

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

V.2, N.14
julho/dezembro 2024



Neste segundo volume da edição de 2024, a Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba mantém o compromisso de estimular a produção de conteúdos acadêmicos na Instituição, com a abordagem de temas essenciais aos profissionais, estudantes e pesquisadores interessados em temas atuais do direito.

A obra que aqui se apresenta recepciona trabalhos sobre os mais variados assuntos jurídicos, com contribuição de renomados juristas e ênfase na qualidade científica, unindo pontos fundamentais na edificação de uma sociedade mais democrática, segura e socialmente justa. São expostos pelos escritores aspectos que moldam a vida de uma parcela expressiva da população, como conflitos constitucionais de direitos, o poder transformador da educação, a imputabilidade penal, a agilidade no processo judicial, dentre outros.

Registramos nosso profundo reconhecimento pelo comprometimento e qualidade demonstrados na elaboração dos textos publicados nesta edição da Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba. A competência demonstrada por cada colaborador enriqueceu substancialmente o material apresentado, fomentando reflexões valiosas e impulsionando o desenvolvimento do saber jurídico, além de fortalecer temas de relevância social.

Antônio Hortêncio Rocha Neto
Procurador-Geral de Justiça

ISSN 1980 - 9662
ISSN-e 2764-1910



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

ANTÔNIO HORTÊNCIO ROCHA NETO

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

VASTI CLÉA MARINHO DA COSTA LOPES

1ª SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

FRANCISCO PAULA FERREIRA LAVOR

2º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

FRANCISCO ANTÔNIO DE SARMENTO VIEIRA

CORREGEDOR-GERAL

RODRIGO MARQUES DA NÓBREGA

SECRETÁRIO-GERAL

JOÃO GERALDO CARNEIRO BARBOSA

DIRETOR DO CEAF

ANITA BETHÂNIA SILVA DA ROCHA

COORDENADORA DO CEAF

REVISÃO:

PROF. GREGÓRIO PEREIRA V. ATAÍDE

CAPA:

RICARDO ARAÚJO

FOTOS:

ARQUIVO DA ASSESSORIA DE IMPRENSA DO MPPB

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro

CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917

E-mail: revistajuridica@mppb.mp.br

Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do

Ministério Público do Estado da Paraíba

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Catálogo na publicação elaborada por Nigéria Pereira da Silva Gomes

Revista Jurídica do Ministério Público

Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João

Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 12, v. 2, n.14 - jul./dez.2024.

Semestral

1. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF.

CDU 34 (05)

ISSN 1980-9662

ISSN-e 2764-1910

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

CONSELHO EDITORIAL

João Geraldo Carneiro Barbosa

PROCURADOR DE JUSTIÇA - PRESIDENTE

Anita Bethânia Silva da Rocha

PROMOTORA DE JUSTIÇA - SECRETÁRIA

Luciano de Almeida Maracajá

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena

PROCURADORA DE JUSTIÇA

Leonardo Quintans Coutinho

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Maria Áurea Baroni Cecato

PROFESSORA DE DIREITO

Rômulo Rhemo Palitot Braga

PROFESSOR DE DIREITO

Josinaldo José Fernandes Malaquias

PROFESSOR DE DIREITO

CONSELHO CIENTÍFICO

Adrianna de Alencar Setúbal Santos

PROFESSORA DE DIREITO

Bruno Manoel Viana de Araújo

PROFESSOR DE DIREITO

Christianne Matos de Paiva

PROFESSORA DE DIREITO

José Edvaldo Pereira Sales

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Nestor Arcebíades Mendes

PROFESSOR DE DIREITO

Regina Coelli Batista de Moura Carvalho

PROFESSORA DE DIREITO

Tássio Túlio Braz Bezerra

PROFESSOR DE DIREITO

APOIO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes

TÉCNICO MINISTERIAL - EDITORAÇÃO E NORMALIZAÇÃO

Geraldo Alves Flôr

DIAGRAMADOR - DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

Silvana Cantalice Ramos

TÉCNICO MINISTERIAL - DILIGÊNCIA-ASSESSORADO CEAF

APOIO

APMP - Associação Paraibana do Ministério Público

Leonardo Quintans Coutinho

PROMOTOR DE JUSTIÇA

PRESIDENTE

COLÉGIO DE PROCURADORES

Antônio Hortêncio Rocha Neto - Presidente
Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo
 Lúcia de Fátima Maia de Farias
 Alcides Orlando de Moura Jansen
 Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena
 Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos
 Francisco Sagres Macedo Vieira
 Marilene de Lima Campos de Carvalho
 Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes
 Luciano de Almeida Maracajá
 Herbert Douglas Targino
 Joaci Juvino da Costa Silva
 Aristóteles de Santana Ferreira
Vitor Manoel Magalhães Grandeiro Rio
 João Geraldo Carneiro Barbosa
 Francisco Paula Ferreira Lavor
 Sônia Maria de Paula Maia
Francisco Antônio de Sarmiento Vieira
 José Guilherme Soares Lemos

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antônio Hortêncio Rocha Neto
 Presidente

Francisco Antônio de Sarmiento Vieira
 Corregedor-Geral

Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena
 Aristóteles de Santana Ferreira
 Francisco Paula Ferreira Lavor
 João Geraldo Carneiro Barbosa
 Francisco Sagres Macedo Vieira
Rodrigo Marques da Nóbrega - Secretário

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES DE JUSTIÇA

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Alcides Orlando de Moura Jansen, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Álvaro Cristino Pinto Gadelha, Francisco Sagres Macêdo Vieira, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Luciano de Almeida Maracajá, Herbert Douglas Targino, Joaci Juvino da Costa Silva, Aristóteles de Santana Ferreira, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, João Geraldo Carneiro Barbosa, Francisco Paula Ferreira Lavor, Sônia Maria de Paula Maia, Francisco Antônio de Sarmiento Vieira, José Guilherme Soares Lemos.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 3ª ENTRÂNCIA

Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral de Vasconcelos, Arlan Costa Barbosa, Clark de Souza Benjamin, João Arlindo Corrêa Neto, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Valdete Costa Silva Figueirêdo, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Soraya Soares da Nóbrega, Alley Borges Escorel, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcellos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Adrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Ronaldo José Guerra, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz William Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento

Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Priscylla Miranda Moraes Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcante, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Ricardo José de Medeiros e Silva, Jovana Maria Silva Tabosa, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana Amorim de Lacerda, Artemise Leal Silva, Herbert Vítório Serafin, Rhomeika Maria de França Porto, Ana Guarabira de Lima Cabral, Marcus Antonius da Silva Leite, Ana Caroline Almeida Moreira, Rodrigo Silva Pires de Sá, Edjacir Luna da Silva, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ranieri da Silva Dantas, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Clístenes Bezerra de Holanda, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Couto Ramos, Alcides Leite de Amorim, Gláucia da Silva Campos Porpino, Ricardo Alex Almeida Lins, Norma Maia Peixoto, Andréa Bezerra Pequeno Alustau, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, Adriana de França Campos, Juliana Lima Salmito, José Leonardo Clementino Pinto, Rafael Lima Linhares, Elaine Cristina Pereira Alencar, Luciara Lima Simeão Moura, Alexandre José Irineu, Manoel Pereira de Alencar, Edivane Saraiva de Sousa, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Miriam Pereira Vasconcelos, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra, João Benjamim Delgado Neto, Fábila Cristina Dantas Pereira, Eduardo de Freitas Torres, Márcia Betânia Casado e Silva Vieira, Cláudia Cabral Cavalcante, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Ilcléia Cruz de Souza Neves Mouzalas, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus Xerez, Diogo D'arolla Pedrosa Galvão, Glaucio Coutinho Nóbrega, Marinho Mendes Machado, Ismael Vidal Lacerda, Geovanna Patrícia de Queiroz Rego, Jamille Lemos Henrique Cavalcanti, Danielle Lucena da Costa Rocha, Leonardo Quintans Coutinho, Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha, Uirassu de Melo Medeiros, Sarah Araújo Viana.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Henrique Cândido Ribeiro de Moraes, Patrícia, Maria de Souza Ismael da Costa, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Sandra Regina Lauria Paulo Neto, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Eduardo Barros Mayer, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Márcio Teixeira de Albuquerque, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Leonardo Fernandes Furtado, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Livia Vilanova Cabral, José Carlos Patrício, Ana Grazielle Araújo Batista de Oliveira, Bruno Leonardo Lins, Pedro Henrique de Freitas Andrade, Leidimar Almeida Bezerra, Dennys Carneiro Rocha dos Santos, Fabiana Pereira Guedes, Stoessel Wanderley de Sousa Neto, Samuel Miranda Colares, Erika Bueno Muzzi, Flávia Cesarino de Sousa, Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho, Mariana Neves Pedrosa Bezerra, Thomaz Ilton Ferreira dos Santos, Ernani Lucas Nunes Menezes, Carlos Davi Lopes Correia Lima, Daniel Dal Pont Adriano, Levi Emanuel Monteiro de Sobral, Eduardo Luiz Cavalcanti Campos, Bruna Marcela Nóbrega Barbosa Lima, Paulo Ricardo Alencar Maroja Ribeiro, Ana Luíza Braun Ary, Larissa de França Campos, José Antônio Neves Neto, Victor Joseph Widholzer Varanda dos Santos, Izabella Maria de Barros Santos, Simone de Souza Oliveira Lima, Renato Martins Leite, Rebecca Braz Vieira de Melo, Arthur Magnus Dantas de Araújo, Rafael de Carvalho Silva Bandeira, Fernanda Pettersen de Lucena, Sávio Pinto Damasceno.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 1ª ENTRÂNCIA

Jeaziel Carneiro dos Santos, Cassiana Mendes de Sá, Airles Kátia Borges Rameh de Sousa, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier, Simone Duarte Doca, Fabiana Alves Mueller.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS

Charles Duanne Casimiro de Oliveira, Ellen Cristina Veras de Araújo Ximenes, Ernani Neves Rezende, Maria Eduarda Carvalho Nepomuceno, Nathália Ferreira Cortez, Patrícia Napoleão de Oliveira, Rafael Garcia Teixeira, Vanessa Bernucci Pistelli, Wander Diógenes de Souza, Yuri Givago Araújo Rodrigues.

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Andrés Javier Pastrano Mancayo

Capitão da Polícia Nacional do Equador
Policial Judiciário pela Direção
Nacional da Polícia Judiciária do Equador
Analista de inteligência de informações
Operacionais de CyberIntelligence
Docente em Administração de
Recursos Humanos na Direção
Nacional de Educação da Polícia
Nacional do Equador
Mestrado em Gerenciamento de
projetos pela Universidade de
Especialidades

Anthony Pedro da Silva Lucena

Acadêmico de Direito da Universidade
Federal de Campina Grande - UFCG
Estagiário de Direito do Ministério
Público da Paraíba

Arquelau Carvalho do Nascimento Neto

Bacharel em Direito
Servidor do Ministério Público do
Estado do Amazonas
Professor Voluntário da Universidade
do Estado do Amazonas
Especialista em Gestão de Talentos
Bacharel em Administração
Mestre em Administração pela Must
University/Flórida
Avaliador de trabalhos no Encontro
Nacional da ANPAD - ENANPAD
Voluntário de Iniciação Científica pela
Faculdade de Direito da UFAM

Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcellos

Promotora de Justiça do Ministério
Público da Paraíba
Atual Secretária de Planejamento e
Gestão do Ministério Público
da Paraíba

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Promotor de Justiça do Ministério
Público de São Paulo
Doutorado em Direito em Sistema
Constitucional de Garantia de
Direitos

Ícaro Ramalho Dionísio

Bacharel em Ciências Econômicas
Graduado em Análise e
Desenvolvimento de Sistemas
Analista Ministerial em Economia do
Ministério Público da Paraíba
Especialização em MBA Estratégia
de Negócios
Mestrado em Sistemas
Agroindustriais – UFCG

Filipe Wesley Leandro Pinheiro da Silva

Promotor de Justiça do Ministério
Público de Pernambuco
Pós-Graduação Lato Sensu em
Tribunal do Juri
Mestrado em Historicidade das
Ideias Penais

Hélida Katharina de Sousa Lima

Bacharela em Direito
Estagiária de Direito do Ministério
Público Federal

José Victor Tavares Galvão

Bacharel em Direito

Nilson Dias de Assis

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça
da Paraíba

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba

Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB) (Brasil

Coordenador Adjunto de Educação à Distância da Escola Superior da

Magistratura da Paraíba (ESMA/PB)

Diretor Adjunto do Departamento de Direitos Humanos da Associação dos Magistrados da Paraíba (AMPB)

Professor com Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e Direito Civil

Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona (UB)

Doutorado na Faculdade de Direito Universidade de Salamanca (Usal)

Rian Gomes do Nascimento

Acadêmico de Direito da

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Advogado

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM

Docente permanente do Programa de

Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (PPGDIR-UFAM).

Chefe do Departamento de Direito Público - FD/UFAM

Conselheiro eleito do Conselho Universitário da UFAM - CONSUNI
Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS
Especialista em Direito Homoafetivo e de Gênero - Universidade Santa Cecília.

Doutor em Direito, em Direito, Estado e Constituição, pela Universidade de Brasília – UNB.

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Brasília.

Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA.

Valério Henrique de Andrade Cordeiro

Promotor de Justiça no Ministério Público de São Paulo.

Atualmente na 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de

Caraguatatuba -SP.

Graduado pela União Pioneira de Integração Social – UPIS.

Especialização em Direito Penal Econômico pela PUC.



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

CAO - Centros de Apoio Operacional

CAO Cidadania e Direitos Fundamentais

Coordenadora: Promotora de Justiça Liana Espínola Pereira de Carvalho

CAO Cível e da Família

Coordenadora: Promotora de Justiça Liana Espínola Pereira de Carvalho

CAO Criminal e das Execuções Penais

Coordenador: Promotor de Justiça Ricardo Alex Almeida Lins

CAO da Criança e do Adolescente

Coordenadora: Promotora de Justiça Fábيا Cristina Dantas Pereira

CAO da Educação

Coordenadora: Promotora de Justiça Fábيا Cristina Dantas Pereira

CAO Saúde

Coordenadora: Promotora de Justiça Fabiana Maria Lobo de Silva

CAO do Meio Ambiente

Coordenadora: Promotora de Justiça Danielle Lucena da Costa Rocha

CAO Consumidor

Coordenadora: Promotora de Justiça Danielle Lucena da Costa Rocha

CAO Patrimônio Público, Fazenda Pública e Terceiro Setor

Coordenador: Promotor de Justiça Carlos Davi Lopes Correia Lima

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

Dando continuidade ao compromisso institucional com a produção e a disseminação do saber jurídico, o Ministério Público do Estado da Paraíba apresenta com entusiasmo o Volume 2 da Revista Institucional, edição 2024. Esta nova edição reafirma a vocação do MP paraibano como protagonista no aperfeiçoamento contínuo de suas práticas e saberes.

Após a receptividade positiva do primeiro volume, esta segunda edição se fortalece como espaço plural e democrático para o debate qualificado de temas jurídicos, sociais e institucionais. Mais uma vez, são apresentados artigos científicos, que refletem a diversidade de olhares e o engajamento dos membros e servidores do Ministério Público, além da colaboração de estudiosos e profissionais externos.

A Revista permanece comprometida com a análise crítica, o aprofundamento teórico e a valorização das experiências práticas que atravessam o cotidiano da instituição. Nesta edição, destacam-se várias reflexões sobre o papel do Ministério Público diante dos desafios contemporâneos.

Seguimos acreditando que o conhecimento compartilhado é um instrumento essencial de transformação social. Este Volume II representa, assim, não apenas uma continuidade editorial, mas o fortalecimento de uma cultura institucional voltada à **reflexão, à memória, à excelência e o diálogo**.

Em nome do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), agradecemos profundamente a todos os que colaboraram para tornar possível esta publicação “autores, articulistas, equipe editorial e parceiros; e reiteramos o convite à leitura atenta e crítica das páginas que se seguem”.

