comportamento recusado. O primeiro efeito desta exigibilidade é que as ações linguísticas ganham uma coordenação objetiva, que liga os partícipes entre si e lhes dá esferas autônomas de ação, obrigando e conferindo-lhes poderes. Também, a exigibilidade acrescenta a figura do juiz (ou mais genericamente o legislador, a norma), ampliando a situação comunicativa para uma estrutura triádica.¹¹

A peculiar exigibilidade do discurso jurídico, porém, ainda torna a situação comunicativa insegura e instável. Porque as partes atuam e se obrigam conforme às suas personalidades, com liberdade para trazer à discussão temas e informações. Essa liberdade faz pressupor a intenção de convencer; faz pressupor que as partes possam dizer e buscar a verdade ou, também, mentir. E daí a insegurança e instabilidade que decorrem da regra de

¹⁰ FERRAZ JR. Op. cit., p. 45.

¹¹ FERRAZ JR. Op. cit., p. 57-61. Neste modo de pensar, é bom que se note, o juiz participa da dialogicidade. Trata-se de uma salutar proposta para a superação da doutrina tradicional, que de certo modo continua a conceber ao juiz o papel de mero receptor passivo. A Tercio Sampaio parece inadmissível que se trate a participação de interessados na discussão jurídica (como juízes, advogados funcionários administrativos e cidadãos em geral) como ouvintes passivos (Op. cit., p. 67-71).

exigibilidade acabam dando ao discurso jurídico uma característica ambiguidade em relação à verdade.¹² E assim, conclui Tercio Sampaio, a relação dialógica jurídica é, basicamente, uma *discussão-contra*. É uma discussão que envolve um tipo característico de questão, denominada *conflito*, e envolve uma típica função que é a de *possibilitar uma decisão*.¹³ É justamente este caráter conflitivo e decisório do discurso jurídico que explica o aparecimento do terceiro comunicador, que é o julgador (ou, mais genericamente, a norma): ele garante a seriedade e racionalidade do conflito, impedindo que ele se generalize, no sentido de se referir a todas as qualidades e características da outra parte.¹⁴

Nesta caracterização, o que falta mencionar é a peculiaridade que especifica e diferencia o discurso jurídico, que é a institucionalização do conflito. E então, diz Tercio Sampaio, o diferencial no discurso jurídico é o estabelecimento de um procedimento para tratamento dos conflitos, que garante os seus resultados com mais segurança que outros. O direito instaura entre os partícipes da situação comunicativa um procedimento com capacidade de terminar o conflito, no sentido de pôr um fim, de impedir a continuação.¹⁵ Este ponto precisa ser bem compreendido. O conflito institucionalizado é “intermitente”. Ele começa e acaba, embora esse “acabar” não signifique necessariamente a produção de consenso, no sentido de ausência de conflito. Significa apenas que o conflito deve parar de continuar a partir da decisão.¹⁶ O crucial é notar que no conflito institucionalizado o *dubium* primitivo que ocorre na situação diádica não é eliminado. Ele é trazido para uma situação triádica, passando a integrar o processo decisório.

12 FERRAZ JR. Op. cit., p. 62.

13 FERRAZ JR. Op. cit., p. 62.

14 FERRAZ JR. Op. cit., p. 62-63.

15 FERRAZ JR. Op. cit., p. 63-65.

16 FERRAZ JR. Op. cit., p. 75.

E é tornado decidível. Mas isto não exclui a possibilidade de que o conflito continue. Se continuar, diz Tercio Sampaio, ele “ocorre fora da situação comunicativa, que é, assim, rompida”.¹⁷

Nesta técnica de solução de problemas revela-se o caráter peculiar do discurso jurídico, como *discussão-contra*: ele cria as condições para o comportamento dos partícipes como partes, estabelecendo uma instância que neutraliza a atividade direta dos conflitantes entre si, trazendo parra a situação uma nova regra de procedimento que garante o conflito: no conflito jurídico (institucionalizado) não se questiona o direito ao conflito, ao mesmo tempo em que se determinam quais conflitos são permitidos.¹⁸ O discurso jurídico possibilita a superação da situação em que cada um é dono da “sua verdade” e se dispõe a expô-la convincentemente em relação ao outro, no sentido de obter-lhe a adesão, de fazê-lo abandonar a sua própria opinião e aceitar uma outra. A fundamentação jurídica, por isso, deve ser persuasiva, enquanto apresentação de motivos de decisão.¹⁹

Em síntese. O discurso jurídico é uma *discussão-contra*. O conflito jurídico se caracteriza como um *dubium* permitido e assegurado, que se estrutura em alternativas incompatíveis em relação a uma norma jurídica. A terminologia *discussão-contra*, já se deve ter notado, Tercio Sampaio usa-a em referência à totalidade do repertório discursivo do direito. Ela compreende, inclusive, o discurso do processo, assim entendido o instrumento jurídico de composição de uma lide. Como se passa a destacar nos próximos tópicos, é diferente o caso da investigação: o discurso que nela aparece assume a forma preponderante de uma *discussão-com*.

17 FERRAZ JR. Op. cit., p. 76.

18 FERRAZ JR. Op. cit., p. 65.

19 FERRAZ JR. Op. cit., p. 65-66.

3. A estrutura dos discursos que preponderam na investigação e no processo

Em tópicos anteriores foram apresentados os dois modos típicos do discurso dialógico racional destacados por Tercio Sampaio, com atenção para a sua compreensão de que a *discussão-contra* é a modalidade própria de que se vale o direito, não só em um sentido mais amplo, mas também em relação à estrutura dialógica própria do processo. O objetivo agora é demonstrar que a distinção estabelecida entre *discussão-com* e *discussão-contra* auxilia na identificação de alguns dos traços conceituais de investigação e processo e por isso pode funcionar como fator de diferenciação. Isto pode ser melhor visto a partir de uma caracterização descritiva do processo, e depois das investigações em geral, em termos de esquemas formais analíticos.

3.1 A *discussão-contra* na estrutura formal do processo

Direito é técnica de solução de conflitos. E o processo é um de seus instrumentos. Na sua essência, o processo é uma construção técnica para a solução de conflitos. Aqui interessa considerar a estrutura formal do processo, as suas “vigas mestras”, que podem ser reveladas pela análise lógica.