Também, registro que neste segundo volume se encontram inseridas fotos atinentes aos Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba”.

“O principal objetivo da educação é criar pessoas capazes de fazer coisas novas e não simplesmente repetir o que outras gerações fizeram.” (Jean Piaget).

“O saber é uma riqueza e os afortunados por tê-lo, devem distribuí-lo como herança para a humanidade” (o subscritor).

Boa leitura e até a próxima edição.

João Geraldo Carneiro Barbosa

Procurador de Justiça

Diretor do CEAF

SUMÁRIO



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

CEAF - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Equipe com Membros e Servidores:

Diretor: Procurador de Justiça João Geraldo Carneiro Barbosa
Coordenadora: Promotora de Justiça Anita Bethânia Silva da Rocha

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

SUMÁRIO

1 DIREITO ADMINISTRATIVO

Aspectos jurídicos dos pareceres de heteroidentificação na implementação dos direitos de acesso da pessoa negra à Universidade Pública.....	20
Arquelau Carvalho do Nascimento Neto e Thiago Augusto Galeão de Azevedo	

2 DIREITO CONSTITUCIONAL

Antinomias constitucionais: a importância da atuação jurisdicional nos conflitos entre liberdade de expressão e direitos à intimidade.....	51
Helida Katharina de Sousa Lima e José Victor Tavares Galvão	
O desafio da indução de políticas públicas com base em dados.....	86
Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcellos e Ícaro Ramalho Dionísio	

3 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O poder da educação na ressocialização de adolescente em conflito com a lei.....	110
Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcellos	

4 DIREITOS HUMANOS

Justiça para além da prescrição: revisão criminal “pro societate” e o enfrentamento à impunidade no caso Sales Pimenta vs Brasil.....	136
Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro	

5 DIREITO PENAL

A imputabilidade com pressuposto de conduta.....	169
Filipe Wesley Leandro Pinheiro da Silva	

O paradigma do proibicionismo das drogas na Espanha: análise do resultado do paradigma proibicionista no tráfico de drogas espanhol.....	191
Andrés Javier Pastrano Mancayo e Nilson Dias de Assis Neto	

6 DIREITO TRIBUTÁRIO

Efeitos penais do depósito do montante integral do crédito tributário em ação fiscal.....	219
Valério Moreira de Santana	

7 PROCESSO CIVIL

Conciliação e mediação na agilidade do processo judicial: efetivação do princípio da celeridade.....	252
Anthony Pedro da Silva Lucena e Rian Gomes do Nascimento	

1 DIREITO ADMINISTRATIVO



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

Ccrimp - Comissão de Combate aos Crimes de Responsabilidade e a Improbidade Administrativa

Presidente: Procuradora de Justiça Vaasti Cléa Marinho da Costa Lopes

Coordenador: Promotor de Justiça Eduardo de Freitas Torres

Membros: Promotor de Justiça Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho

Promotora de Justiça Jaíne Areteki Cordeiro Didier

Promotor de Justiça João Benjamim Delgado Neto

Promotora de Justiça Caroline Freire Monteiro da Franca

Promotor de Justiça José Leonardo Clementino Pinto

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

ASPECTOS JURÍDICOS DOS PARECERES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS DE ACESSO DA PESSOA NEGRA À UNIVERSIDADE PÚBLICA

Arquelau Carvalho do Nascimento Neto

Bacharel em Direito

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Advogado

Professor Adjunto de Direito da Universidade Federal do Amazonas

Resumo

Tendo em vista o poder-dever da Administração Pública de verificar se as pessoas que se autodeclaram negras realmente fazem parte do público-alvo dessa política afirmativa, são expedidos pelas comissões de hetero-identificação pareceres de ratificação da autodeclaração. Assim, esta pesquisa tem por objetivo geral analisar a estrutura e conteúdo atual dos pareceres de heteroidentificação expedidos pela Comissão Geral de Heteroidentificação da UFAM a fim de serem juridicamente aprimorados, em consonância com os princípios e normas do Direito Administrativo. Para tanto, utilizou-se de arcabouço metodológico pesquisa qualitativa, de cunho descritivo e documental, caracterizando-se como estudo de caso. Como resultado da pesquisa, verificou-se que os pareceres não estão isentos de preocuparem-se com a forma requerida pelo Direito, porém o sistema de justiça deve respeitar as decisões que são emitidas no que se refere ao mérito do parecer, haja vista que os membros das comissões de heteroidentificação representam vários segmentos da sociedade, e, por isso, haverá certo grau de subjetivismo nas decisões.

Palavras-Chave: Universidade Pública; políticas afirmativas; cotas raciais; pareceres de heteroidentificação.

Abstract

In view of the power and duty of the Public Administration to verify whether people who declare themselves black are really part of the target audience of this affirmative policy, reports ratifying the self-declaration are issued by the hetero-identification committees. Thus, the general

objective of this research is to analyze the current structure and content of the hetero-identification opinions issued by the UFAM General Hetero-Identification Commission in order to be legally improved, in line with the principles and norms of Administrative Law. To this end, a qualitative research methodological framework was used, of a descriptive and documentary nature, characterized as a case study. As a result of the research, we report that opinions are not exempt from being concerned with the form required by law, however the justice system must respect the decisions that are issued with regard to the merit of the opinion, given that the Members of hetero-identification committees represent various segments of society and, therefore, there will be a certain degree of subjectivism in decisions.

Keywords: Public University; affirmative policies; racial quotas; heteroidentification opinions.

1 Introdução

Em cumprimento às leis ordinárias¹ que visam a garantir o acesso de pessoas negras (pretos e pardos) à universidade pública, especificamente à Universidade Federal do Amazonas – UFAM, depara-se com expressiva demanda para procedimentos de heteroidentificação complementar à autodeclaração de candidatos negros. Esse fato se dá tanto na órbita de concursos públicos para composição seu quadro de pessoal permanente, como para o acesso às vagas na graduação e pós-graduação.

No âmbito da graduação, somente com o Edital de Adesão ao Processo Seletivo do Sistema de Seleção Unificada – SISU, 1ª Edição, do ano de 2023, foram reservadas 1.079 vagas para candidatos PPI – preto, pardo e indígena, para as unidades da capital e fora da sede (interior) (Pró-Reitoria de Ensino de Graduação, 2023). Todos esses candidatos precisaram ser submetidos à heteroidentificação. Assim, dentro do processo geral de matrícula, uma de suas etapas, que é a heteroidentificação, deve estar cercada das cautelas jurídicas necessárias em seu ato

¹Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012 e Lei nº 12.990, 9 de junho de 2014.

administrativo fundamental – o parecer, que é de cunho social. Deve possuir, portanto, as características legais indispensáveis, sustentado pelos princípios da Administração Pública a exemplo da motivação e segurança jurídica e afastando possibilidades de questionamentos no âmbito administrativo e judiciário.

Isso se deve ao fato de que os pareceres são construídos pelos próprios membros da Comissão de Heteroidentificação, que é formada pela pluralidade de servidores e servidoras (técnicos-administrativos e docentes) da UFAM, bem como de representantes da sociedade civil oriundos dos movimentos negro, indígena e quilombola. São os representantes de diversas vertentes da sociedade e com formação e atuação multivariada: homens, mulheres, brancos, pretos, pardos, indígenas, quilombolas e outros que ratificam a autodeclaração do (a) candidato (a) negro (a) participante da reserva legal para candidatos autodeclarados negros. Desse modo, a heteroidentificação constitui-se como elemento fundamental para o prosseguimento do ingresso da pessoa negra na instituição com a efetiva ocupação das vagas destinadas à pessoa negra.

Ou seja, há a necessidade de se assegurar os direitos de acesso à universidade àqueles que realmente são os sujeitos destinatários das políticas afirmativas de cotas raciais, procurando-se afastar, dessa forma, tentativas de fraude e demandas judiciais (mandados de segurança, por exemplo) contra o processo de heteroidentificação e consequente matrícula institucional ou posse em cargo público. Não basta ser, é preciso parecer ser.

Diante do exposto, surge o seguinte problema de pesquisa: Em que medida os pareceres de heteroidentificação da Universidade Federal do Amazonas podem ser aprimorados, à luz do Direito Administrativo? Entende-se como “aprimorar” a indicação de melhorias na estrutura e conteúdo dos referidos pareceres, tendo como base os princípios e normas de Direito Administrativo. Nessa seara, apresenta-se o seguinte objetivo geral: analisar a estrutura dos pareceres de heteroidentificação expedidos pela Comissão Geral de Heteroidentificação da UFAM a fim de serem juridicamente aprimorados, em consonância com os princípios e normas do Direito Administrativo. São os objetivos específicos desta pesquisa: 1) analisar a estrutura e conteúdo atual dos pareceres exarados pela Comissão de Heteroidentificação no período de janeiro de 2022 a dezembro de 2023;

2) identificar as principais fundamentações legais em decisões prolatadas em demandas judiciais impetradas contra as instituições públicas, em especiais instituições de ensino superior, face a não ratificação da autodeclaração de candidatos negros, e 3) apontar possíveis sugestões de ordem jurídica para melhoria na elaboração dos pareceres.

Como contribuição para a área e resultados esperados está a indispensável necessidade de se assegurar os direitos de acesso à universidade àqueles que realmente são os sujeitos destinatários das políticas afirmativas de cotas raciais, procurando-se afastar, dessa forma, tentativas de fraude e demandas judiciais (mandados de segurança, por exemplo) contra o processo de heteroidentificação, materializado em seus pareceres, e conseguinte matrícula institucional ou posse em cargo público.

2 As políticas afirmativas - cotas raciais no Brasil: aspectos teóricos e legais

O recente Estado Brasileiro tem procurado estabelecer políticas públicas para mitigar as suas disparidades que possuem marcantes traços enraizados em sua cultura, política e até em sua legislação. Esses traços são de desigualdade e, notadamente, de racismo, quer em sua forma mais evidente, quer de forma estrutural/silenciosa, mas também perversa. Para Oracy Nogueira (2007), os racismos “particulares” podem ser aqueles pautados por características fenotípicas de cor (que é o caso do Brasil), e outros que são balizados pela descendência (experiência dos Estados Unidos da América). O autor assim conceitua:

Considera-se como *preconceito racial* uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o

indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é *de origem* (Nogueira, 2007, p. 292).

Para compreender a questão suscitada pelo autor, é preciso distinguir em duas vertentes a concepção de preconceito de marca e origem. O primeiro é a associação que se faz das características fenotípicas com o racismo e, desse modo, podem ser pensados como aspectos particularizados de um racismo “de marca”. Para se definir quem é discriminado e quem é o discriminador, é preciso verificar os aspectos que caracterizam e sujeitam os indivíduos diretamente a traços fenotípicos brancos ou negros. A segunda distinção está na impossibilidade de se abrir margem para indivíduos no racismo de origem. Ainda que os sujeitos possuam características de pessoas brancas, o que prevalece é sua origem ascendente.

Isso posto, reconhece-se o racismo no Brasil como “de marca” a que são sujeitas, historicamente e até os dias atuais, as pessoas negras, ressaltando-se que, com o racismo, vem as consequências que são capazes de relegar essas pessoas a total ou precária ausência de direitos e políticas públicas. Hasenbalg (1979) argumenta que as práticas racistas são abertas e sutis e essa violência a que as pessoas negras são cometidas criam obstáculo para sua mobilidade social ascendente, na exata medida que reduz suas aspirações ao que culturalmente resta como lugar apropriado para as pessoas de cor.

Contrária a essa situação, a Constituição Cidadã de 1988, fortemente inspirada nos ideais de princípios da dignidade da pessoa humana, trouxe sob o título de um dos objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, nos termos do inciso III de seu artigo 3º. Por caracterizar-se como norma fundamental do Estado Brasileiro, a Constituição tem *status* de norma suprema e por isso todas as normas e princípios devem fielmente seguir seus mandamentos, utilizando-se para isso de leis e legislação infraconstitucional para atingir tais objetivos.

Foi nesse sentido que a Lei Ordinária nº 12.228 de 2010, denominada de Estatuto da Igualdade Racial trouxe em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso VI, que as ações que buscam promover a igual e ao preconceito enraizado na sociedade brasileiro devem ser direcionadas à popula-

ção negra. E nesse conceito de pessoa negra abarca as pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, pois são essas pessoas que historicamente tiveram sua cultura e direitos inferiorizados, não ocupando espaços privilegiados, inclusive no acesso à Universidade Pública. As chamadas políticas públicas compensatórias deveriam fazer-se presentes, como defende Santos (2001):

Se retroagirmos no tempo entenderemos por que o dia 14 de maio de 1888 está presente na vida de grande parte da população desse imenso e rico país. O 13 de maio não celebrou a paz de espírito que a Lei Áurea poderia concretizar. A família liberta, naquela data, o que herdara afinal, de seus antepassados em termos materiais? Nada. Em termos materiais, os ex-escravos só possuíam os trapos com os quais cobriam o corpo, nada além disso. (Santos, 2001, p. 312)

Como defende o autor, a “libertação” foi apenas no papel. A escravização continuou, haja vista que materialmente os “libertos” nada possuíam além de vestimentas. Com isso, as desigualdades sempre continuaram. E como uma das formas de se reduzir as desigualdades às pessoas negras, o Estado Brasileiro editou medidas legais para melhor oportunizar o acesso de pessoas negras ao ensino superior público, de forma a oferecer mais espaços para efetivação da justiça social e igualdade material daqueles sujeitos pertencentes à “raça” negra. Por isso,

usar a categoria “raça” na luta antirracista significa dizer que se os negros brasileiros são discriminados por seus traços físicos e pela cor da pele, deve-se pensar em uma articulação política em torno da negritude de forma que as mesmas características, que hoje são objeto de preconceito, sejam ressignificadas positivamente e também fonte de reparação social (Schucman, 2010, p.49).

O “ser” negro passou a significar oportunidade para inclusão e assim delinear melhor um caminho para facilitação de sua trajetória de inclusão social. É com esses aspectos da realidade social brasileira que foram criadas cotas para o acesso à Universidade Pública, tanto na

graduação quanto pós-graduação e para o seu quadro funcional. As políticas afirmativas (gênero) podem ser compostas por políticas de cotas raciais, sociais, de renda, para indígenas, pessoas com deficiência, dentre outras. Para acesso de pessoas pretas e pardas (cotas raciais) nos cursos de graduação foi instituída a Lei nº 12.711/2012 em que as instituições federais de ensino superior as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação.

Contudo, tal legislação para o ensino de graduação foi objeto de discussão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 186 - DF no Supremo Tribunal Federal - STF, ocasião em que se foi alegada ofensa aos artigos 1º, *caput*, 3º, IV, 4º, VIII, 5º I, II, XXX, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal. Uma das principais alegações contra a existência da referida Lei tratava-se da ofensa ao princípio da igualdade material insculpido na Lei Maior, notadamente no *caput* do art. 5º, princípio esse que vai muito além de uma mera igualdade formal:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (Moraes, 2002, p. 65).

Mas a condição das pessoas negras permitiu um entendimento diferente do alegado na inicial, uma vez sopesados os princípios constitucionais ali em choque (igualdade formal e justiça social), ao passo que foi julgada improcedente pelo STF a ADPF nº 186/DF, tendo em vista os motivos a seguir:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

(...)