Desde um ponto de vista formal, o processo é iniciado por atos de postulação, que as partes apresentam junto de proposições existenciais sobre o fato jurídico que está na base de suas pretensões. Notam-se dois tipos de proposições: as postulatórias e as existenciais. Sobre as proposições existenciais das partes, desenvolve-se a atividade probatória, assim entendido o conjunto de atos processuais destinados à verificação da correspondência do afirmado com a realidade concreta subjacente à lide. Esta estrutura formal deve ser vista com mais vagar.

As proposições existenciais que as partes apresentam no processo são verificáveis. E se submetem a uma valência veritativa dual (eis que devem ser qualificadas ao final como “verdadeiras” ou “falsas”). Isto é semelhante às hipóteses provisórias que são construídas na investigação, no trabalho de obter conhecimento sobre o fato investigado. Mas há a marcante diferença: no processo, as proposições existenciais das partes não se sujeitam a livres e constantes modificações, reconstituições, ajustes, descartes. Durante a trajetória processual, exige-se a estabilização do que foi enunciado pelas partes sobre os fatos subjacentes à lide. E assim é por uma diferença de essências já bem conhecida: no inquérito, a ausência inicial de conhecimento sobre o fato jurídico é exatamente o que constitui o problema e demanda a investigação. No processo, ao menos em tese, as proposições existenciais que as partes apresentam são a representação linguística de fatos sobre os quais elas já têm conhecimento. Desde um ponto de vista formal, pode-se dizer que a decisão final do processo não julga a ocorrência, ou a não ocorrência, de fatos. Ela julga a verdade ou falsidade das proposições feitas pelas partes sobre fatos. É da essência formal da sentença dirimir controvérsias sobre proposições existenciais. E controvérsias de tal tipo decidem-se por verificação.

Ao final do processo sobrevém a sentença, assim entendido o ato judicativo que estabelece qualificação veritativa às proposições existenciais das partes, a partir da prova produzida, e determina a atuação das normas materiais ao caso conforme à verdade processualmente obtida. A sentença, que também é um ato discursivo revestido de autoridade, declara a qualificação veritativa das proposições apresentadas pelas partes na fase postulatória. E assim produz um estado de coisas válido para o processo. Em última análise, o processo se estabelece para garantir a incidência normativa. Instaura-se o processo para a aplicação imperativa e contenciosa de normas jurídicas. Sob o

ponto de vista da situação comunicativa discursiva, voltando a citar Tercio Sampaio, o processo é uma relação entre diversos partícipes, cujo sentido é a representação da busca de uma decisão, de acordo com certas regras.²⁰

No processo, o objeto da discussão (o *dubium*) envolve o ângulo de comportamento de duas partes contrárias, em ação e reação. A parte que toma a iniciativa articula um fato e o relaciona a alguns efeitos jurídicos. A parte que se defende contrapõe-se àquela ação linguística. O questionamento estrutura as possibilidades de ataque e defesa. Estabelece-se o conflito, como um elemento essencial da discussão processual. E conflitos são alternativas incompatíveis que pedem uma decisão. E então aparecem “conflito” e “decisão” como elementos essenciais na estrutura da atividade processual.

Por conta da regra de exigibilidade da participação, há uma assimetria e uma instabilidade características nas relações. De acordo com a função que a parte desempenha, ela manifesta diferentes graus de personalização da ação linguística, imiscuindo a sua própria personalidade nas suas ações. As partes se engajam na relação, com o intuito de influenciar o seu decurso. O seu comportamento é reativo e partidário, de quem é pessoalmente interessado na decisão.²¹ Daí que o comportamento partidário manifesta uma certa ambiguidade e ela é determinante para a qualificação do discurso. A reação partidária é ambígua porque exprime um comportamento egocêntrico ao mesmo tempo em que pressupõe certa cooperação.²² Assim, em síntese, pode-se constatar que na argumentação típica do processo, a relação discursiva é, basicamente, uma *discussão-contra*.

20 FERRAZ JR. Op. cit., p. 73-74.

21 FERRAZ JR. Op. cit., p. 74-75.

22 FERRAZ JR. Op. cit., p. 75.

3.2 A estrutura formal da investigação²³

Mencionou-se no tópico anterior que o processo envolve o comportamento de duas partes contrárias, em ação e reação. Que o objeto da discussão processual é conflitivo. E que conflitos são alternativas incompatíveis que pedem uma decisão. “Conflito” e “decisão” aparecem como elementos essenciais na estrutura discursiva do processo. Na investigação, como agora se destaca, esta essência estrutural não se manifesta. A investigação, em suma, implica uma situação indeterminada inicial. E o caráter problemático da dada situação inicial forma uma indagação e suscita a investigação. Em última análise, a investigação se desenvolve para esclarecer ou requalificar um fato jurídico problemático. Veja-se também esta estrutura formal com mais vagar.

Uma investigação nunca parte do nada. Qualquer investigação se inicia por uma indagação sobre um fato jurídico do qual não há conhecimento suficiente. Como dizem os filósofos, toda investigação séria principia com algum fato ou grupo de fatos que fere a atenção do investigador, como problemáticos, e que desencadeia todo o processo do inquérito.²⁴ A formulação do problema inicial, a indagação primeira, é o ato inicial. Qualificar como “problemática” uma situação é o passo inicial da investigação.²⁵

23 O destaque do que é essencial na estrutura analítica da investigação parte da obra de John Dewey: DEWEY, John. *Lógica: teoría de la investigación*. Tradução ao espanhol Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1950. Mas de um modo geral, o básico do exposto por Dewey é o que se costuma encontrar propugnado em exposições mais sintetizadas sobre o método padrão da investigação científica, como se pode ver, dentre outros: COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 377-416; FERRARI, Alfonso Trujillo. *Metodología da ciência*. 2. ed., Rio de Janeiro: Kennedy Editora, 1974, p. 171-242; FIORENTINI, D.; LORENZATO, S. *Investigação em educação matemática: percursos teóricos e metodológicos*. Campinas, SP: Autores Associados, 2006, p. 59-177; HEGENBERG, L. *Etapas da investigação científica*. São Paulo: EDUSP, 1976 [em especial, vol. 2, p. 115-179]; RODRÍGUEZ, Isabel Villaseñor; GARCÍA, Juan Antonio Gómez. *Investigación y documentación jurídicas*. 3. ed. Madrid: Dykinson, [2020?], p. 20-52; SALAZAR, Luis Manuel Marcano. *La investigación jurídica: herramientas para la realización del trabajo intelectual del abogado*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 21-38.

24 COPI, Irving M. Op. cit., p. 395.

25 DEWEY, John. Op. cit., p. 123.

A situação inicial é um “problema”. Ela é incerta, questionável, atacável, aberta a críticas. A investigação implica um problema a ser solucionado. O fato de que se cuida é problemático (ou “indeterminado”), porque não se conhecem dele todas as partes constitutivas. Há desconhecimento, indeterminação, obscuridade. O modo de se obter conhecimento é pela investigação. “Investigar” é conhecer, é sinônimo de interrogar. Sobre o fato problemático inicial faz-se uma indagação, que suscita a investigação. A investigação é uma atividade que se desenvolve perguntando. Investigação faz-se para a busca de solução a uma indagação inicial. Faz-se para a instauração da ordem. Faz-se para estabelecer a ordem dos eventos, as relações que os determinam, para identificar mudanças e suas causas.

A observação das condições da situação inicial problemática sugere a solução possível. É o que se denomina “hipótese”. A hipótese se apresenta como uma consequência antecipada, uma previsão do que pode decorrer da investigação. Ela é dada pelo exame de sua adequação funcional, como meio para resolver o problema. A antecipação da consequência é uma probabilidade; ela assinala algo que pode ocorrer.²⁶

O conteúdo de cada hipótese é a explicação plausível para o problema posto. Mas é uma explicação sempre provisória; está constantemente sujeita a confirmação ou refutação. A depender dos exames sobre as fontes de prova que forem progressivamente anexadas ao inquérito, é uma possibilidade constante que cada hipótese seja alterada, reformulada, abandonada. Ou que novas hipóteses sejam construídas. Cada ato investigatório demanda avaliação dos resultados parciais até então obtidos e pode resultar na obtenção de mais informações. E assim desencadear a reinterpretção de todo o material, a demandar novos atos investigatórios de verificação. Consequentemente, todo o conteúdo

26 DEWEY, John. Op. cit., p. 127-129.

do inquerito é provisório. Investigação faz-se construindo conclusões parciais, mas elas estão sujeitas a variações contínuas.

A investigação é finda pela “conclusão”. Eis mais um ponto fundamental na análise. Na investigação, a conclusão é a síntese possibilitada pelas informações que o conjunto propicia. Ela é construída numa sequência de atos, que perpassa uma série de conclusões intermediárias. E se expressa por um juízo: um juízo concludente. Na conclusão, a indeterminação do fato é eliminada.

A exposição desta estrutura formal destaca da investigação a ausência de conflito e de processo decisório. E estes são exatamente os elementos analíticos essenciais na estrutura da *discussão-contra*. Em outros termos: conflito e decisão são elementos analíticos essenciais na estrutura da *discussão-contra*, mas eles não aparecem na estrutura do discurso que prepondera na investigação. Por isso podem ser tomados como fator de diferenciação, na relação entre investigação e processo. Atingir esta percepção permite identificar a *discussão-com* como a modalidade própria do discurso que prepondera na investigação. Aliás, a identificação da *discussão-com* com a investigação aparece autorizada em outro trabalho de Tercio Sampaio, onde o objeto de sua atenção são temas da teoria geral do direito. Na nova oportunidade, diz Tercio Sampaio que a estrutura da *discussão-com* está voltada para o processo contínuo de se fazerem interrogações e, a cada interrogação, gerar uma abertura para nova interrogação. Na *discussão-com*, prossegue, tudo é passível de ser posto de novo em dúvida; respostas são sempre teses, que se transformam em hipóteses, para outras teses que se reformulam na forma de novas hipóteses. Isto não precisa ser pacífico. E às vezes não é, como se vê nas revistas científicas. A ideia é de cooperação, no sentido de um discurso homológico a presidir a cooperação.²⁷

27 DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Forum, 2023, p. 81-84.

3.3 Segue: o conflito e a decisão como critério de diferenciação entre investigação e processo

Viu-se que, na teoria formal do discurso, conflito e decisão são elementos que se implicam, que se exigem mutuamente. Na relação entre os conceitos jurídicos de investigação e processo, eles podem ser tomados como critério de diferenciação. Sequenciando o desenvolvimento, interessa destacar mais alguns detalhes desta decisiva diferenciação conceitual.

Numa situação comunicativa, “*dubium*” é sobre o que se discute. É o objeto da discussão (em oposição a *certum*).²⁸ Diz-se que ele é “conflitivo” quando os pontos de vista das partes se determinam mutuamente, em oposição um ao outro. É o que se diz “conflito”, no sentido de pretensões discordantes sobre um fato ou sobre as suas consequências jurídicas.²⁹ Em termos de Tercio Sampaio, o *dubium* conflitivo é uma espécie de “questão”, no sentido de um conjunto de possibilidades estruturadas em alternativas de natureza incompatível. E conflitos são alternativas incompatíveis que pedem uma decisão.³⁰

Quando se atenta para o discurso que prepondera na investigação, vê-se que não são conflitivas as suas questões e por isso ela não demanda um processo decisório. No básico da sua estrutura formal, como já se viu supra, a investigação se inicia por uma indagação inicial, que orienta a formulação de hipóteses explicativas provisórias, e as hipóteses explicativas provisórias orientam os atos de verificação. Os atos investigatórios de verificação

28 FERRAZ JR. Op. cit., p. 15-18.

29 O caráter conflitivo do *dubium* não tem o sentido vulgar, de discussões especialmente violentas, em que a forte oposição entre opiniões divergentes e inconciliáveis leva à recusa de ouvir-se mutuamente e de apresentar argumentos apreciáveis. *Conflito* é apenas uma questão, que pede uma decisão. E *decisão* é um modo de comportamento que pode trazer consigo graves consequências (FERRAZ JR. Op. cit., p. 40-42).

30 FERRAZ JR. Op. cit., p. 41-42. “Incompatibilidade” é um problema empírico. Ela surge no plano da ação e reação, dentro de uma situação. Não se confunde com “contraditoriedade”, que é própria da lógica, em que as alternativas são mutuamente excludentes, pressupondo o *tertium non datur* (FERRAZ JR. Op. cit., p. 41-42).

confirmam ou refutam as hipóteses. E este recurso técnico se reitera no percurso da atividade, com reconstituições, ajustes, descartes. E assim prossegue até a obtenção de explicação para o problema de que se cuida. Trata-se, sumamente, de uma atividade de esclarecimento, ou de requalificação, de fatos jurídicos.