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. (Brasil. STF, 2012, p. 2-3)

Desse modo, o STF pacificou o entendimento pela constitucionalidade das políticas afirmativas por meio de cotas raciais no ensino superior

brasileiro, lastreado nos princípios e fins de redução da desigualdade social, conforme definido pela Constituição Federal. Já para a pós-graduação, apesar de não possuir uma lei federal específica, a autonomia universitária possibilitou a criação de cotas para esse nível acadêmico. Para o quadro funcional de servidores dessas instituições de ensino superior, a Lei Ordinária 12.990, de 9 de junho de 2014 reservou aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Tais legislações possibilitaram a ampliação da diversidade étnico-racial no quadro funcional e na composição do corpo discente das Universidades. As cotas tanto para acesso à graduação e pós-graduação quanto para o quadro funcional são destinadas às pessoas pertencentes à população negra, a qual compõe-se de pessoas autodeclaradas pretas e pardas, sujeitos esses que demandam por políticas públicas específicas em razão do país de raiz colonial e escravocrata, marcado pelo racismo estrutural. Assim, ocorreram várias tentativas de deslegitimar os objetivos fundamentais para o estabelecimento das cotas raciais, em função de argumentos da igualdade formal, como explica Jesus (2018, p. 135):

A definição inequívoca, presente nas letras da reserva de vagas em concursos públicos, por exemplo, que considera negros os pretos e os pardos, se choca com um imaginário ambíguo que, ao mesmo tempo em que define o pardo como o resultado da mistura, argumenta que “todos somos resultados da mistura”. A pergunta que fica é: se somos todos resultado da mistura e, portanto, iguais, então todos temos o direito de reivindicar políticas diferencialistas, como a reserva de vagas em universidades públicas ou concursos públicos? Em contrapartida, se “somos todos iguais” não precisaríamos, e nem poderíamos reivindicar políticas específicas. Contraditoriamente, portanto, ao mesmo tempo em que ostentam um argumento igualitarista, somos todos iguais, os pardos desracializados acabam por deslegitimar uma política diferencialista como a reserva de vagas para a população negra. (Jesus, 2018, p. 135).

O autor traz à baila importante questionamento acerca de discursos de pessoas que encerram a deslegitimação da luta pela política de cotas, sob o argumento de que “somos todos iguais”, logo, a luta por políticas públicas e consequentemente uma legislação diferenciada ficaria sem motivo. Ocorre que há muita discussão a respeito dessa igualdade e principalmente ainda no que diz respeito a classificação de pessoas pardas como negras, como explica Silva *et al* (2022):

Outra dimensão importante para reflexão diz respeito aos modos de identificação fenotípica do pardo, a categoria mais sensível no trabalho das comissões. *Dado o caráter relativamente ambíguo da categoria pardo, já identificado por trabalhos clássicos e contemporâneos sobre classificação racial no Brasil* (Guimarães 1999; Feres Jr. at al. 2018; Carneiro 2004), o treinamento de agentes públicos envolvidos nas comissões é requisito fundamental para a eficiência da política, particularmente no que toca ao tema sobre o fenótipo como critério fundamental para as comissões. O peso do fenótipo para a dinâmica das relações raciais em contextos de políticas públicas é a grande novidade do debate público e acadêmico, alimentando controvérsias e a necessidade de estudos aprofundados sobre a temática, dado seu impacto relevante para os diversos segmentos populacionais brasileiros, especialmente para a população autodeclarada parda nas pesquisas censitárias nacionais. Aprofundar teórica e empiricamente as análises sobre o tema pode favorecer a melhor eficiência dos operadores da política em seus diferentes níveis, evitando eventuais danos e erros institucionais e contribuindo para a maior coerência interna entre os modelos adotados pelas instituições. (Silva *et al*, 2022, p. 21-22, grifo nosso).

Pelo exposto, Silva *et al* (2022) vem pontuar no sentido de que o fenótipo pardo requer maior aprofundamento de estudos relacionados, posto que, para fins da política afirmativa de cotas raciais, o pardo precisa ser socialmente reconhecido como pessoa negra. Isso quer dizer que, se não há consenso sobre quem é pardo para fins de aplicação dos direitos previstos nas cotas raciais, o que distingue uma pessoa parda do pardo que se apresenta à comissão de heteroidentificação, é que esta seja

socialmente reconhecido como pessoa negra, pertencendo assim como público-alvo da política afirmativa.

Nessa linha, esse processo de implementação das políticas afirmativas de cotas raciais, longe de ser simples e estático, passou a enfrentar outros novos desafios, principalmente após a melhoria de oportunidades para o acesso de pessoas negras às instituições públicas de ensino superior. Passou-se a discutir a necessidade de melhorar o controle por parte da Administração Pública dos sujeitos destinados às políticas afirmativas de cotas raciais para pessoas negras, não sendo suficiente, para fins da política afirmativa de cotas raciais, apenas a simples autodeclaração.

3 Procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração de candidatos negros e os princípios da administração pública

É nesse cenário de discussão social, a respeito da constitucionalidade das cotas raciais, que seja posta em xeque a efetividade dos objetivos a que as leis de cotas se propunham a atingir. Por isso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 – DF (Brasil, 2023). A ação tinha como objetivo afastar controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 que reservou 20% do total de vagas previstas em edital para concursos públicos para candidatos autodeclarados negros. A ação foi julgada constitucional:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

(...)

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da adminis-

tração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. (STF, 2017, p. 1-3) (grifo no original)

A decisão teve como um de seus fundamentos que, além do objetivo da República de redução da desigualdade social, princípios como da justiça social e igualdade material. Somado a isso, os candidatos a concurso público deveriam ser aprovados e atingir a pontuação necessária para constar como aprovados. Desse modo, não haveria o que se falar em burla ao concurso público, pois todas as pessoas negras prestaram as mesmas provas de que os demais candidatos e sua aprovação é condição mínima, assim como os demais candidatos, para pleitear as vagas nas instituições federais.

Outro aspecto trazido pela decisão do Pretório Excelso em sede da referida ADC foi a heteroidentificação. É como conclui Silva *et al* (2022, p. 21) “Foi possível identificar que as burocracias administrativas enfrentam grandes desafios para a implementação das ações afirmativas, sendo que um dos mais importantes é garantir o direito aos beneficiários.”

Em razão de muitas vezes pessoas de má-fé autodeclararam-se negras apenas por “conveniência” com a finalidade de usufruir de direitos destinados à população negra, a heteroidentificação foi pautada como uma prerrogativa da Administração Pública para conferir se os destinatários da política afirmativa de cotas raciais estão realmente sendo os verdadeiros destinatários. Isso se deu em razão de apenas a autodeclaração do candidato não ser suficiente para sua confirmação como pessoa negra, mas sem deixar de lado da liberdade da pessoa autodeclarar-se negra, posto que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) tem o objetivo de “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (Rios *apud* Dias; Júnior, 2018, p. 225).

Era preciso um reconhecimento social, feito por um conjunto de terceiros constituído por variados setores da sociedade capazes de

reconhecer a pessoa negra (pessoa que possui o conjunto fenotípico negroide amplamente conhecido: pele não branca, cabelos crespos, nariz e lábios proeminentes, dentre outros). Porém, esse procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração de negros deve cuidar de assegurar todos os princípios da República, como a dignidade da pessoa humana, contraditório, ampla defesa e aqueles preconizados à Administração Pública, como a motivação e segurança jurídica.

Isso posto, no âmbito da Administração Pública Federal foi expedida a Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018 a qual regulamentou o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração de candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais. A portaria apresenta aspectos a serem observados pelas comissões de heteroidentificação, especialmente no que se refere à composição plural da comissão, que invariavelmente deve possuir formação específica para sua atuação; além de orientar que “art. 12. A comissão de heteroidentificação deliberará pela maioria dos seus membros, sob forma de parecer motivado”.

É sabido que, no campo do Direito Administrativo, toda Administração Pública e seus agentes devem atuar baseados nos princípios explícitos (preconizados no art. 37 da CF/88), bem como nos demais princípios implícitos, mas que por igual modo possuem força cogente. A motivação é um dos princípios do Direito Administrativo brasileiro, que, conceitualmente, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos (Di Pietro, 2020, p. 246).

Considerando o exposto pela doutrinadora, é obrigatório que todos os atos da Administração Pública sejam motivados para que, em

conjunto com os demais princípios e normas, revistam os atos administrativos da legalidade e segurança jurídica necessários para sua validade e eficácia. E os pareceres de heteroidentificação não estão isentos de tais motivações, apesar de serem elaborados por um conjunto de pessoas que, em parte, advém da comunidade (em alguma parte não são servidores públicos propriamente ditos – aqueles que ingressam pós concurso público), mas que, naquele momento, atuam como agentes públicos (*latu sensu*).

E considerando que a heteroidentificação é um reconhecimento social da pessoa negra para fins de ratificação da autodeclaração, a fim de que esta seja considerada público-alvo da política afirmativa de cotas raciais, o conteúdo do parecer deve exprimir o entendimento da comissão sobre a ratificação ou não da autodeclaração das pessoas interessadas. É um parecer subjetivo, social, portanto, que deve ser devidamente motivado. Nessa linha, Vaz (2018):

A decisão da comissão de verificação - independentemente de confirmar ou não a autodeclaração – resulta na emissão de ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos e interesses. Imprescindível, portanto, que as decisões da comissão sejam devidamente motivadas, sob pena de serem judicialmente invalidadas. Se o fenótipo é o critério a ser apreciado quando da verificação da veracidade da autodeclaração racial, o ato administrativo que ratifica ou refuta a condição declarada pelo candidato deve apresentar motivação nesse sentido, estabelecendo se o conjunto de características fenotípicas do candidato corresponde às características fenotípicas de uma pessoa considerada socialmente negra no contexto local em questão. (Vaz, 2018, *in* Dias e Júnior, 2018, p. 61-62).

O autor considera que o parecer de heteroidentificação também é um documento público que deve ser revestido dos requisitos e forma de qualquer outro ato administrativo. Por isso, é preciso tomar cuidado com tais pareceres, uma vez que tais documentos oficiais públicos que são, podem vir a sofrer questionamentos em razão de defeitos jurídicos por via judicial (*e. g.* mandado de segurança), ao passo que candidatos a concursos

públicos ou candidatos ao corpo discente podem ultrapassar a decisão sobre a heteroidentificação que porventura tenha sido não-ratificada.

Tendo em vista que a decisão tomada pelas comissões de heteroidentificação sobre a autodeclaração de candidato vai invariavelmente engendrar pela via subjetiva dos membros que a compõe, uma vez que não há, atualmente, critérios absolutos para realizar tal aferição, ainda assim tal decisão precisará ser motivadamente explicada nos pareceres, sob pena de serem questionados pela própria via administrativa - por meio de recurso previsto na Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018 - quanto por meio de apreciação do Poder Judiciário. Desse modo,

[...] devem ser observados, para fins de motivação da decisão da comissão, três elementos essenciais: a cor da pele (principal fator), a textura dos cabelos e os traços faciais. Desse modo, a fundamentação da decisão não pode ser genérica a ponto de obstaculizar eventual defesa por parte do interessado – a exemplo de algumas decisões que se limitam a afirmar, genericamente, o não atendimento dos requisitos. Doutro lado, a análise e fundamentação antropométrica – como a que se pretendeu realizar no certame do Instituto Federal de Educação do Pará – também não devem ser aplicadas, mesmo porque vexatórias e violadoras da dignidade dos candidatos. (Vaz, 2018, *in* Dias e Júnior, 2018, p. 58).

Assim, é necessário que os pareceres se revistam das qualidades jurídicas primordiais de motivação e demais requisitos, objetivando-se assim que esse ato administrativo possua todas as formalidades necessárias para que produza seus efeitos desejados e que não dê margem para questionamentos administrativos e/ou judiciais, além de observar a legislação atualizada.

4 Metodologia

Haja vista que fundamentalmente esta pesquisa busca oferecer melhorias de ordem jurídica para os pareceres de heteroidentificação expedidos pela comissão responsável na UFAM, a classificação desta

pesquisa, quanto sua natureza, é básica, visto que se procurou levantar os aspectos jurídicos necessários discutidos, de forma ampla, pela legislação, jurisprudência e doutrina existente. No que se refere aos objetivos, esta pesquisa está classificada como de cunho descritivo, pois procurou relatar a experiência já construída pela UFAM no que se refere à heteroidentificação, posto que sua atuação se vincula a uma série de princípios e normas inerentes à Administração Pública. Como ensina Gil (2008) a pesquisa descritiva objetiva a descrição de características de determinadas populações ou fenômenos.

O método qualitativo foi escolhido, pois mostrou-se mais adequado aos fins da pesquisa, uma vez que analisa os aspectos que percorrem a identificação social das pessoas negras por terceiros para fins de direito de acesso a quem de direito à universidade pública. E isso, de forma alguma, pode ser realizado de forma objetiva. Há dados quantitativos na pesquisa, mas não serão o objetivo principal das análises.

No que tange aos procedimentos, caracteriza-se como documental, bibliográfica e estudo de caso. No aspecto documental, esta pesquisa verificou relatórios e demais documentos formais da UFAM quanto ao tema proposto, especialmente com a 1) análise de pareceres de heteroidentificação da UFAM e de 2) documentos do sistema de justiça (notadamente decisões judiciais, manifestações de Defensoria Pública) prolatadas em relação às comissões de heteroidentificação que porventura não tenham ratificado a autodeclaração de candidatos autodeclarados negros. Ainda nesse aspecto, Gil (2008, p. 147) explica que “a pesquisa documental tradicionalmente vale-se dos registros cursivos, que são persistentes e continuados. Exemplos clássicos são os documentos elaborados por agências governamentais”.

Esses documentos foram requeridos principalmente mediante consulta às Pró-Reitorias da UFAM responsáveis pelo trato da heteroidentificação no acesso à graduação e quadro de pessoal – objeto desta pesquisa – e que possuem as duas maiores demandas significativas para o estudo proposto. São elas: a Pró-Reitoria de Ensino de Graduação – PROEG e a Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas – Progesp. Respeitado o devido sigilo acadêmico e de dados pessoais, foram requeridos para análise cópias das decisões/despachos judiciais que porventura questionaram o parecer social de heteroidentificação emitido pela Comissão de Heteroidentificação. A própria Comissão Geral de

Heteroidentificação também foi consultada, em que pese haver restrição de divulgação do inteiro teor dos pareceres. Para tanto, foram obtidos alguns modelos dos pareceres emitidos para fins acadêmicos. Contudo, por conterem informações pessoais que devem ser restritas ao público em geral, o inteiro teor dos pareceres não será divulgado.

Quanto ao procedimento bibliográfico, esse método foi escolhido em razão de os temas como a heteroidentificação serem razoavelmente recentes no Brasil, além do que, tendo em vista que os pareceres também podem ser enquadrados como atos administrativos, conhecer a doutrina e jurisprudência existente quanto às normas e princípios, literatura essa atual de autores renomados na área jurídica. Serão consultados livros físicos, *e-books*, e artigos científicos correlatos para melhor compreensão do tema em questão.

Para finalizar, a pesquisa aqui proposta pode ser classificada como estudo de caso, pois o *locus* de pesquisa está nas ações já realizadas pela Ufam no que se refere à heteroidentificação. Para Yin (2001, p. 21), o estudo de caso “contribui, de forma inigualável, para a compreensão que temos dos fenômenos individuais, organizacionais, sociais e políticos”. É o que se busca com esta pesquisa: contribuir para o aperfeiçoamento jurídico das práticas administrativas promovidas pela Ufam na implementação das políticas afirmativas de cotas raciais para ingresso na graduação e pós-graduação, que tem como importante do instrumento de apoio o parecer de heteroidentificação.

5 Resultados

Para que se possa verificar a possibilidade de aprimoramento de ordem jurídica ao seu ato administrativo fundamental de heteroidentificação, o parecer, é preciso conhecer a estrutura, composição e funcionamento da Comissão Geral de Heteroidentificação da UFAM, responsável, dentro do processo de matrícula, pela etapa de heteroidentificação aos candidatos autodeclarados negros. Os principais resultados encontram-se dispostos a seguir.