Na investigação, o pressuposto é a existência de um fato jurídico problemático, assim entendido o fato sobre o qual não há conhecimento suficiente. Por isso se pode dizer que a atividade investigatória se desenvolve para esclarecimento, ou para requalificação: a investigação se encarrega de conduzir a situação à condição de um conjunto organizado. Na investigação, o objetivo final é conduzir o fato jurídico problemático à condição de fato jurídico certo, conhecido, determinado. Portanto, na estrutura essencial da investigação, o conflito não aparece como um elemento estrutural. Sob o ponto de vista das ações linguísticas, os partícipes na investigação se esforçam em comum para encontrar acordo. O rumo é o do consenso.

Num segundo ponto, também se nota que a investigação não demanda uma decisão, no seu sentido estrito. Como o objeto da investigação não é conflitivo, ela não demanda um processo decisório. E daí passa a ser possível notar que a diferença estrutural também se manifesta no modo de encerramento: enquanto a *discussão-contra* implica uma decisão, a investigação é finda pela conclusão. Estritamente consideradas, “conclusão” não se confunde com “decisão”.

Com efeito, entre conclusão e decisão há similaridade, mas não há correspondência de sentidos. Em ambos os casos, o sujeito toma por verdadeiro o sentido de proposições sobre o fato jurídico. O significado das proposições foi compreendido, considerado e aceito como verdadeiro. Só que no caso da conclusão que encerra uma investigação, trata-se da obtenção de esclarecimento a um fato inicialmente indeterminado – que passará à condição de fato determinado. Na “conclusão”, a indeterminação inicial-

mente existente sobre o fato jurídico é eliminada. A conclusão requalifica o fato jurídico, que passa a ser certo, determinado, deixando de ser problemático. Isto se diferencia essencialmente de um processo de decisão.

Na “decisão”, a finalidade imediata está na absorção de insegurança. Ela não é um último ato. A decisão pressupõe o conflito, mas não o elimina. Ela não elimina as alternativas em conflito. Sua função não é obter consenso.³¹

E assim se percebe que o ato que conclui a investigação é similar ao que faz o julgador quando profere a decisão final de um processo. Mas esta similaridade é apenas aparente. Ela se desfaz sob o exame mais apurado. Este é um dos pontos nucleares desta análise: alertar que existe uma diferença importante no modo dos discursos que se praticam na investigação e no processo.

Em síntese. Na investigação, conflito e decisão não aparecem como elementos essenciais. O tipo de discurso que ali prepondera não envolve um *dubium* conflitivo e por isso não implica uma decisão, exatamente os dois elementos que caracterizam a *discussão-contra*. Estas ausências são determinantes para a constatação de que investigação não tem a qualidade de *investigação-contra*. A investigação manifesta uma estrutura dialógica predominante de *discussão-com*.

4. O conflito e a decisão como elementos analíticos acidentais na investigação: a causa de extravios e confusões

O material teórico reunido até aqui destaca suficientemente que “conflito” e “decisão” funcionam na diferenciação conceitual entre investigação e processo. Porque aparecem como elementos

31 FERRAZ JR. Op. cit., p. 40-47.

analíticos essenciais do processo, mas estão ausentes na estrutura formal da investigação. Esta ausência essencial permite captar o modo típico do discurso da investigação como uma *discussão-com*. Isto não significa, porém, que a atividade investigatória não possa conter uma discussão conflitiva e assim demandar um processo decisório. A questão é que na investigação isto só ocorre acidentalmente. Então, falta dizer algo sobre o surgimento eventual do conflito na investigação, que é uma agregação de complexidade e costuma ser a causa de enormes confusões e extravios teóricos importantes da doutrina jurídica, e também de falhas graves da jurisprudência criminal superior.

4.1 Os incidentes da investigação

Em alguns de seus momentos, o discurso que se desenvolve numa investigação pode experimentar interrupções, que instauram uma atípica discussão conflitiva na atividade. É o que se pode chamar de “incidentes”. Destoando na marcha em curso, eles podem ser identificados e percebidos como momentos estruturais alterados, como é o caso da resistência à prática de atos investigatórios, um fenômeno que merece ser examinado mais detidamente.

A investigação é uma atividade jurídica. Como tal, estrutura-se a partir de uma finalidade última: esclarecer um fato jurídico problemático. Só que respostas não surgem do nada. Tampouco de um trabalho exclusivamente intelectual do investigador. É preciso encontrar dados para a posterior interpretação. Algumas exigências decorrem deste especial direcionamento: é preciso buscar fontes de prova; interpretar fontes de prova encontradas; construir, abandonar e reconstruir hipóteses explicativas etc. No atendimento das necessidades próprias da atividade, revelam-se os interesses jurídicos que lhe são inerentes: vasculhar lugares, examinar coisas, interrogar pessoas, acessar documentos, interceptar conversas etc.

É natural que, por vezes, os interesses inerentes a uma investigação encontrem resistência daqueles que de alguma forma podem ter os seus próprios interesses afetados pelos atos investigatórios. Pode-se cogitar, por exemplo: o proprietário do lugar se opõe a que ele seja vasculhado; a testemunha não quer relatar o que tem em memória; o responsável pela guarda de documentos não quer disponibilizá-los para consulta; o possuidor não quer entregar a coisa que tem em mãos para ser examinada; os participantes de uma conversa querem mantê-la sob reserva etc. Nestes casos, em que há resistência à prática de atos investigatórios, estabelece-se o discurso conflitivo na investigação. O conflito ocorre entre os interesses que orientam os atos do investigador e o interesse de quem quer oferecer oposição à prática de atos investigatórios. Surge um obstáculo acidental e ele demanda superação. Antes de prosseguir, é preciso resolver o incidente conflitivo.