5.1 A Comissão Geral de Heteroidentificação da Ufam

A Comissão Geral de Heteroidentificação – CGH da Ufam foi criada pelo Conselho Universitário da UFam em 2020, após intenso e necessário diálogo com os vários movimentos sociais e comunidade universitária (Comissão Geral de Heteroidentificação, 2024) e tem como finalidade de executar as práticas administrativas de reconhecimento por terceiros da condição autodeclarada pelos candidatos nos concursos e processos seletivos da instituição. Pela Resolução nº 020, de 16 de agosto de 2021 (Universidade Federal do Amazonas, 2023) houve reformulação da Comissão em seus aspectos materiais e correções pontuais na redação de sua resolução criadora, e que, por meio da Portaria GR nº 2.029 de 10 de dezembro de 2021, constituiu efetivamente a comissão com os primeiros integrantes. Ressalva-se que já havia heteroidentificação propriamente dita na Ufam desde 2019, por meio de comissões *ad hoc*.

Voltando-se para a análise de sua estrutura, nota-se que a comissão é constituída por servidores docentes, técnicos-administrativos, além de outros segmentos da comunidade, como discentes e membros dos movimentos negro, indígena e quilombola. A previsão normativa é de 36 representantes, com mandato de 2 anos, permitida a recondução. Importante citar o caráter democrático dessa comissão: parte de seus membros é indicada pelas chefias superiores das pró-reitorias e unidades acadêmicas. A outra parte dos servidores e discentes é escolhida mediante edital. Quanto às representações dos movimentos sociais, essas são indicadas pelos seus respectivos pares, na medida de sua autodeterminação.

Pela pesquisa de campo realizada, houve o reconhecimento formal, por parte das unidades acadêmicas e administrativas da Ufam, do alcance da comissão. Segundo o repassado pela Comissão (Comissão Geral de Heteroidentificação, 2023), foi verificado que houve a atuação em 22 bancas de Heteroidentificação no ano de 2022 e mais de 40 no ano de 2023, distribuídas em diversos certames das áreas de graduação, pós-graduação e concursos públicos para o quadro permanente de pessoal, realizadas nas modalidades *on-line* de forma assíncrona (por meio da página ingresso.ufam.edu.br) para os cursos de graduação, e de forma síncrona (via *Google Meet*) ou presencial, para pós-graduação e concur-

sos públicos, conforme a necessidade. Dessa feita, cada candidato (a) que passou por cada banca de heteroidentificação (ordinária ou recursal) recebeu um parecer acerca de sua condição autodeclarada.

A atuação da CGH foi em processos seletivos da graduação, como Enem, SisU, Processo Seletivo do Interior, Processo Seletivo a Distância, dentre outros. Na seara das pós-graduações é onde houve o menor quantitativo de atuação da comissão. Já com os concursos públicos, a comissão elaborou pareceres para concursos destinados à seleção de docentes e de técnicos-administrativos, nos termos da legislação vigente (Comissão Geral de Heteroidentificação, 2023).

5.2 Legislação sobre procedimento de heteroidentificação

No tocante à legislação, é válido mencionar que foi verificado junto à comissão que aferições de candidatos à vagas reservadas a pessoas negras em concursos públicos têm se realizado desde 2017, ainda sob a égide da já revogada Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016, com condução por parte da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas, 2024).

Cumprir informar que a legislação federal a que a Ufam está submetida foi recentemente alterada. Até o momento da elaboração do projeto de pesquisa referente a este artigo, ainda estava em vigor a Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018 da Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Essa portaria trouxe inovações em relação ao regramento anterior (ON nº 3/2016) principalmente no que tange o detalhamento sobre a convocação dos candidatos aptos a participar da heteroidentificação, composição da comissão, procedimentos sobre gravação do procedimento, trâmite recursal e eliminação do candidato, essa última imposta ao candidato que não tivesse sua autodeclaração ratificada pela Comissão de Heteroidentificação, consequência essa não prevista na orientação anterior.

Essa eliminação total do candidato na Portaria Normativa nº 4/2018 durou até a publicação da Portaria SGP/SEDGG/ME nº 14.635, de 14 de dezembro de 2021, da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. Nessa nova publicação, o Governo

Federal estipulou que os candidatos que não tivessem sua autodeclaração confirmada agora passariam a concorrer apenas na lista de ampla concorrência, ficando excluído apenas da lista de reserva de vagas para negros. Por este disposto jurídico verifica-se a importância das consequências da não-ratificação, no seio do parecer de heteroidentificação, da condição de pessoa negra autodeclarada.

Já no ano de 2023, foi publicada a Instrução Normativa MGI nº 23, de 25 de julho de 2023, que ratificou o entendimento trazido pela Portaria SGP/SEDGG/ME nº 14.635, de 14 de dezembro de 2021, e trouxe novas disposições a respeito da aplicação da heteroidentificação em processos seletivos simplificados de contratação (antes não prevista, como por exemplo o cargo de professor substituto), além de dispor sobre o cálculo da reserva de vagas.

A respeito dessa última Instrução Normativa, e com foco ao objeto deste trabalho que são os pareceres de heteroidentificação, a referida norma apenas limita-se a dizer que: “Art. 23. A comissão de heteroidentificação deliberará pela maioria de seus membros, *em parecer motivado*” e que, no mesmo artigo, “§3º O teor do parecer motivado será de acesso restrito, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011” (Lei de Acesso à Informação). Desde a primeira publicação de norma sobre heteroidentificação em 2016, mais detalhes acerca desse parecer não são fornecidos, ficando a cargo de cada instituição elaborar seu modelo de parecer, a fim de atender às suas particularidades.

5.3 Pareceres de heteroidentificação na Ufam

No âmbito da Ufam, estabeleceu-se um padrão de texto a fim de otimizar as diversas demandas existentes dos setores responsáveis pela convocação dos candidatos para heteroidentificação. Para cada modalidade (*online* ou presencial) ou forma (assíncrona ou síncrona), a CGH estabeleceu um modelo de parecer a ser utilizado pela banca examinadora. Em razão do §3º do art. 23 da Instrução Normativa MGI nº 23, de 25 de julho de 2023, os pareceres oficiais têm caráter restrito e só podem ser revelados em casos excepcionais, sob demanda de algum órgão de controle ou judicial, razão pela qual não será possível publicar nesta

pesquisa o inteiro teor dos pareceres, mas apenas algum texto de forma genérica.

Utilizando-se da página ingresso.ufam.edu.br, a CGH utiliza tal mecanismo eletrônico para realizar a heteroidentificação dos candidatos (*on-line*). Ressalta-se que essa modalidade está voltada para a heteroidentificação de candidatos ingressantes na graduação. E nela há um elevado número de candidatos que são submetidos: cerca de 300 candidatos por banca, no pico da demanda, com curto prazo geralmente de 5 a 10 dias corridos para análise e elaboração dos pareceres de cada candidato.

Conforme a pesquisa de campo realizada, nessa modalidade (*on-line*, assíncrona), os pareceres são sucintos e limitam-se a informar: “autodeclaração confirmada, considerando que o candidato apresenta características fenotípicas da pessoa negra (preto ou pardo), quais sejam: pele não branca, cabelos crespos, nariz e lábios proeminentes, desta maneira, pode ser reconhecido socialmente como negro.” (Comissão Geral de Heteroidentificação, 2023b). Ao fim do prazo de análise, o candidato submetido à heteroidentificação recebe via sistema o resultado do parecer.

Para as heteroidentificações síncronas e presenciais, o parecer é mais desenvolvido, posto que há menos candidatos, o que oportuniza um melhor desenvolvimento do texto motivador. Também há um sentido pedagógico nesse parecer. O objetivo é explicitar a finalidade da política afirmativa de cotas raciais para candidatos negros. Desse modo, consta no parecer, além do texto citado no parágrafo anterior, os dados do candidato e do processo seletivo, a discriminação da legislação vigente que embasa o referido parecer, bem como uma parte destinada a elucidar ao candidato o sentido daquele procedimento de heteroidentificação, vinculando-o a algo maior, que é política pública para inclusão de pessoas negras na Universidade. Por fim, o resultado da heteroidentificação presencial ou síncrona é publicado em lista geral com o resultado “confirmado” ou “não confirmado”.

Vale ressaltar, portanto, que os pareceres têm alto grau de generalidade e de “padronização”. Não é feita nenhuma descrição do candidato em análise, sendo que no parecer consta apenas o texto padrão de ratifi-

cação ou de não ratificação do candidato por não possuir as características fenotípicas gerais da pessoa negra no entendimento da comissão. Tal informação é suficiente, juridicamente falando, para afastar possíveis questionamentos ou recursos no âmbito administrativo e judicial? Aqui reside a primeira sugestão de melhoria: que é a compatibilização entre os pareceres emitidos para a modalidade (*on-line* ou presencial) ou forma (assíncrona ou síncrona) a fim de que possuam, ainda que em texto diferente, o mesmo caráter pedagógico que há nos pareceres expedidos para as heteroidentificações ocorridas de forma presencial.

Observa-se que, implicitamente, o membro da comissão utiliza de critérios subjetivos para formar sua decisão pessoal e que o resultado disso acaba afetando o documento oficial da Administração Pública, que deveria pautar-se por critérios legais e objetivos, assim como determina a legislação administrativa vigente e conforme preconizado pela doutrina (Di Pietro, 2020).

Mas, nesse caso, como elaborar um texto eminentemente objetivo, como manda o Direito Administrativo, sem recair na inutilizável escala “lombrosiana”? Como afastar possíveis nulidades do parecer pelo uso de critérios subjetivos, haja vista que a heteroidentificação ainda precisa utilizar da subjetividade de cada membro responsável pela análise? Como equilibrar os critérios subjetivos e objetivos sem deixar o parecer carente de segurança jurídica na análise do mérito do candidato concorrente às vagas destinadas às pessoas negras?

Nessa linha de discussão sobre heteroidentificação na esfera judicial, esclarece-se que, em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu a respeito de mandado de segurança que foi impetrado para questionar parecer de comissão de heteroidentificação que não ratificou a autodeclaração de candidato. A ação foi extinta por inadequação da via eleita, sem resolução de mérito. A decisão assim constou:

É inadequado o manejo de mandado de segurança com vistas à defesa do direito de candidato em concurso público a continuar concorrendo às vagas reservadas às pessoas pretas ou pardas, quando a comissão examinadora de heteroidentificação não

confirma sua autodeclaração. STJ. 1ª Turma. RMS. 58.785-MS.
Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 23/08/2022 (info 746).

Mandados de segurança são remédios constitucionais previstos no inciso LXIX, art. 5º da Constituição Federal de 1988: “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Ocorre que o remédio constitucional exige, para sua consumação, a existência de direito líquido e certo, ou seja, pode-se ser comprovado de plano (prova pré-constituída).

Porém o parecer de heteroidentificação reveste-se de fé pública e não há, atualmente, critérios absolutos que venham para orientar objetivamente a aferição realizada pela comissão de heteroidentificação. Precisa-se que tal decisão admite prova em contrário, exigindo-se, para tanto, que os argumentos contrários sejam devidamente qualificados e robustos. Em outras palavras, é preciso dilação probatória para se discutir o pedido do interessado. Entretanto, não cabe dilação probatória em mandado de segurança, nos termos dos arts. 6º, § 5º, e 10, *caput*, da Lei n. 12.016/09.

Quanto a outras jurisprudências sobre o que se tem questionado que se deve conter nos pareceres de heteroidentificação, têm-se questionado a motivação e o caráter genérico dos pareceres, o que vai de encontro à motivação do ato administrativo. A seguinte decisão da Seção Judiciária do Rio de Janeiro assim se impõe:

A motivação é a declaração escrita dos motivos que ensejaram a prática do ato e integra a forma do ato administrativo, acarretando a sua ausência a nulidade do ato, por vício de forma. (...). Novamente, agora em sede recursal, a condição declarada pela impetrante foi indeferida. Em ambas as oportunidades, não houve manifestação de quais características da Impetrante tornam ela inapta a ser declarada parda, seja pela Comissão de Heteroidentificação Racial, seja pela Banca Recursal de Heteroidentificação Racial. (Brasil. TRF 2ª

Região. *Mandado de Segurança Cível* Nº 5005540-66.2023.4.02.5101/RJ, 2023, p. 4).

Inclusive, na mesma decisão acima, há duas outras importantes decisões da quinta turma do TRF 1 que fortalecem a decisão principal, destacando-se uma delas:

III. Na hipótese dos autos, denota-se que o indeferimento de matrícula do autor não está devidamente fundamentado, mas com negativa genérica, enquanto que a autodeclaração apresentada pelo candidato não apresenta qualquer indício de falsidade ou inconsistência, eis que em consonância com a documentação (foto e vídeo) carreada aos autos, a comprovar o enquadramento do seu fenótipo como pardo. (Brasil. TRF 2ª Região. *Mandado de Segurança Cível* Nº 5005540-66.2023.4.02.5101/RJ, 2023, p. 6)

Pela análise realizada do excerto ora em apreço, e em que pese o mandamento pela objetivação das motivações no âmbito do direito administrativo para a administração pública, as jurisprudências e doutrina jurídica parecem exigir um detalhamento muito específico sobre quais características os candidatos submetidos à heteroidentificação devem possuir para fazerem jus às vagas reservadas. Nessa linha, há o notório choque entre objetividade *versus* subjetividade para a formação do parecer de heteroidentificação. Isso se dá pois os membros da comissão, em medida ou outra, possuem percepções distintas acerca do perfil do negro no Brasil, o que pode culminar em situações cujas decisões pela confirmação não sejam pela unanimidade: é o que a autora especialista em heteroidentificação e cotas raciais, Prof. Dr^a Marcilene Garcia de Souza denomina “casos difíceis” (Rodrigues, 2022).

A resposta para essa situação não parece estar próxima a uma definição absoluta. Pessoas negras possuem traços fenotípicos que são notórios (critérios objetivos), mas deve-se ser analisado o caráter singular da composição da banca de aferição: são pessoas distintas dos mais variados segmentos da sociedade e que representam, ao fim, parcela da população. É por isso que a sua decisão deve ser respeitada, haja vista que são pessoas escolhidas pela própria sociedade (grupo) para dizer quem é negro em cada localidade (critério subjetivo), sem excluir os traços fenotípicos gerais da pessoa negra. Por isso,

(...) fortalece o “caráter político” das cotas raciais e de seu sentido, quando oportuniza, em muitas situações, pela primeira vez, que pessoas negras (pretas ou pardas) se declarem como tal num documento e diante de outras pessoas para serem beneficiadas. Em muitos relatos, sobretudo de candidatas, *fica explícito o marco do momento em que consideram ser a primeira vez na vida que sua cor escura, seus lábios, cabelos crespos serão utilizados como critérios para incluir e não excluir.* (Souza, 2020, p. 93) (grifo nosso)

Esse “caráter político” sugere que a comissão delibere acerca dos traços apresentados pelo candidato no momento da aferição, traços esses que já foram objeto de racismo generalizado. E dessa análise resulta o parecer, instrumento que deve seguir princípios e normas do Direito para que se afaste possíveis questionamentos pelo sistema de justiça e assim prevaleça a análise da comissão, atingindo assim a finalidade das ações afirmativas por meio das cotas raciais nas universidades públicas. Assim, a segunda sugestão de melhoria seria no sentido de incluir como parte da motivação do parecer as características gerais da pessoa negra entendida pela comissão no contexto amazônico, em que pese já haver no parecer as características gerais da pessoa negra no âmbito nacional. Desse modo, poderia ser compatibilizada os requisitos exigidos pelo sistema de justiça no que diz respeito à motivação, mas sem desrespeitar a análise objetiva e subjetiva que é feita pela comissão a partir dos traços negroides apresentados pelos candidatos.

6 Considerações finais

Esse artigo teve por objetivo analisar a estrutura e conteúdo atual dos pareceres de heteroidentificação prolatados pela Comissão Geral de Heteroidentificação da Ufam, a fim de que pudessem ser sugeridas melhorias à luz do Direito. Para tanto, fez-se pesquisa *in loco*, verificando-se os modelos de pareceres expedidos pela comissão no âmbito de suas competências para utilização nos processos de ingresso da graduação e no quadro funcional de servidores efetivos. Também foram analisados documentos expedidos pelo

sistema de justiça (decisões judiciais e de Defensoria Pública) que foram recebidos pela comissão no período delineado nesta pesquisa.