A decisão para parte importante destes conflitos incidentais pode ser encontrada no próprio ordenamento, por normas que atribuem genericamente ao próprio investigador o poder de superar a resistência. Isto ocorre, por exemplo, quando normas autorizam a condução forçada da testemunha que se recusa a comparecer para depoimento. Mas há também casos de reserva de jurisdição, em que a resistência só pode ser vencida por uma autorização jurisdicional individualizada.³² Sob o ponto de vista da situação comunicativa, todas estas situações configuram uma relação dialógica conflitiva, do tipo *discussão-contra*. E podem ser ditas “incidentais”, no sentido de que só se instauram eventualmente, como adendo numa discussão anterior em curso. Mas a teoria jurídica costuma atribuir maior relevância aos casos em que o conflito requer o provimento jurisdicional individualizado. É o que a doutrina, especialmente no campo

32 Casos existem, também, em que a resistência do titular do interesse afetado deve ser presumida – *praesumptio juris*. Como ocorre, por exemplo, quando o investigador pretende interceptar conversas ou empreender buscas domiciliares sem prévio aviso. Nestes casos, deve-se presumir a discordância dos interlocutores ou dos ocupantes do domicílio, já que não parece correto presumir a anuência nos casos de afetação invasiva de direitos fundamentais expressamente protegidos por cláusula constitucional (CF, art. 5º, XI e XII).

da jurisdição criminal, comumente denomina “incidente jurisdicional na investigação”.³³

Desde a perspectiva da teoria do discurso, o incidente jurisdicional da investigação suspende temporariamente a natureza estrutural do discurso próprio da atividade investigatória. Ele suspende a homologia entre os partícipes, instaurando uma relação dialógica-contra. E faz surgir demanda pela atuação de um elemento externo, que se encarregue de decidir. Antes de prosseguir, é preciso decidir o incidente, em uma instância jurisdicional. Em outros termos: o incidente jurisdicional na investigação é um momento crítico que interrompe o discurso da investigação, que por regra se desenvolve na forma de uma *discussão-com*. Ele instaura o conflito. E gera uma relação dialógica secundária, onde a discussão é tópica e partidarizada. No incidente, as *ações linguísticas dos partícipes se contrapõem, numa típica discussão-contra*, claramente divergente da relação dialógica principal. A atuação externa precisa vir para superar o impasse, para conferir retomada à marcha ordinária.³⁴

Conquanto sejam menos notadas como incidentes da investigação, outras situações poderiam ser apontadas como autênticas discussões conflitivas acidentais na investigação, como é o caso de algumas cautelares criminais que não se destinam a assegurar a investigação.³⁵ Em qualquer caso, o que caracteriza estes inci-

33 Por todos, veja-se o conhecido trabalho de Fauzi Chouke: CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995, em especial p. 85-93.

34 O *juiz das garantias* é figura que corresponde ao sentido destas constatações teóricas (no Brasil, ver Lei Federal nº 13.964/2019). O juiz de garantias é o elemento externo que decide, criando as condições para a retomada da homologia entre os partícipes da discussão na investigação. Ele nada mais é que uma forma institucionalizada especificamente encarregada de decidir os conflitos acidentalmente instaurados em investigações criminais.

35 No sistema brasileiro, alguns exemplos têm-se com a prisão para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP brasileiro, artigo 312). Poderia ser lembrado ainda o “indiciamento”, entendido como tal o reconhecimento formal de que um conjunto de fontes de prova aponta para a responsabilidade de uma pessoa pelo fato jurídico que é objeto da investigação. Pela perspectiva da teoria do discurso, trata-se também de uma ação linguística. Mas desde uma perspectiva formal, *a priori*, não se pode dizer que o indiciamento instaura sempre uma relação dialógica-contra, pois isto depende do direito positivo permitir o seu questionamento no âmbito da própria investigação. Num sistema como o brasileiro, que não regulamenta o indiciamento, mais natural é que ele continue a existir como um corpo sem alma.

dentos é que eles configuram um momento alterado no discurso da investigação. Fenomenologicamente, manifesta-se uma relação discursiva acidental, em que se podem notar a luta, a disputa, os jogos de estratégias para persuasão, os pontos de vista em recíproca oposição, todos os elementos da argumentação típica de uma *discussão-contra*.

Aliás, a oposição de interesses que se estabelece nestas situações conflitivas incidentais da investigação é exatamente o que possibilita uma relação dialógica-contra, do tipo *investigador-“investigado”* (que possui certa similaridade com a relação *autor-réu*, e por isso pode se apresentar enganosa, como se destaca no próximo tópico). Este é um ponto importante que não tem sido percebido por parte considerável da doutrina e jurisprudência, e a desatenção tem funcionado como uma incubadora de teorias falhas, exímias produtoras de razões para nulidades. Para ser captada como conflitiva, a relação dialógica pressupõe um polo oposto no debate. Na *discussão-contra*, a ação discursiva precisa ser direcionada em oposição a alguém. Fora destes casos conflitivos incidentais da investigação, não há sentido para falar-se em “investigado” ou “pessoa investigada”, expressões que têm sido vulgarizadas na jurisprudência e até pela teoria jurídica mas que, a rigor, não possuem sentido lógico, já que investigação faz-se sobre fatos e não sobre pessoas.

Em síntese. O incidente da investigação é um momento estrutural alterado da investigação. Ele é acidental, eventual. Provoca a passagem momentânea do discurso para a forma de uma *discussão-contra*.

4.2 As confusões e os extravios teóricos

Considerações precedentes mostraram que a investigação, vista como uma atividade, possui certa ordem interna, organizada unitariamente por uma finalidade própria – a obtenção de es-

clarecimento ao fato jurídico. Esta ordem tende a seguir com alguma estabilidade, na forma de uma *discussão-com*. A resistência eventual à prática de atos investigatórios introduz uma perturbação tópica externa, que precisa ser absorvida e superada, e isto não pode ser feito numa relação dialógica-com. A decisão para o *dubium* conflitivo incidental precisa ser buscada em normas jurídicas abstratas ou na atuação individualizada da instância jurisdicional. Em qualquer caso, a situação configura um incidente da investigação, um momento estrutural alterado acidental em que o discurso assume temporariamente a natureza de uma *discussão-contra*. E assim se pode observar que a estrutura ordinária da investigação, nos seus incidentes, suspende-se momentânea e acidentalmente, para o desenvolvimento de uma relação dialógica que é do mesmo tipo daquela que é própria do processo. Mas não se devem confundir os conflitos que ocorrem eventualmente na investigação com o conflito que qualifica essencialmente a atividade processual. Este é o ponto a ser posto em evidência. A não percepção desta distinção conceitual importante, que deveria ser primária, é fonte de graves confusões por parte considerável da doutrina e jurisprudência.

No ponto, é oportuno advertir contra os erros que aí se originam. A similaridade de identidade que os diferentes conflitos manifestam é meramente aparente. Mas, formal ou substancialmente, o conflito acidental que configura um incidente na investigação não emula e nem é uma antecipação do que pode vir a ser desenvolvido num futuro e eventual processo. Boa parte das inexactidões teóricas que se verificam no tema da investigação deve-se a este erro: o de acreditar que os conflitos incidentais da investigação são alguma forma de antecipação das questões conflitivas de que deverá cuidar um futuro e eventual processo. Como já deve ter ficado claro, um dos objetivos deste artigo é alertar que existem diferenças fenomenológicas importantes que não autorizam a confusão. A começar pelo equívoco que é supor sempre um processo subsequente à investigação. E, sobretudo,

pela clara diferença que existe entre os titulares dos interesses envolvidos nas diferentes discussões conflitivas.

A titularidade dos interesses envolvidos na discussão conflitiva é certamente o que torna mais visível a distinção. No conflito incidental da investigação, opõem-se os interesses de quem quer obter fontes de prova e os interesses daquele que se recusa a participar de atos investigatórios. Por consectário, à relação dialógica conflitiva incidental precisam ser admitidos como partícipes da discussão os titulares dos interesses envolvidos no incidente. Mas eles não são necessariamente os mesmos que se podem supor para um futuro processo, acaso venha a ser instaurado. Quando se percebe que os elementos subjetivos dos diferentes conflitos não os mesmos, percebe-se que os potenciais integrantes de um futuro e eventual processo não têm interesse jurídico para participar das discussões incidentais da investigação. Esta realidade fenomênica configura um limite subjetivo para a discussão dialógica do incidente. Pelo critério da titularidade dos interesses envolvidos, obtém-se a regra de admissibilidade: devem ser admitidos como partícipes na discussão incidental da investigação apenas aquelas pessoas cujos interesses jurídicos possam de algum modo ser atingidos pelos atos investigatórios que se discutem no incidente. Isto significa que para decidir quem deve participar da discussão incidental da investigação é despiçando cogitar quem seriam os potenciais integrantes de um futuro e eventual processo. Os partícipes da discussão incidental da investigação não são necessariamente as mesmas pessoas que irão integrar uma relação processual subsequente, acaso seja ela de fato instaurada.

Uma segunda e crucial distinção está no objeto dos diferentes conflitos. O incidente conflitivo instaura-se na investigação para discutir apenas e tão somente a afetação de interesses jurídicos demandada pelos atos investigatórios pretendidos pelo investigador. Isto significa que o conflito incidental da investigação

também tem um limite objetivo, que é um limite tópico, localizado. Para que não se generalize o processamento do conflito incidental, deve-se atentar para o tema posto na restrita discussão, que é acidental e diz respeito apenas à afetação de interesses jurídicos demandada pelos atos investigatórios que o investigador quer validar. Ou seja, o objeto do incidente não se relaciona, necessariamente, com as controvérsias que se possam supor para um subsequente processo.

Quanto se atenta para este modo de ser dos incidentes da investigação, percebe-se claramente que eles têm limites subjetivo e objetivo. Estes limites demarcam o campo da *discussão-contra* na investigação. E atuam com a relevante função de impedir que se generalizem as discussões conflitivas incidentais. Este é o ponto, entretanto, em que se revela a origem de parte considerável das confusões e extravios da justiça criminal brasileira, no tema da investigação: na ruptura dos limites subjetivos e objetivos dos incidentes da investigação. Não se percebe que os conflitos incidentais da investigação possuem restritos campos de discussão, que são perfeitamente encontráveis.

No tema, a incompreensão não respeita limites. A praxe jurídica atual tem ampliado cada vez mais a visão equivocada de que os incidentes da investigação são alguma forma de antecipação da atividade processual futura, ainda não instaurada. A ponto de fazer surgir a falsa crença de que algo da dinâmica processual precisa ser considerado enquanto ainda se desenvolve a investigação. Como se os incidentes da investigação fossem a pré-vida do processo, uma espécie de parcial antecipação das controvérsias que irão animar uma subsequente e esperada relação processual.³⁶

36 A exemplificar o sentido errôneo, tem-se a equivocada afirmação de Aury Lopes Jr, de que o segredo no inquérito seria a “proibição para alguns sujeitos processuais de tomarem conhecimento de determinados atos da investigação” (LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 124). Como se fosse sempre possível saber, ainda na investigação, quem seriam os tais “sujeitos processuais”.

Na progressão do erro surge a tendência para generalizar a *discussão-contra* na investigação. A situação comunicativa incidental passa a ser pensada como o próprio processo, em presença antecipada. Generaliza-se para toda a investigação o que é próprio apenas de seus incidentes. A própria atividade investigatória passa a ser concebida como uma discussão dialógica-contra. E assim se forma a errônea concepção, em franca expansão no Brasil, que enxerga o inquérito como uma espécie de versão antecipada do processo. O que era uma aparente simplicidade acaba gerando um emaranhado indistinguível de fenômenos.

No auge de seus extremos, a falta de clareza conceitual conduz à falsa crença de que o inquérito pode e deve considerar tudo o que seria próprio de uma discussão processual. E assim se atinge o ponto em que o pensamento equivocadamente apresenta o seu mais pronunciado extravio, que é reivindicar para o inquérito tudo o que é natural ao processo. A tese que afirma a incidência de contraditório e ampla defesa sobre atos do inquérito é apenas o exemplo mais eloquente desta classe de equívocos.³⁷ No seu auge, este

37 De um modo geral, afirmando que contraditório e ampla defesa incidem sobre o inquérito, dentre outros: CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 53-67; MAYA, André Machado. *O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática do sistema de justiça criminal*. In BALLESTEROS, Paula R. (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago do Chile: CEJA, 2017, p. 277-291; MORAES, Maurício Zanoide. *Perplexidade de Jano: quando o passado é mais presente do que o futuro*. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 365-381; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *O juiz de garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana*. In BALLESTEROS, Paula R. (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago do Chile: CEJA, 2017, p. 293-309; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 157-166; 297-306; TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004, p. 78-84. Afirmando que contraditório e ampla defesa existem na investigação “mitigados” ou “limitados”: COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 103-108; LOPES JR. Op. cit., p. 33-60. Na confusão também há quem diga que a ampla defesa existe e não existe no inquérito. Guilherme Nucci, por exemplo, diz que o advogado pode “examinar os autos” e “acompanhar a instrução, desde que constituído pelo indiciado [...] como corolário da ampla defesa.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 110-111). Mas ele também diz que “o inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 122).

ilogicismo rigoroso acredita que o inquérito pode e deve expressar algumas das típicas propriedades de uma relação processual conflitiva. O processo ainda não existe, mas já pode funcionar.