Como resultado da pesquisa, verificou-se que, apesar de os pareceres exprimirem a análise objetiva e subjetiva dos membros da comissão responsável por emití-los, tal documento deve seguir as regras formais do Direito no que se refere à motivação e segurança jurídica. Também se constatou oportunidades de melhoria no que se refere à compatibilização do conteúdo dos pareceres nas diversas modalidades em que a comissão atua: *on-line* ou presencial, síncrona ou assíncrona. Outro ponto de melhoria seria uma melhor explicitação das características negroides que a comissão entende ser indispensáveis na visão de seus membros representantes do contexto amazônico.

Referências

BRASIL. *Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2012 (a). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília: Casa Civil, 2014 (b). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm. Acessado em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186 - DF*. Brasília: Supremo Tribunal Federal 2012. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade nº 41 – DF*. Brasília: Supremo Tribunal Federal 2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Mandado de segurança cível nº 5005540-66.2023.4.02.5101/RJ*. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 32ª Vara Federal do Rio de Janeiro, 2023.

COMISSÃO GERAL DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. *Planilha com dados referente à atuação de 2022 e 2023*. Manaus: UFAM, 2023.

COMISSÃO GERAL DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. *Modelos de pareceres e manifestações do sistema de justiça*. Manaus: UFAM, 2023.

COMISSÃO GERAL DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. *Página oficial da Comissão Geral de Heteroidentificação da UFAM*. Disponível em: <https://cgh.ufam.edu.br/sobre-cgh-ufam.html> Acesso em: 31 jan. 2024.

DIAS, Gleidson Renato. JUNIOR, Paulo R. F. T (orgs). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018. Disponível em: <https://goo.gl/m2u7gN>. Acesso em: 27 mar. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdade racial no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

JESUS, Rodrigo. E de. *Autodeclaração e heteroidentificação racial no contexto das políticas de cotas: quem quer (pode) ser negro no Brasil?* In: SANTOS, J. S.; COLEN, S.; JESUS, R. E.de. *Duas Décadas de Políticas Afirmativas na UFMG: Debates, implementação e acompanhamento*. Rio de Janeiro: UERJ, LPP, 2018. P. 135, v9 (Coleção Estudos Afirmativos).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem*. Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. São Paulo: Tempo Social,

v. 19, n. 1, p. 287-308, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/MyPMV9Qph3VrbSNDGvW9PKc/?lang=pt>. Acesso em: 13 abr. 2023.

PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE GRADUAÇÃO. *Edital de adesão da UFAM ao processo seletivo de seleção unificada – 1º/2023*. Manaus: Pró-Reitoria de Ensino de Graduação, 2023. Disponível em: https://sei.ufam.edu.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=1498176&id_orgao_publicacao=0. Acesso em: 27 mar. 2023.

PRÓ-REITORIA DE GESTÃO DE PESSOAS. *Página oficial de concursos e seleções da UFAM*. Disponível em: <https://progesp.ufam.edu.br/crs.html>. Acesso em: 18 jan. 2024.

RODRIGUES, Gabriela Machado Bacelar. *Incorporando a mestiçagem: a fraude branca nas comissões de heteroidentificação racial*. Horiz. Antropol. Porto Alegre, ano 28, n. 63, p. 307-331, maio/ago, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/c8dbHPzVrtqfczMxQDW4Jdk/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 abr. 2024.

SANTOS, Hélio. *A Busca de um caminho para o Brasil*. A trilha do círculo vicioso. São Paulo: SNAC, 2001.

SCHUCMAN, Lia Vainer. Racismo e antirracismo: a categoria raça em questão. *Revista de Psicologia Política*, 10, 41-55: 2010.

SILVA, Ana Claudia. LEITE, Douglas Guimarães. RIOS, Flavia. VINUTO, Juliana. *Comissões de heteroidentificação e universidade pública: processos, dinâmicas e disputas na implementação das políticas de ação afirmativa*. Dossiê – MANA 28 (3): 1-31, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/QMMdBrWhKKS49yWGxwKCdvt/>. Acessado em: 27 mar. 2023.

SOUZA, Marcilene Garcia de. *Bancas de aferição, fraudes e seus desafios na educação superior e nos concursos públicos*. Educação em Debate, Fortaleza, ano 42, nº 83 - set./dez. 2020. Disponível em:

https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/58150/1/2020_art_mgsouza.pdf. Acesso em: 29 abr. 2024.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS. *Resolução nº 020, de 16 de agosto de 2021*. Dispõe sobre a composição e atuação da Comissão Geral de Heteroidentificação (CGH) e Comissões Setoriais de Heteroidentificação, no âmbito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Manaus: UFAM, 2021. Disponível em: <https://conselhos.ufam.edu.br/images/deliberacoes/sei23105018212202111.pdf>. Acessado em: 27 mar. 2023.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

CEL - Comissão de Elaboração Legislativa

Presidente: Procurador de Justiça Francisco Paula Ferreira Lavor

Membros: Promotor de Justiça José Farias de Souza Filho
Promotor de Justiça José Guilherme Soares Lemos
Promotor de Justiça Alexandre César Fernandes Teixeira
Promotora de Justiça Ana Caroline Almeida Moreira
Promotor de Justiça Eduardo de Freitas

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

ANTINOMIAS CONSTITUCIONAIS: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NOS CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INTIMIDADE

Helida Katharina de Sousa Lima

Bacharela em Direito

José Victor Tavares Galvão

Bacharel em Direito

Resumo

O presente trabalho, através de ampla revisão bibliográfica, analisa a atuação jurisdicional como mecanismo para resolver antinomias constitucionais entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, com o objetivo de examinar a importância do encargo hermenêutico nesses conflitos para a obtenção de uma decisão justa. Inicialmente, discute-se o papel do neoconstitucionalismo e a relevância dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, como fundamentos que norteiam as decisões judiciais. A técnica da ponderação é apresentada como método essencial para equilibrar esses direitos em conflito, considerando que os direitos fundamentais em questão não possuem hierarquia e devem ser harmonizados com base nas particularidades de cada caso concreto. Para isso, o estudo aprofunda-se nas distinções entre princípios e regras, enfatizando a importância da hermenêutica na resolução das antinomias e o impacto dos precedentes judiciais na promoção da segurança jurídica. Conclui-se que a atuação jurisdicional é fundamental não apenas para assegurar a justiça em cada caso individual, mas também para estabelecer normas orientadoras para decisões futuras em casos semelhantes. Portanto, incumbe ao intérprete, nos casos em choque envolvendo a liberdade de expressão e o direito à intimidade, utilizar-se da técnica da ponderação, em concomitância, quando possível, com a concordância prática, a fim de formular decisões justas que, posteriormente, serão utilizadas como precedentes judiciais.

Palavras-chave: liberdade; intimidade; ponderação; jurisdição; antinomias constitucionais.

Abstract

This work, through a broad bibliographical review, analyzes judicial action as a mechanism to resolve constitutional antinomies between freedom of expression and the right to privacy, with the aim of examining the importance of jurisprudential action in these conflicts to obtain a fair decision. Initially, the role of neoconstitutionalism and the relevance of constitutional principles, especially that of human dignity, are discussed as foundations that guide judicial decisions. The balancing technique is presented as an essential method for balancing these conflicting rights, considering that the fundamental rights in question have no hierarchy and must be harmonized based on the particularities of each specific case. To this end, the study delves into the distinctions between principles and rules, emphasizing the importance of hermeneutics in resolving antinomies and the impact of judicial precedents in promoting legal certainty. It is concluded that judicial action is fundamental not only to ensure justice in each individual case, but also to establish guiding standards for future decisions in similar cases. Therefore, it is up to the interpreter, in conflicting cases involving freedom of expression and the right to privacy, to use the technique of balancing, in conjunction, when possible, with practical agreement, in order to formulate fair decisions that, subsequently, will be used as judicial precedents.

Keywords: freedom; intimacy; weighting; jurisdiction; constitutional antinomies.

1 Introdução

Este trabalho examina a relevância das decisões judiciais acerca dos casos concretos que envolvem antinomias constitucionais entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da intimidade, destacando sua importância para a criação de soluções que materializam o viés da justiça imposto pela Constituição Federal. A análise evidencia a necessidade, por parte do órgão julgador, de exame minucioso do respectivo litígio para, com isto, proporcionar as decisões judiciais que estejam de acordo com o princípio da concordância prática, concretizando, dessa forma, a unidade da Carta Magna.

Essa abordagem é essencial, pois observa, de maneira bastante recorrente, a incidência de processos que possuem, como pontos controvertidos, a tutela do direito à intimidade em divergência com o direito à liberdade de expressão, ambos positivados na Lei Maior. Dessa forma, cabe-se afirmar que tal situação processual demonstra que, para ocorrer a devida efetividade e eficácia da lei, é essencial a presença da atividade jurisdicional, pois esta estabelece norma individual e concreta.

É importante salientar, concomitantemente, a contribuição do presente trabalho para discorrer acerca do papel da jurisdição para a materialização dos princípios e objetivos dispostos, de forma expressa ou sistemática, na legislação brasileira, tendo em vista que, muito frequentemente, as regras expressas se chocam e invocam, com isto, a atuação da Justiça, devido ao fato de que esta possui como escopo social a pacificação em concreto dos litígios da sociedade, sendo que, em casos de conflitos de direitos fundamentais, faz-se o mérito através do uso dos princípios da interpretação constitucional pelo órgão julgador.

Este intento será conseguido através da revisão bibliográfica da temática constitucional e infraconstitucional, frisando, especialmente, os dispositivos que fazem referência aos direitos da personalidade, tendo como base a Constituição Federal de 1988.

2 O Neoconstitucionalismo e a integralidade do texto constitucional

Preliminarmente, é interessante, para melhor compreensão do tema, abordar, antes de posteriores comentários, o fato de que a atual Constituição Federal brasileira foi elaborada diante da vigência das ideias dominantes do neoconstitucionalismo, movimento este caracterizado por visar a refundação do direito constitucional com base em novas premissas, tais como: a) a construção de uma Constituição eficaz e material, e que não apenas limite o poder estatal; b) a concretização das prestações materiais oferecidas ao povo, para, consequentemente, ocorrer a solidificação do Estado Democrático de Direito; c) o modelo axiológico e teleológico das normas, independente da natureza de princípio ou regra; d) a supremacia formal e material da Carta Magna e, mas não somente; e) a ampliação da jurisdição constitucional como elemento primordial para a efetivação de princípios fundamentais.

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva”¹.

Dessa maneira, entende-se que a Carta Magna é estruturada, também, com regras de conteúdos programáticos que visam a materialização das prestações materiais nelas contidas. Em concordância com essa narrativa, traz-se, à título de ilustração, o artigo 3 da Lei Maior, dispositivo que estabelece uma série de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo importante, para a dissertação deste artigo, frisar um destes propósitos: “a construção de uma sociedade justa, livre e solidária” (Brasil, 1988, art. 3). Em defluência deste comando constitucional, e de outros artigos do corpo da Lei Maior, às leis infraconstitucionais, em especial o Código Civil, tutela, como exemplo, que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (Brasil, 2002, art. 21). Demonstrando, com isso, a superioridade e continuidade do conteúdo da Constituição no campo infraconstitucional, além de asseverar a concretização da positivação de seu comando programático pelo âmbito legislativo.

O homem tem direito aos seus segredos. Essa é a dimensão natural da disposição constitucional que protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sujeitos de direito (CF 5.º X). O comando legal tem duas vertentes. A primeira é a de garantir a forma como o cidadão fará cessar qualquer ataque à sua vida privada, postulando em juízo contra o Estado “prevenindo o indivíduo contra as ingerências arbitrárias dos poderes públi-

¹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.31.

cos”, ou contra particulares; a segunda é a de abranger, no conteúdo da expressão “vida privada”, outros elementos que se podem exemplificar como fundamentais à sua reputação: vida familiar, domicílio, correspondência, dados pessoais, hábitos pessoais, crenças religiosas, relações com outros seres humanos etc. Ou seja: a norma consagra dois aspectos distintos: a) o direito da pessoa gozar de uma boa reputação; b) o direito da pessoa revidar atentados a essa boa reputação. (Barreto, Cedh, p.181, *apud*, Junior; Nery, 2022, p.221).

Outrossim, identifica-se, no texto constitucional atual, outros dispositivos que manifestam a forte presença do neoconstitucionalismo na elaboração da Carta Magna, como, por exemplo, a figura de princípios que dão força normativa à Constituição, através do comando sistemático de priorização da efetivação dos direitos fundamentais. Expondo de maneira mais prolixa, tem-se, como amostra, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois esta norma é uma das diretrizes que orientam as ações dos poderes estatais, norteando, a exemplo, como o magistrado, o legislador e o administrador devem atuar para substancializar os fins sociais e jurídicos que a integralidade da Lei Maior busca, em acordo com o princípio da unidade constitucional. Sendo assim, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana induz a necessidade de concretização da Lei Básica, em especial dos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, “a correta aplicação dos direitos e garantias fundamentais configura, na prática, elemento indispensável à realização do princípio da dignidade da pessoa humana” (Júnior; Nery, 2022, p. 80).

Assim, mesmo que a dignidade da pessoa humana seja uma norma de eficácia plena, diferente das normas programáticas, ela ajuda, de maneira integral, a conduzir a atividade dos respectivos poderes estatais, mantendo seus atos em concordância com o disposto na Carta Magna. Portanto, seguindo o pensamento de Marmelstein (2011), traz-se como ilustração que o respeito à autonomia da vontade (liberdade) e o respeito à integridade física e moral, ambos positivados no artigo 5 da Constituição Federal, são alguns dos atributos do princípio da dignidade da pessoa humana que guiam a interpretação do ordenamento jurídico e, portanto, fornecem direção para a leitura sistêmica da Lei Básica.

Com isto, cumpre-se dizer que o intérprete da norma deve, diante do caso concreto, analisar, ao decidir uma solução para o litígio, quais são as normas programáticas e os princípios norteadores presentes na Constituição Federal que possuem a finalidade de tutelar o respectivo objeto e mérito do processo, para, assim, decidir não somente de maneira isolada com base em um dispositivo avulso, mas, por outro lado, resolver a questão na razão de todo o sustento constitucional, para, deste modo, ocorrer a materialização da superioridade da Carta Política no caso concreto. Portanto, “o princípio da unidade constitucional concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário” (Mendes; Branco, 2024, p. 57).

3 A diferença de princípios e regras e o método de solução das antinomias jurídicas

Em vista do dissertado, constata-se que o texto constitucional, além de ser interpretado na sua integralidade, apresenta uma série de normas que objetivam fins sociais e jurídicos, podendo estas terem conteúdo programático ou serem denominadas como um princípio norteador. Nesse sentido, observa-se, concomitante, em acordo com o pensamento de Canotilho (2000), que a Carta Magna de 1988 apresenta, simultaneamente, regras e princípios em sua conjuntura.

Um sistema constituído exclusivamente por regras exigiria disciplina legislativa exaustiva e completa, além de inviabilizar a realização dos sopesamentos necessários à resolução dos conflitos inerentes ao pluralismo [...]. Por outro lado, um sistema composto apenas por princípios produziria situações de grave insegurança jurídica, além de tornar o processo decisório lento e extremamente complexo. O raciocínio com princípios tende a gerar incertezas em virtude da subjetividade presente na identificação e avaliação das razões favoráveis e contrárias, bem como da falta de clareza sobre como as razões conflitantes devem ser sopesadas. (Novelino, 2023, p. 147).

Com isto, é necessário, de antemão, discorrer acerca da caracterização dos princípios e regras existentes na Constituição Federal, sendo que aqueles podem ser encontrados de maneira explícita, quando positivados, ou através da leitura sistêmica de todo o corpo do texto constitucional. Para mais, informa-se que existem princípios que guiam diretamente a interpretação do texto magno, e outros que são regidos de forma mais ampla, falando não somente com o intérprete, mas com toda a estrutura social. Por outro lado, as regras prescrevem condutas, impondo, proibindo ou permitindo algo.

Ademais, ainda em relação a distinção entre princípios e regras, compreende-se que aqueles possuem um grau de abstração muito maior do que estas e, sincronicamente verifica-se que os princípios são a gênese do sistema jurídico, pois a partir deles que outras regras são produzidas. Além disto, diante do caso concreto, as regras possuem um grau de detenção muito maior, devido ao estabelecimento de parâmetros mais específicos para aplicação e, mais que isso, os princípios possuem uma carga semântica mais complexa, enquanto as regras são mais objetivas e categóricas.

Regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (Alexy, 2008, p. 90-91).

Dessa forma, tal como é presente diferenças conceituais entre os princípios e regras, é existente, também, distinções na maneira de solução de antinomias constitucionais destes tipos de normas. Por isso, é válido, antes de iniciar a exposição de como se resolve o conflito de normas, quando em colisão princípios ou regras, discorrer-se acerca do significado jurídico de tal choque. Com isto, o embate de normas é quando duas ou mais destas são válidas e se contradizem ao mesmo tempo, dentro de um mesmo fato, diante de um caso concreto. Adiante, incumbe-se informar que as antinomias, quanto à forma de solução, podem ser aparentes ou reais, sendo que a primeira ocorre quando há critérios para resolver a respectiva contradição, estes presentes no ordenamento jurídico e, por outro lado, a segunda é quando é inexistente as medidas para resolver a colisão normativa.

A situação das normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade diante da qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e que tomou uma denominação característica: antinomia. A tese de que um ordenamento jurídico constitui um sistema no terceiro sentido ilustrado pode-se exprimir ainda dizendo que o direito não tolera antinomias. Na nossa tradição romanística, o problema das antinomias já foi posto com a máxima clareza nas duas célebres Constituições de Justiniano com as quais se abre o Digeste: aqui Justiniano afirma imperiosamente que no Digesta não há normas incompatíveis e usa a palavra “antinomia”. “Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo noncupatur) aliquid sibi vindicat locum, sed sit una concórdia, una consequentia, adversário nemine constitut’ (Deo auctore, ou De conceptione digestorum) (Bobbio, 2014, p. 85).

Considerando isto, é possível, diante de um fato, acontecer um conflito entre duas regras ou dois conflitos entre si, e, ainda, é capaz a ocorrência de choque entre princípios e regras um ao outro, de maneira mútua.

Nesse sentido, nas antinomias entre regras, é necessário antes de tudo, dispor que “a validade simultânea de normas contraditórias entre si

é incompatível com o princípio da unidade do ordenamento jurídico” (Novelino, 2023, p. 148) e, portanto, como já visto que a Constituição Federal foi elaborada diante da necessidade de supremacia formal e material do texto magno, característica esta decorrente do neoconstitucionalismo, faz-se necessária a eliminação de tal violação à integralidade da Lei Maior. Em decorrência, para aniquilar este vício jurídico, usa-se “os critérios hierárquico, cronológico e o da especialidade” (Bobbio, 2014, p. 94), tendo em vista que é possível que a antinomia jurídica seja de primeiro ou segundo grau.

Por conseguinte, seguindo o raciocínio de Bezerra e Azevedo (2015), determina-se que os critérios de solução de antinomias jurídicas, em relação às regras, são divididos em: a) hierárquico, o qual prevalece a norma de grau superior em deterioração da regra de categoria inferior, como por exemplo, uma norma constitucional, em caso de conflito em caso concreto com lei ordinária, prevalece sobre esta, devido ao seu status eminente; b) cronológico, que possui como fundamento o artigo 2, §1, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que determina que “norma posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” e, por último; c) o critério da especialidade, tendo em vista que esta medida instrui que norma especial prevalece sobre a geral, encontrando fundamento no artigo 2, §2 da LINDB, o qual regula que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, evitando o *bis in idem*.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. MUNICÍPIO DE TAGUATINGA. LICENÇA REMUNERADA OU NÃO PARA EXERCER MANDATO CLASSISTA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. LEI ORGÂNICA E ESTATUTO DOS SERVIDORES. PREVALÊNCIA DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. HIERARQUICAMENTE SUPERIOR. 1. A Lei Orgânica do Município de Taguatinga prevê que ao servidor eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, fica assegurado o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que

durar o mandato, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei, ao passo que o Estatuto dos Servidores Públicos do município reza que é assegurado ao servidor, o direito à licença sem remuneração para o desempenho de mandato em entidade sindical de base ou superior, legalmente instituída. 2. *Constatado o conflito aparente de normas, a fim de solucionar a antinomia, deve ser aplicado o critério hierárquico, a ditar a prevalência do dispositivo legal superior.* 3. À luz do critério hierárquico, deve preponderar a norma da Lei Orgânica do Município, já que o Estatuto dos Servidores Públicos municipais não poderia ter ultrapassado nem restringido o disposto naquela, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico local, com status de “constituição” do município. (STF -ARE 1322963 / TO, Relator: Alexandre de Moraes, Data de julgamento: 20/08/2021, Data da publicação Diário Oficial da Justiça 26/08/2021, grifo nosso).

EMENTA AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.443/1992 E RESOLUÇÃO TCU N. 246. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NORMA GERAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 1. *Predomina em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de conflito aparente entre normas, a regra especial deverá prevalecer sobre a geral.* 2. A Lei n. 8.443/1992 e a Resolução TCU n. 246, que estabelecem rito processual específico para os embargos de declaração no âmbito do Tribunal de Contas da União e lhes atribuem efeito suspensivo, afastam a incidência do Código de Processo Civil, norma geral a prever que os aclaratórios interrompem o prazo de interposição de recurso (*lex specialis derogat legi generali*). 3. Agravo interno desprovido. (STF, - MS 35977 AgR / DF - Distrito Federal, Relator: Nunes Marques, Data de julgamento: 29/11/2021, SEGUNDA TURMA, Data de publicação: Dje 08/02/2022, grifo nosso).

Adiante, como exposto por Tartuce (2005), os conflitos de normas são classificados, também, em de primeiro ou segundo grau, sendo que, respectivamente, o primeiro é caracterizado por envolver apenas um dos critérios (cronológico, hierárquico e da especialidade), e o segundo envolve o choque de dois dos critérios. Nessa vertente, informa-se que na antinomia de primeira categoria, usa-se a solução geral dos critérios e, por outro lado, nos conflitos de normas de segundo grau, entende-se que: a) a norma especial anterior sobressai norma geral posterior, prevalecendo, aqui, o critério da especialidade; b) a norma superior anterior impera sobre a de caráter inferior e posterior, predominando a premissa hierárquica; c) e nos casos de conflito entre norma geral superior e outra norma especial inferior, de acordo com Maria Helena Diniz (2003), não há uma regra geral.

No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derrogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *sum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que 'o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente'. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar a antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente". (Diniz, 2003, p. 50).

Desse modo, visto que também é presente a possibilidade de conflitos entre dois princípios entre si, entende-se, de acordo com Novellino (2023) que, geralmente, as antinomias de princípios ocorre na dimensão do peso, seja na importância ou valor. Portanto, o autor discorre que para resolver o choque de normas deste tipo, é necessário avaliar cada caso concreto, através da ponderação, levando-se em consideração que este procedimento possui 3 etapas na sua estrutura, sendo adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito. Com isso, avalia-se que a teoria da ponderação consiste na conciliação dos princípios conflitantes, observando-se quais destas normas possuem maior peso e devem sobresair no caso concreto. Por mais, de acordo com o pensamento de Gilmar Mendes (2017), é necessário observar que a prevalência de um direito sobre outro ocorre de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não existindo um critério de solução válido em termos abstratos.

Na antinomia jurídica imprópria, a validade das normas conflitantes é pressuposta. A solução para antinomias de princípios deve ser dada, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto, por meio da ponderação (sopesamento ou balanceamento), procedimento estruturado em três etapas: inicialmente, as (I) normas aplicáveis ao caso são identificadas e agrupadas conforme a direção que apontam; em seguida, são analisadas as (II) circunstâncias fáticas e suas repercussões; após as duas etapas preparatórias, é atribuído o (III) peso relativo aos princípios envolvidos ("ponderação propriamente dita"). A ponderação propriamente dita também é subdividida em três momentos: (III.a) definição da intensidade da intervenção; (III.b) análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e (III.c) realização da ponderação em sentido estrito (Novellino, 2023, p. 149).

Continuamente, alguns autores observam que “a concordância prática há de ser encontrada em cada caso concreto, segundo os parâmetros oferecidos pelo princípio da proporcionalidade” (Mendes; Branco, 2024, p.60), ou seja, na interpretação constitucional das normas, especialmente, neste caso, dos princípios, deve-se buscar a coordenação e

combinação dos bens jurídicos conflitantes, com a finalidade de evitar o sacrifício total de uns em relação a outros. Assim, entende-se que a técnica da ponderação deve andar aliada ao princípio da concordância prática, devido à inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIOS. PERÍODO DE GRAÇA CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. PRECEDENTES. TAXA SELIC ENGLOBA JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TAXA SELIC NO INTERVALO PREVISTO NO ART. 100, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *APARENTE COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO E CONCORDÂNCIA PRÁTICA.* RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. Durante o período de que trata o § 5º do art. 100 da Constituição Federal, não incidem juros de mora, somente com o inadimplemento do ente público devedor, ou seja, após o período de graça, é possível a fluência dos juros moratórios (Súmula Vinculante 17/STF e RE 1.169.289/SC, tema 1.037 da repercussão geral). 2. O art. 3º da EC 113/2021, cuja constitucionalidade já foi reconhecida por esta Suprema Corte (ADI's 7.047/DF e 7.064/DF), estabelece que, a partir de sua entrada em vigor, em todas as condenações que envolvam a Fazenda Pública, para fins de atualização monetária, juros moratórios e juros compensatórios, inclusive do precatório, deve ser aplicada, uma única vez, até o efetivo pagamento, a taxa SELIC. 3. A taxa SELIC engloba juros e correção monetária, de modo que não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem (ADC's 58/DF e 59/DF e ADI's 5.867/DF e 6.021/DF). 4. A adequada compatibilização entre as normas constitucionais deve manter a efetividade dessas normas, sendo certo

que admitir a incidência da taxa SELIC no período de graça de expedição de precatório acarretaria o esvaziamento completo da parte final do § 5º do art. 100 do texto constitucional, em nítida transgressão ao princípio da unidade da Constituição. 5. *Necessidade de promover, portanto, com base na concordância prática, ajuste hermenêutico em relação ao art. 3º da EC 113/2021, de modo a, mantendo sua eficácia, reduzir, minimamente, seu âmbito de incidência.* Assim, a partir da entrada em vigor da EC 113/2021, apenas no período a que se refere o art. 100, § 5º, da Constituição Federal, a taxa SELIC não deve incidir (art. 3º da EC 113/2021), preservando-se, em tal período, a imunidade aos juros e mantendo-se exclusivamente a correção monetária. 6. O IPCA-E deve continuar sendo utilizado para correção monetária dos precatórios, exclusivamente, no período de graça constitucional, nos termos do decidido por esta Corte nas ADI's 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF. 7. Recurso extraordinário não provido. (RE 1475938, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 07-05-2024, Processo eletrônico DJe-s/n DIVULG 14-05-2024 Public 15-05-2024, grifo nosso).

Todavia, em relação a aplicação da concordância prática, “não sendo isso possível de ser alcançado, e nem sempre será, deve-se decidir, então, levando-se em consideração a conformação típica do caso concreto bem como suas circunstâncias especiais, qual dos interesses há de retroceder (procedendo-se à ponderação)” (Guedes, 2014). Dessa maneira, entende-se que, nem sempre, é possível a coexistência pacífica dos direitos fundamentais em um caso concreto e, é nesses casos, que “a ponderação de bens se apresenta como suporte argumentativo mínimo para a fundamentação de uma decisão racional” (Guedes, 2014).

Adiante, sabe-se, também, que “da ponderação resulta uma regra definidora da relação de precedência condicionada entre os princípios envolvidos” (Novelino, 2023, p. 150) e, com isso, é possível a utilização, em ações posteriores, de precedentes judiciais que executam o

mesmo tema e circunstâncias do caso antecedente, para a garantia de satisfação do mérito processual individual pela parte litigante. Em concordância com esta narrativa, Sanchis (2005) entende que a ponderação declara a relevância entre dois princípios, regulando certo caso e, com isso, criando uma regra específica para conduzir a situação concreta; regra esta que, através do precedente, pode ser generalizada e fazer desnecessária a ponderação nos demais casos reiterados ou centrais, auxiliando a agilidade processual.

Quando decide, por ponderação, um caso de colisão de princípios, o juiz constrói uma “regra” para a solução desse problema. Assim, por exemplo, ao entender como devida a intimação do embargado, quando a outra parte opõe embargos de declaração que possuem aptidão para a mudança da decisão embargada, a despeito do silêncio legislativo ao tempo do CPC-1973 (hoje, há dispositivo expresso: art. 1.023, §2º, CPC), os tribunais brasileiros concretizaram o princípio do devido processo legal, sem dúvida; para tanto, criaram uma regra geral: “é devida a intimação da parte embargada, quando o acolhimento dos embargos de declaração puder alterar a decisão embargada”; essa regra é a *ratio decidendi* (Didier; Braga; Oliveira, 2020, p. 568).

Dessa maneira, analisa-se que a importância da atuação jurisdicional exterioriza os limites subjetivos da demanda, tendo em vista que, não serão apenas os sujeitos do processo inicial que serão afetados, pois, os casos adiantes também poderão ter interferência da decisão, através da formulação de precedente. Assim, nos litígios constitucionais de choque de princípios/direitos fundamentais, a atuação jurisdicional possui importância tanto na situação individual, possibilitando que a decisão obtenha o máximo de integralidade do ordenamento jurídico, como também em situações semelhantes, através do uso dos precedentes.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - GRATUIDADE DE JUSTIÇA - CONCESSÃO - CRÍTICAS E DENÚNCIA PUBLICADAS EM REDE SOCIAL CONTRA ATUAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS - LIBERDADE DE

EXPRESSÃO - PROTEÇÃO DA IMAGEM E DA HONRA - COLISÃO DE DIREITOS - PREVALÊNCIA DOS DIREITOS COMUNICACIONAIS - REGULAR EXERCÍCIO DE DIREITO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL SENTENÇA REFORMADA. - Não se caracteriza como deserto o recurso em que o recorrente se encontra assistido pela Defensoria Pública ou por defensor dativo, cabendo ao tribunal "ad quem" a concessão expressa da gratuidade - Os fundamentos político-filosóficos do direito fundamental de liberdade de expressão lhe asseguram uma posição preferencial sobre os demais direitos constitucionais nas eventuais hipóteses de colisão - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, reconheceu que as liberdades de comunicação formam bloco dos direitos da personalidade que possui precedência sobre aqueles relativos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada - É lícito que os cidadãos exerçam fiscalização sobre as atividades do Poder Público, de modo a zelar pela correta aplicação dos recursos do erário e pela observância dos princípios constitucionais na atuação das autoridades - A publicação, por qualquer do povo, de suspeitas de irregularidades ou até mesmo de denúncias de cometimento de crimes está abarcada pelo direito fundamental de liberdade de expressão, devendo ser protegida de qualquer interferência ou censura estatal O tom severo de denúncias publicadas em rede social não configura abuso do direito de expressão, pois conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, até mesmo críticas com linguajar não polido, jocoso, duro ou mesmo impiedosas estão protegidas pelo direito de liberdade de expressão No caso de figuras públicas que desempenham funções estatais, o âmbito de proteção dos direitos da personalidade como imagem e intimidade, é sensivelmente diminuído para ceder espaço à liberdade de expressão, em razão da necessária transparência e controle social das atividades dos ocupantes de cargos públicos. *Precedentes dos tribunais superiores e da Corte Interamericana de Direitos Humanos* - As

autoridades públicas estão sujeitas de forma especial às críticas da população, sendo fundamental que se garanta ao povo e à imprensa em geral, larga margem de liberdade opinativa, de denúncia e de fiscalização sobre suas atividades, sob pena de supressão da liberdade de expressão por um Estado policial dirigido por essas mesmas autoridades - A censura e penalização cível-criminal do cidadão em razão da emissão de opiniões e juízos sobre autoridades públicas, somente devem ocorrer em casos extremos em que se verifica patente abuso do direito de expressão e intensa violação de outros direitos fundamentais - Apelação do réu à qual se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos de reparação civil. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.044183-0/001, Relator(a): Des.(a) Lílían Maciel, 20ª Câmara cível, julgamento em 17/06/2020, publicação da súmula em 24/06/2020, grifo nosso).