No conjunto de dificuldades teóricas que esta falsa doutrina erige, assenta-se a justiça criminal brasileira, sem comedimento. A suma de seus desacertos tem representação rematada na Súmula Vinculante nº 14 do STF, que atribui aos defensores em geral o direito de acessar autos de inquéritos, no exercício do “direito de defesa”.³⁸ O caráter errôneo da súmula, que condensa jurisprudência sedimentada da Corte, é patente. O que ela promove é uma incontida confusão conceitual. No que interessa aqui destacar, a súmula pressupõe para as investigações em geral a noção de “defesa”, que é própria apenas às relações dialógicas conflitivas. Desde uma perspectiva da teoria do discurso, o erro consiste, basicamente, em introduzir para todo o inquérito a interpretação de uma discussão-contra. De excepcional, acidental, a discussão-contra passa à condição de característica ditada às investigações em geral. Como se fosse natural a qualquer inquérito a existência de “alguém” para ser defendido.

Este embaraço conceitual tem sido a base de perdas e extensas discussões. E de profundos mal-entendidos, que têm funcionado como incubadoras de nulidades. Não à toa, já se sabe. Na base do raciocínio teórico que acompanha a jurisprudência sobre o direito de defesa em inquéritos, certa ininteligência é manifesta. Subjacente está a falsa crença de que o direito de defesa pode ser *a priori* prescrito para as investigações em geral. Só que nem o Supremo, nem os adeptos da tese, assumem como sua a tarefa de mostrar como se poderia pensar a defesa para um contexto em que não existem partes heterólogas em disputa de interesses. Apenas se pressupõe a existência de contraparte no inquérito,

38 Súmula Vinculante nº 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

à semelhança do que ocorre no processo, sem a preocupação de preestabelecer as possibilidades lógicas de exercício de defesa num momento em que ainda não existe conflito. Segundo o tumulto conceitual decretado para o sistema de justiça criminal brasileiro, a investigação deve ser entendida com certa homogeneidade em relação à atividade processual. O direito de defesa no inquérito deve ser visto como um correlato analogizado, pretensamente similar ao que se pensa para o processo. Mas isto exige que seja ignorada a diferença estrutural dos discursos que são próprios a cada atividade. Pouco importando que, na investigação, o natural é que não existem partes em mútua oposição.

Nem tudo, porém, pode ser ignorado. Há um problema de implicação lógica claramente não percebido pelos defensores da tese do direito de defesa no inquérito: eles não revelam a consciência de que “defesa” é um conceito correlativo, que exige um complemento não existente nas investigações em geral. Pois quem se defende está reagindo e isto pressupõe algum conflito, alguma provocação anterior. Esta é uma necessidade lógica de coexistência, própria dos conceitos correlativos. A “defesa”, do mesmo modo que a “reação” ou a “oposição”, não pode existir só. Não tem como se defender quem não pode experimentar alguma forma de “ataque”. É por isso que o Supremo não se ocupou de fornecer explicações para a afirmação de que existe o direito de defesa no inquérito. Não é que o Supremo, no caso, tenha sido avaro de argumentos racionais. Ele simplesmente não os tem. Em termos inteligíveis, não há como defender a racionalidade atenuada de sua jurisprudência. O Supremo não tem como fornecer critério lógico que permita decidir com algum rigor, por um juízo universal, quando alguém deve ser tratado como “investigado” numa investigação (ou “representado”, no seu vocabulário), pela simples razão de que na investigação não existe o pressuposto lógico de que depende a existência da “defesa”. Isto decorre de uma verdade

de base, não desconhecida sequer pelo senso comum: que investigações fazem-se sobre fatos, não contra pessoas.³⁹

Ao final, com a Súmula Vinculante nº 14, o Supremo consegue exercer poder sobre a prática analítica, sem razões conceituais. O conceito de “pessoa investigada” é convocado a existir. Mas não sem consequências. Para a teoria da investigação, a prescrição genérica do direito de defesa insere uma perturbação importante, que não tem sido objeto de atenção dos estudiosos. Por alguma razão ainda não clara, não parecem muitos os que se perturbam com a impossibilidade lógica de teorizar sobre a existência *a priori* de defesa numa atividade voltada ao esclarecimento de fatos. Na praxe, a repercussão da anomalia é **que já não se** regra a admissibilidade para as discussões incidentais da investigação. Fica criada, pela força, a possibilidade jurídica de participação em inquéritos para os titulares dos mais diversos tipos de interesses. Em cada caso concreto, basta que a argumentação construa para o interessado a condição de parte potencial em um futuro e imaginado processo. A decisão sobre quem tem direito de acessar autos de inquérito acaba reservada às contingências de cada caso, envolvida nas disputas nem sempre justas de interesses que a jurisprudência do Supremo engenhosamente recobre.

Não é o caso de cogitar para logo a depuração conceitual. No ambiente atual da justiça criminal brasileira, o normal é que persistam os embaraços. Este ramo da especialidade jurídica ainda cultiva a crença de que exigências lógicas podem ser recusadas

39 É uma verdade de base que apenas fatos podem ser objeto de investigações. “Investigado” é sempre um fato. É um erro elementar acreditar que pessoas possam ser objeto de investigações. Mas para incidir neste erro, parece já não haver inibições. Na doutrina, por todos, vide o trabalho de Aury Lopes Jr sobre a investigação criminal, onde o autor fala reiteradamente em “sujeito passivo da investigação”. Tanto que incide em autoironia involuntária, ao afirmar: “outro gravíssimo problema do inquérito policial é o mais completo confusãoismo [sic] acerca da situação jurídica do sujeito passivo.” (LOPES JR, Op. cit., p. 268). Também na legislação, o erro aparece em efusiva expansão. Podem-se citar, *v.g.*: a Lei Federal 8.906/94, artigo 7º, XXI, diz que é direito do advogado assistir “investigados” durante a investigação. A Lei 13.869/2019, artigo 27, criou o crime de requisitar a instauração de investigações “em desfavor de alguém”. A Lei Federal 13.964/2019, que inseriu modificações importantes no CPP, faz dezenas de menções à pessoa do “investigado”.