Além disso, como posto que as antinomias jurídicas podem ser entre princípios e regras, mutuamente, cabe dissertar sobre essa questão. Sendo assim, discorre-se que, em casos conflitantes, as regras tendem a afastar a aplicação do princípio, por serem elas mais específicas e dirigidas ao caso concreto. Por isto, “o afastamento de regras válidas somente deve ocorrer nas hipóteses de inconstitucionalidade em concreto, de manifesta injustiça ou em situações excepcionalíssimas” (Novelino, 2023, p. 153).

Há casos nos quais princípios e regras podem conduzir a resultados diversos. Nos conflitos envolvendo normas situadas no mesmo plano, a existência de regra específica afasta, a priori, a aplicação do princípio. Ao "entrincheirar" determinadas razões em uma regra, o legislador pretende bloquear o uso de outras (razões contributivas) decorrentes de princípios. Por serem as regras resultantes do sopesamento de razões contrapostas, não deve o intérprete substituir a escolha institucionalizada pelo legislador democraticamente eleito por suas valorações pessoais. A primazia provisória das regras no âmbito de aplicação é a única posição sustentável do ponto de vista da

vinculação ao texto constitucional. A observância das regras promove valores (previsibilidade, confiabilidade, segurança e eficiência) e princípios (justiça formal, igualdade e democracia) fundamentais em um Estado democrático de direito [...] A ponderação, portanto, não é feita entre a regra e o princípio, mas entre princípios que fornecem razões favoráveis e contrárias à aplicação da regra naquele caso específico. Não há nisso qualquer desobediência ao direito, por ser a decisão pautada por normas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico (Novelino, 2023, p.153).

Ademais, denomina-se de “derrotabilidade” quando um princípio, diante das circunstâncias do caso concreto, sobrepõe uma regra, dando importância que, nessas situações, o intérprete se baseia no dever de justiça e nos demais princípios que justificam o afastamento da regra e o apartamento da segurança jurídica, para, assim, consolidar o objetivo de equanimidade. Dito isto, “a não aplicação de regras válidas ante as circunstâncias específicas do caso concreto é conhecida como derrotabilidade (ou superabilidade)” (Novelino, 2023, p.153).

4 Os direitos fundamentais como princípios

De antemão, observa-se que o texto constitucional brasileiro possui um rol de direitos fundamentais, os quais são estes classificados como garantias de direitos individuais aos cidadãos. Portanto, sintetiza-se que os direitos fundamentais são uma forma de limitar o Poder do Estado e, também, de proteger os direitos tanto dos indivíduos, como do coletivo. Adiante, entende-se, concomitantemente, que os direitos fundamentais são tidos como protetivos, garantindo a existência digna da sociedade dentro do núcleo estatal, consolidando, desta forma, um dos objetivos do neoconstitucionalismo, que é o modelo teleológico das normas.

O descaso para com os associados às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. (Mendes; Branco, p.103).

Desse modo, para concretizar o objetivo do legislador constituinte de proteção aos indivíduos, cabe, também, ao Poder Judiciário, possuidor do dever de materializar a lei no caso concreto, observar e proteger os direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5 da Carta Magna, levando em consideração que “a defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função [...]. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível.” (Mendes; Branco, pág. 119). Dessa forma, “quando aplicam direito público, direito privado ou direito estrangeiro, o papel dos preceitos constitucionais varia, mas a vinculação dos juízes é sempre a mesma.” (Andrade, p.269).

Outrossim, é de cunho majoritário que os direitos fundamentais são princípios da Carta Magna. Dessa maneira, Alexy (2001) entende que os direitos fundamentais, incluindo o direito à intimidade e o da liberdade

de expressão, devem ser entendidos como princípios, por serem diretrizes da hermenêutica jurídica, e, com isso, pontua-se que, ao colidirem, é necessário a aplicação da teoria da ponderação, aliado com o viés da concordância prática, em razão da ausência de hierarquia entre as normas constitucionais.

O princípio da concordância prática tem apelo, nos casos de conflito entre normas constitucionais, quando os seus programas normativos se entrecrocavam. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário. Como se vê, a exigência da conciliação prática é decorrência do postulado de coerência e racionalidade do sistema constitucional, ínsito ao princípio da unidade da Constituição. O princípio da harmonização terá serventia mais frequente em conflitos, por exemplo, entre liberdade de expressão e direito à privacidade. A concordância prática há de ser encontrada em cada caso concreto, segundo os parâmetros oferecidos pelo princípio da proporcionalidade (Mendes; Branco, 2024, p. 59-60).

Desse modo, capta-se que, quando em choques direitos fundamentais, não é, essencialmente, adequada à satisfação de um em aniquilamento total do outro, evitando, à vista disso, restrições desnecessárias. Dessa forma, nas antinomias entre liberdade de expressão e intimidade, é

necessário, para consolidação da justiça, que o intérprete observe, minuciosamente, dois princípios da hermenêutica jurídica: a) o da concordância prática, para ponderar os objetos em conflito, pois, sabe-se, essencialmente, que “o princípio da concordância prática impõe ao intérprete, nos casos de colisão entre dois ou mais direitos constitucionalmente consagrados, o dever de coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito” (Novelino, 2023, pág. 169), ou seja, mesmo que não seja possível a coexistência pacífica dos direitos fundamentais em conflito no caso concreto, é entendível que o uso da concordância a prática auxilia o intérprete no juízo de valor, e; b) o da unidade constitucional, sendo que este “impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições existentes entre as normas da constituição decorrentes do pluralismo e do antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador” (Novelino, 2023, p. 167).

5 Direito à liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão surge como uma forma de assegurar aos indivíduos a livre manifestação de opiniões e ideais, além de proporcionar a liberdade de expressar atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Dessa maneira, de acordo com as palavras de José Afonso da Silva (2000, p. 247), “A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.

Outrossim, enumera-se que o direito de se expressar está manifestado no artigo 5, inciso IV, da Lei Maior, o qual dispõe que “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” (Brasil, 1988), e, além disso, o artigo 220 da mesma Carta Magna determina que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão quaisquer restrições, observado o disposto nesta Constituição” (Brasil, 1988).

Adiante, uma das contribuições axiológicas da garantia da liberdade de expressão é a oferta de autoconhecimento aos indivíduos, tendo em vista que, de acordo com a corrente humanista, o acesso verídico à personalidade só é possível diante com a observação e integra-

ção em debates. Em concordância com esse pensamento, traz-se que “a plenitude de formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e tomar decisões relevantes”. (Mendes; Branco, 2024, p. 237)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - COMINATÓRIA C/C TUTELA DE URGÊNCIA - EXCLUSÃO DE COMENTÁRIOS EM REDE SOCIAL - SIMPLES CRÍTICAS - LIBERDADE DE EXPRESSÃO. *A liberdade de expressão só deve ser limitada quando verificados abusos ou excessos por parte dos usuários.* Não se verificando que o conteúdo das postagens lançadas em rede social exceda o direito constitucional de livre manifestação do pensamento e o direito à crítica, não há motivos para sua retirada (TJMG - Apelação Cível MG 1.0000.20.484207-4/001, Relatora: Mônica Libânio, Data de Julgamento: 16/09/2020, 11ª Câmara Tribunal, Data de publicação: 18/09/2020, grifo nosso).

Entretanto, levando em consideração que o direito à liberdade de expressão é demonstrado na Carta Magna de 1988 como um direito fundamental subjetivo, informa-se que, assim como os demais direitos desta categoria, este não se classifica como uma garantia absoluta, pois podem ser limitados por outros direitos constitucionais, dependendo do caso concreto. Logo mais, alguns dos direitos que são limitadores da liberdade de expressão são os direitos da personalidade, tendo em vista que estes também se encontram positivados tanto na Lei Básica, como também na legislação infraconstitucional. Sendo assim, salienta-se que o artigo 5, inciso X da Constituição Federal dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A regra é a prevalência dos direitos e garantias fundamentais contra os interesses públicos e particulares e contra os interesses do Estado. De outra parte, não existem direitos absolutos, de sorte que mesmo os direitos fundamentais podem sofrer mitigação. A exceção, portanto, é a mitigação dos direitos e

garantias fundamentais. Essa mitigação, entretanto, somente pode ocorrer em situações excepcionais, mediante ponderação pelo princípio da proporcionalidade. Não se pode fazer da exceção regra e banalizar essa excepcionalidade, tangendo direitos fundamentais ao argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre eles (Júnior, Nery, p.139-140).

Com isso, ocorreu, no Brasil, o caso de Daniela Cicarelli, uma apresentadora que teve vídeos polêmicos circulados na internet e promoveu uma ação judicial para remover este conteúdo, além do estabelecimento de multa para o Google e o Youtube. Assim, mesmo as pessoas notórias, ou seja, as que assumem uma vida pública, não se anulam seus direitos fundamentais de personalidade, incluindo à intimidade. Dessa forma, “um contraponto para a que haja a publicação de informações dos indivíduos é o interesse público, e não o interesse do público, ou seja, deve haver um caráter informativo” (Lopes, 2020, p. 9-10).

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhois. Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de TV. *Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais* (arts. 1.º, III, e 5.º, V e X, da CF). A manutenção da tutela antecipada expedida no Agravo de Instrumento 472.738-4, e confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento 488.184-4/3. Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação. “Interpretação dos arts. 461 do CPC e 12 e 21 do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção” (TJSP, Apelação Cível 556.090.4/4-00/SP, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Enio Zuliani, j. 12.06.2008, Data de Registro: 17.07.2008, grifo nosso).

A partir disso, entende-se, aliado ao pensamento de Hirata (2017), que o direito de liberdade de imprensa, a qual se classifica, também, pela liberdade de ter acesso e divulgar informações, encontra-se barreira nos limites das esferas da personalidade, abordada pela “Teoria das Esferas”, sendo que esta divide a privacidade em três esferas concêntricas, quais são: a) esfera privada, a qual contém informações da vida da pessoa que não devem ser de acesso a terceiros; b) esfera íntima, que contém valores da intimidade e, por isso, seu acesso deve ser apenas para as pessoas do convívio interno; c) esfera secreta, sendo esta a mais sigilosa. Dessa maneira, quanto mais interna for a esfera, mais é necessário leis e julgados mais rigorosos.

Percebe-se do exposto que quanto mais íntima a interferência de terceiros dentro da vida privada de uma pessoa maior é a afronta ao direito de personalidade e consequentemente maior o dano causado por outrem. Quanto mais profunda for a invasão na escala da privacidade, maior o dano e maior será a repressão/proteção [...] Tal classificação proposta pela teoria dos círculos concêntricos elabora um critério mais ou menos objetivo quanto a valoração da vida privada e acaba auxiliando no contexto da avaliação de eventual pedido jurisdiccional de proteção à vida privada. Essa “metodologia” se opõe, portanto, ao subjetivismo do julgador ao decidir casos de violação à vida privada, evitando que pré-conceitos morais, religiosos, filosóficos ou políticos interfiram ou sejam determinantes na decisão (Rossoni, Bolesina, 2014 p. 5-6).

Portanto, examina-se que, para efetivo julgamento justo diante do choque entre liberdade de expressão e a intimidade, é necessário análise rigorosa do magistrado, ao observar, concomitantemente, através de estudo dos fatos da ação, o que se classifica como interesse público e qual esfera da privacidade foi eventualmente invadida.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL. RECONSIDERAÇÃO DE DECISÃO DA
PRESIDÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS
MORAIS. REPORTAGEM. EXERCÍCIO REGULAR DO

DIREITO À INFORMAÇÃO. IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME. CONDUTA ABUSIVA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULAN. 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Considerando que o dano à imagem apura-se a partir das particularidades do caso concreto e do confronto entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a publicação de matéria jornalística que imputa falsamente fato ilícito a alguém e sua participação em acidente de veículo em fuga caracteriza dano à imagem indenizável. 2. A primazia da liberdade de expressão, garantia constitucional e corolário da democracia, decorre de sua dupla função: a) não oferecer obstáculo ao livre exercício do pensamento e da transmissão de informações, opiniões e críticas; e b) tutelar o direito do público ao conhecimento de informações de interesse coletivo. 3. A liberdade dos veículos de comunicação não constitui direito absoluto, podendo seu exercício ser considerado abusivo se forem ultrapassados os limites da ética e da boa-fé e houver desrespeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. 4. *Quanto às limitações à liberdade de expressão, de informação, de opinião e de crítica jornalística, devem ser observados: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)"* (REsp n. 801.109/DF, Quarta Turma). 5. As matérias jornalísticas ou televisivas baseadas em fatos verídicos ou ao menos verossímeis - mas não necessariamente incontroversos -, ainda que delas constem manifestações severas, irônicas, impiedosas, por si sós, não ensejam dano indenizável. *O que importa é que a divulgação seja de interesse público e que sejam preservados os direitos da personalidade daquele que foi exposto pela mídia.* 6. É indispensável que a imprensa adote postura diligente e cuidadosa na averiguação e divulgação de notícias, analisando elementos objetivos e pautando-se pelo dever de veracidade, sob pena de manipular ilegalmente a opinião pública. 7. Impõe-se a manutenção do

entendimento da instância ordinária quando, a partir do panorama fático-probatório dos autos, conclui que há evidência de ação dolosa ou culposa dos demandados para ferir os direitos da personalidade do demandante, tendo em vista o disposto na Súmula n. 7 do STJ.8. Agravo interno desprovido.(AgInt no AREsp n. 2.620.990/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/10/2024, DJe de 16/10/2024, grifo nosso).

Por conseguinte, o intérprete ao efetuar esse estudo irá obter decisão que corresponda a integralidade do ordenamento jurídico, ou seja, que não viole, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a livre expressão ou a intimidade dos indivíduos. Aliado a esta narrativa, impõe-se que “as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista” (Mendes; Branco, 2024, p. 46).

6 Direito à intimidade

A experiência humana individual saudável pressupõe uma vida íntima segura e resguardada da divulgação social, ou seja, a vida íntima é essencial para o desenvolvimento e bem-estar do indivíduo, pois oferece um espaço de autorreflexão e privacidade, o que contribui para a construção da identidade e a saúde mental. Segundo Freud², a intimidade permite que o ser humano desenvolva seus desejos e lide com suas próprias contradições de maneira segura e privada, afastando-se das pressões e julgamentos sociais. Já para Goffman³, a esfera privada possibilita ao indivíduo construir narrativas pessoais, proporcionando uma sensação de autenticidade e equilíbrio emocional diante das demandas da vida pública e social.

²FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

³GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Trad. Maria C. S. L. Cavalcanti. 16. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

Para Guerra (2006)⁴ o Brasil seguiu a tendência internacional, quando positivou constitucionalmente o direito à proteção da intimidade, assim, inclui no Art. 5, inciso X da Constituição Federal de 1988, o seguinte: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Para Alexandre de Moraes⁵, a intimidade é diferente de vida privada na medida da abrangência de seus conceitos subjetivos e do trato social familiar ou demais relacionamentos humanos: Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, estudo etc (Moraes, 2022).