por razões dogmáticas. Também não é o caso de denunciar as causas ou desfazer tudo o que há de errôneo e arbitrário nas teses que se ditam para a investigação. Libertar a investigação de todas as preconceções errôneas é tarefa para outras ocasiões. Aqui o bastante é fazer surgir à consciência o indigesto nonsense da tese sobre o direito de defesa em inquéritos, para mostrar que doutrina e jurisprudência ainda se mantêm longe de enxergar com nitidez a linha divisória que afirmam enxergar entre investigação e processo. E para mostrar que um exame analítico sobre a estrutura dos discursos que se praticam na investigação e no processo permite explicar a contento os incidentes da investigação e diferenciá-los daquilo que é próprio do processo.

5. Conclusão

Conquanto não sejam sempre percebidas pela teoria jurídica, há diferenças fenomenológicas importantes entre investigação e processo que não autorizam a confusão. Uma delas está na estrutura dialógica que é própria do tipo de discurso que prepondera em cada atividade.

O processo, sob o ponto de vista da situação comunicativa discursiva, desenvolve-se por uma relação dialógica conflitiva. As ações linguísticas ocorrem entre partes contrárias, em recíproca oposição, estabelecendo um conflito que passa a pedir uma decisão. A estrutura discursiva do processo se caracteriza como uma *discussão-contra*, na qual “conflito” e “decisão” são elementos analíticos essenciais.

A *discussão-com* está imediatamente na investigação. Na investigação, os partícipes discutem “um com o outro”, em mútua cooperação. A relação dialógica preponderante é uma discussão entre partes homólogas, típica de uma *discussão-com*.

Na relação dialógica-com, o objeto da discussão não é conflitivo. E por isso não exige um processo decisório. A investigação não possui o conflito e a decisão como componentes essenciais e este é um fator que a diferencia essencialmente do processo.

Na investigação, o discurso conflitivo pode surgir, como elemento accidental. Surgindo o conflito, ele exige o seu correlato. E assim passa a demandar decisão, gerando um incidente da investigação. Mas esta é uma possibilidade meramente eventual. Nos incidentes da investigação, o conflito é sempre meio. E o seu conteúdo é sempre intermediário.

Sob o ponto de vista da situação comunicativa, os incidentes da investigação são atípicas alterações. O conflito incidental é um momento estrutural alterado da investigação. Ele provoca a passagem momentânea do discurso para uma *discussão-contra*. Suspende temporariamente a natureza estrutural do discurso.

Por um recorte analítico, os incidentes da investigação têm elementos subjetivo e objetivo que lhes são próprios. Eles limitam a *discussão-contra*, na importante função de impedir que se generalizem as discussões conflitivas incidentais. Estes limites também servem à identificação, evitando confusão com as controvérsias que poderão compor um futuro e eventual processo.

Nem sempre a teoria jurídica percebe com nitidez a diferença do discurso que prepondera na investigação, em relação àquele que se instala accidentalmente nos incidentes da investigação. E assim cria ocasião para distorções teóricas importantes. Entre os desvios teóricos que daí emergem, está a falsa crença de que os conflitos accidentais da investigação são uma forma de antecipação de algumas das controvérsias de um futuro e eventual processo.

A jurisprudência superior brasileira sobre o direito de defesa no inquérito frustra expectativas de racionalidade. Ela confunde as discussões conflitivas incidentais da investigação com as ques-

tões que se podem supor para um futuro e eventual processo. Seus desacertos estão petrificados na Súmula Vinculante nº 14 do STF, que impõe a generalização da discussão conflitiva para as investigações em geral. Assentada no erro teórico elementar, de natureza lógico-analítica, que é acreditar que pessoas podem ser objeto de investigações, a súmula cria para o inquérito um componente de fragilização, porque obriga à excessiva admissão de partícipes nas discussões do inquérito.

6. Referências

BALLESTEROS, Paula R. (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago do Chile: CEJA, 2017.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Forum, 2023.

DEWEY, John. *Lógica: teoria de la investigación*. Tradução ao espanhol Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995.

FERRARI, Alfonso Trujillo. *Metodologia da ciência*. 2. ed., Rio de Janeiro: Kennedy Editora, 1974.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

FIORENTINI, D.; LORENZATO, S. *Investigação em educação matemática: percursos teóricos e metodológicos*. Campinas, SP: Autores Associados, 2006.

HEGENBERG, L. *Etapas da investigação científica*. São Paulo: EDUSP, 1976.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Artigo

Investigação e processo: um exame formal sobre a distinção conceitual a partir da teoria do discurso, para encontrar a causa de extravios teóricos importantes

Fernando Muniz

MUNIZ, Fernando. *Prova proibida*, Curitiba, Juruá Editora, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

RODRÍGUEZ, Isabel Villaseñor; GARCÍA, Juan Antonio Gómez. *Investigación y documentación jurídicas*. 3. ed. Madrid: Dykinson, [2020?].

SALAZAR, Luis Manuel Marcano. *La investigación jurídica: herramientas para la realización del trabajo intelectual del abogado*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 21-38.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

Artigo recebido em 30/06/25.

Artigo aprovado em 22/08/25.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.557

213 - 225

**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 International de Pesos e Medidas (BIPM)* [www.bipm.org]. Em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida de parênteses contendo a unidade expressa no SI.

VII – Artigos que contenham gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar legendas que citam fonte completa e posição desses no texto. Gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem ser encaminhados um a um, em arquivos separados uns dos outros, e separados do arquivo do texto, e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (exemplos: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Artigos que contenham imagens devem apresentá-las com alta definição (mínimo de 150 *dots per inch* [DPIs]). Artigos que contenham mapas e micrografias devem apresentá-los acompanhados de suas marcas de escala.

VIII – Citações com até três linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfíroides 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 acrescidos 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 acrescidos do endereço do periódico eletrônico e da data de acesso ao periódico eletrônico (se o meio de acesso a este for *online*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://por>

tal.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.