Não há um conceito certo e fechado acerca do que é a intimidade. Mas muito se descreve sobre sua relação com o ato de estar só com informações que não se pretende divulgar. Gustavo Tepedino (2004) ressalta que o direito à intimidade está ligado à “autodeterminação informativa” do indivíduo, garantindo que ele possa escolher quais informações de sua vida particular serão divulgadas ou resguardadas, especialmente diante de novos desafios trazidos pela era digital e da comunicação em massa. Nesse mesmo sentido, Ana Paula Didier Studart (2011), traz uma síntese do que seria o direito à intimidade, para ela é “[...] uma das manifestações da liberdade, na medida em que é proporcionada a pessoa a faculdade de revelar ou não suas questões mais restritas, suas opiniões, ideias e opções [...]”

Dessa forma, é possível afirmar que a proteção ao direito de manter uma vida privada resguardada do acesso de terceiros emerge diretamente do princípio da dignidade humana, central ao Estado Democrático de Direito. Esse direito é essencial para que o indivíduo decida livremente sobre quais informações pessoais deseja expor ou preservar, sem coação ou invasão indevida, conforme preconizado pela Constitui-

⁴ GUERRA, Sidney. *Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem: direitos humanos, uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 2, 2006.

⁵ Ver: DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

ção Federal. Na sociedade contemporânea, marcada pela ampla circulação de dados e conteúdos através de tecnologias como vídeos, áudios e textos digitais, a necessidade de assegurar essa escolha torna-se ainda mais evidente.

A constante exposição gerada pelo ambiente digital impõe desafios inéditos ao direito à intimidade, que exige não apenas respeito às esferas pessoais, mas também a preservação de espaços para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade e expressar sua autonomia sem interferência externa. Nesse contexto, garantir o direito à privacidade significa assegurar que as pessoas mantenham a possibilidade de escolha sobre o que tornar público, protegendo a integridade de suas informações. Assim, a Constituição Brasileira reforça essa proteção ao estipular que "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" são invioláveis, constituindo-se como base da dignidade humana (Brasil, 1988).

7 Considerações Finais

Percebe-se, como dissertado, que a Constituição Federal vigente foi elaborada diante das ideias neoconstitucionais, ou seja, através de forte viés programático, além da presença de grandes inovações hermenêuticas, baseadas em princípios interpretativos, para materializar os princípios constitucionais estabelecidos. Dessa forma, a Carta Magna de 1988 determina que um dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira é a construção de uma sociedade justa, além de que, concomitantemente, indica que um dos princípios que devem guiar todas as decisões dos Poderes é o da dignidade da pessoa humana. Logo, por fim, em relação aos princípios da interpretação constitucional, é observado que o da unidade da Constituição Federal e o da concordância prática se encontram manifestos no ordenamento jurídico, para auxiliarem os intérpretes na busca pela justiça.

Nesse sentido, foi observado que outra característica forte do neoconstitucionalismo na Lei Básica é a onipresença de regras e princípios em seu corpo textual, e, portanto, constatou-se que esses tipos de normas possuem características diferentes, não apenas na sua conceituação, mas, também, nas formas de resoluções de conflitos. Adiante, foi

discorrido que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, dentre eles, o direito à intimidade e o direito de se expressar, são classificados como princípios e, por isso, em caso de choque entre eles, é aplicada a técnica da ponderação, devendo esta ser auxiliada com o princípio da concordância prática, tendo em vista que não existe hierarquia entre as normas constitucionais.

Demonstrando, dessa maneira, que para ocorrer uma decisão justa e de acordo com a integralidade do ordenamento jurídico, característica esta inerente à hermenêutica jurídica, é necessário que o magistrado avalie de acordo com as circunstâncias do caso concreto, determinando, assim, qual o princípio que irá se sobressair na situação específica, tentando, ao máximo, não aniquilar totalmente o outro. Por mais, percebeu-se que a importância da atuação jurisdiccional extrapola os limites da demanda subjetiva do processo individual, pois é possível, da decisão que usa da técnica da ponderação nos casos de antinomias entre liberdade de se expressar e intimidade, surgir um precedente que seja usado, facultativamente ou obrigatoriamente, em outros casos análogos.

Logo, constatou-se que a liberdade de expressão é direito essencial ao indivíduo, pois fornece, por exemplo, a possibilidade de construção de pensamento, através da exposição alheia de ideias, porém, em decorrência da supremacia da unidade constitucional, não é uma garantia absoluta, pois, encontra-se barreiras em outros direitos e garantias constitucionais.

Outrossim, entende-se que o direito à intimidade é fundamental para o desenvolvimento da individualidade humana pessoal, permitindo o desenvolvimento do intelecto plenamente. Entretanto, não há definição certa para o que seja intimidade, pode-se definir, no geral, como conceitos mais subjetivos do trato familiar e social. Desse modo, proteger a intimidade do indivíduo é derivação da própria dignidade da pessoa humana.

Assim, tendo em vista o conteúdo exposto no princípio da concordância prática, formula-se que o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade possuem pesos iguais no ordenamento jurídico, sendo necessário, para a proteção integral da Carta Magna, avaliar, em decorrência do caso concreto, qual deles irá prevalecer em maior abundância em caso de antinomia constitucional, fazendo-se uso da técnica da ponderação.

Por conseguinte, examinou-se que, no direito à liberdade de expressão, tem que averiguar se, no caso concreto, ocorreu violação dos direitos da personalidade, além de avaliar, se positivo, qual das esferas foi contrariada. Além disso, o intérprete também deve observar se o conteúdo emitido, com suposto apoio da liberdade de expressão, é de fato de interesse público, e não somente de interesse do público.

Sintetiza-se, dessa forma, que para ocorrer a consolidação do objetivo fundamental da Constituição Federal de construir uma sociedade justa e, conjuntamente, advir-se a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que o intérprete observe, nos casos de choque entre direito à liberdade de expressão e direito à intimidade, a técnica da ponderação, aliada, sempre que possível, da concordância prática para, com isso, formular uma decisão justa que, posteriormente, possa vir ser usada como precedente.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEZERRA, Rodrigo; AZEVEDO, César. *Antinomia: o conflito aparente de normas e seus critérios de solução*. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/antinomia-o-conflito-aparente-de-normas-e-seus-criterios-de-resolucao/297827324>. Acesso em: 20 out. 2024.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 0120050-80.2008.8.26.0000*. Relator: Enio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 23.Vara Cível; Data do Julgamento: 12 jun. 2008; Publicado no DJe em 17 jul. 2008. Ementa: Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Esfera íntima que goza de proteção

absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv - Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1o, III e 5o, V e X, da CF]. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2620990/PR*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma, julgado em 14 out. 2024. Publicado no DJe em 16 out. 2024. Ementa: Agravo interno no agravo em recurso especial. Reconsideração de decisão da presidência. Ação de reparação por danos morais. Reportagem. Exercício regular do direito à informação. Imputação falsa de crime. Conduta abusiva. Matéria fática. Súmula n. 7 do STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401078393&dt_publicacao=16/10/2024. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário n. 1322963/TO*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Recurso extraordinário com agravo. Apelante: Município de Taguatinga. Apelado: Sara Jane Guimarães Mantovani. Julgado em 20 de agosto de 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 170, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1230546/false>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 35977 AgR. Agravo Interno em Mandado de Segurança*. Decisão do Tribunal de Contas da União. Aplicação da Lei n. 8.443/1992 e Resolução TCU n. 246. Legislação específica. Código de Processo Civil. Norma geral. Princípio da especialidade. Relator: Nunes Marques. Segunda Turma. Julgado em 29 de novembro de 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 023, 7 fev. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur458632/false>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 1.0000.20.044183-0/001*. Ação indenizatória - gratuidade de justiça - concessão - críticas e denúncia publicadas em rede social contra atuação de agentes públicos - liberdade de expressão - proteção da imagem e da honra - colisão de direitos - prevalência dos direitos comunicacionais - ausência de responsabilidade civil - sentença reformada. Relatora: Des. Lílían Maciel. 20ª Câmara Cível. Julgado em 17 de junho de 2020. Súmula publicada em 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp?numero=undefine>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 1.0000.20.484207-4/001*. Cominatória c/c tutela de urgência - exclusão de comentários em rede social - simples críticas - liberdade de expressão. A liberdade de expressão só deve ser limitada quando verificados abusos ou excessos por parte dos usuários. Relatora: Des. Mônica Libânio. 11ª Câmara Cível. Julgado em 16 de setembro de 2020. Súmula publicada em 18 set. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.484207-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=> Pesquisar. Acesso em: 4 out. 2024.

CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direitos probatórios, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Trad. Maria C. S. L. Cavalcanti. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GUEDES, N. *Consultor jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens/>. Acesso em: 14 out. 2024.

GUERRA, Sidney. *Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem: direitos humanos, uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 2, 2006.

HIRATA, Alessandro. *Direito à privacidade*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 20 out. 2024.

LOPES, Ramon. *Direito à vida privada e à intimidade dos famosos versus a liberdade de imprensa*. *JusBrasil*, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-a-vida-privada-e-a-intimidade-dos-famosos-versus-a-liberdade-de-imprensa/850485098>. Acesso em: 20 out. 2024.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ROSSONI, C.; BOLESINA, I. *A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada*: análise ao caso von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-a-vida-privada-e-a-intimidade-dos-famosos-versus-a-liberdade-de-imprensa/850485098>. Acesso em: 4 nov. 2024.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. DF (México): Fontanamara.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7585>. Acesso em: 30 out. 2024.

O DESAFIO DA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COM BASE EM DADOS

Cristiana Ferreira M. Cabral de Vasconcellos

Promotora de Justiça do Ministério Público da Paraíba

Ícaro Ramalho Dionísio

Analista Ministerial do Ministério Público da Paraíba

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre o uso de dados pela administração pública como instrumento capaz de auxiliar na tomada de decisão, com destaque para os Ministérios Públicos. Utiliza, para suas análises, o mapeamento do comportamento histórico que, ao longo das décadas, vem fortalecendo o uso de dados, assim como a importância desses para o processo de escolha no ambiente ministerial, enfatizando, inclusive, que, através deles, é possível a utilização de técnicas mais estruturadas de análise, como aquelas relacionadas ao uso de estatísticas descritivas e à construção de indicadores quantitativos. Para fortalecer a análise são utilizados dados reais disponibilizados abertamente pelo Conselho Nacional do Ministério Público, bem como pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, e, através deles, são realizados testes comparativos visando à sensibilização sobre a adoção de dados pela administração pública como indutora de políticas públicas. Por fim, destaca os grandes desafios enfrentados para a implementação da cultura de dados e conclui salientando que a decisão apoiada em dados representa um avanço potencial na melhoria da gestão pública, mas que outras considerações devem estar presentes no processo decisório, como valores, ética e interesses políticos, sempre voltados para o melhor desenvolvimento e bem-estar social.

Palavras-chave: dados; Ministério Público; políticas públicas; custo de oportunidade.

Abstract

This article aims to discuss the use of data by public administration as a tool capable of assisting in decision-making, with a focus on Public Ministries. It uses, for its analyses, the mapping of historical behavior that, over the decades, has strengthened the use of data, as well as the importance of data in the decision-making process within ministerial environments. It emphasizes that, through data, it is possible to employ

more structured analysis techniques, such as those related to the use of descriptive statistics and the construction of quantitative indicators. To reinforce the analysis, real data openly provided by the National Council of the Public Ministry, as well as by the Public Ministry of the State of Paraíba, are used, and through them, comparative tests are carried out to raise awareness about the adoption of data by public administration as a driver of public policies. Finally, it highlights the significant challenges faced in implementing a data-driven culture and concludes by stressing that data-supported decision-making represents a potential advancement in improving public management. However, other considerations should also be present in the decision-making process, such as values, ethics, and political interests, all aimed at better development and social well-being.

Keywords: data; Public Prosecutor's Office; public policies; opportunity cost.

1 Introdução

Cada vez mais se torna imperioso que os entes públicos primem por um nível de organização que indique de forma sistemática e segura qual a melhor decisão e caminho a seguir.

Em um cenário gerencial, observa-se que toda prática de ato implica na geração de dados passíveis de visualização e análise crítica, de modo a guiar os passos seguintes.

Nessa conjuntura, é fundamental a busca constante pela qualidade dos dados, contanto que estejam completos, precisos e consistentes. Esse é o desafio para as organizações que desejem qualidade e resolutividade nas suas entregas.

Afinal, o princípio constitucional da transparência exige não só a publicização das ações de Estado, mas, de modo ainda mais tangível, a excelência de resultados que conduzam à primazia no desenvolvimento e no controle social.

Lidar com constantes problemas sociais de natureza complexa e multifacetados não é tarefa fácil, tampouco quando imbuídos de adentrar na identificação da diversidade da relação causal entre as

muitas variáveis. Contudo, é exatamente nessa dificuldade que surge a exigência de melhoramentos de forma e metodologia analíticas que conduzam a trilhas com soluções fáticas, equilibradas e de ganho geral.

Esta condição leva a refletir se o uso de dados por órgãos públicos como o Ministério Público, na atual conjuntura, já é capaz de tornar mais eficiente a implementação ou indução de políticas públicas garantidoras do bem-estar coletivo, sendo este o problema central a ser enfrentado nesta pesquisa.

Por seu turno, este questionamento conduz ao objetivo geral desta pesquisa que consiste em ampliar os conhecimentos sobre o uso de dados no Ministério Público Brasileiro, e de forma específica identificar se existem, atualmente, fontes de dados capazes de permitir a aplicação de técnicas mais estruturadas, a exemplo da análise de custo de oportunidade e da construção de indicadores quantitativos auxiliares da tomada de decisão.

Metodologicamente, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental para o mapeamento das orientações científicas que fundamentaram o trabalho, bem como a aplicação de análise quantitativa frente aos dados por venturas coletados.

Esta pesquisa reveste-se de grande importância, tendo em vista os acelerados avanços tecnológicos advindos, principalmente, com a 4ª Revolução Industrial. Ademais, entender a importância do dado na busca do conhecimento é algo que, incrivelmente, ainda precisa ser desmistificado e conscientizados por muitos gestores públicos.

2 Comportamento Histórico

Em termos históricos, remonta-se que, desde os primórdios, os governantes já se utilizavam de registros para controlar recursos, tributos e populações. A contabilidade era registrada em tábuas de argila, papíros e pergaminhos, onde eram percebidos escritos de suas receitas, despesas e estoques. Evolutivamente, a forma de coleta, o armazenamento e as análises foram significativamente melhoradas. Para fins tributários, militares ou de planejamento urbano, temos o censo como uma prática antiga e recorrente.

Na Idade Média, a Igreja teve papel fundamental com seus escritos detalhados, inclusive de registros de nascimentos, quando ainda não havia esse papel e instrumento por parte do Estado.

Contata-se, na literatura, descritivos de diversos estudos com base em catalogação de dados que levaram a uma certa evolução, como os verificados nos escritos de Foucault, em *Vigiar e Punir*, quando se refere às mudanças na forma de punir os transgressores e criminosos:

A “invenção” dessa nova anatomia política não deve ser entendida como uma descoberta súbita. Mas como uma multiplicidade de processos muitas vezes mínimos, de origens diferentes, de localizações esparsas, que se recordam, se repetem, ou se imitam, apoiam-se uns sobre os outros, distinguem-se segundo seu campo de aplicação, entram em convergência e esboçam aos poucos a fachada de um método geral¹.

Vejam que há uma percepção de fases, mas também de padrões, de diversidades e localidades por onde se analisou o processo evolutivo. Mais adiante, discorre Foucault:

Uma observação minuciosa do detalhe, e ao mesmo tempo um enfoque político dessas pequenas coisas, para controle e utilização dos homens, sobem através da era clássica, levando consigo todo um conjunto de técnicas, todo um corpo de processos e de saber, de descrições, de receitas e dados. E desses esmiuçamentos, sem dúvida, nasceu o homem do humanismo moderno².

Na Era Moderna e com a nova versão de Estado, estabeleceu-se como padrão a burocratização da organização, passando-se a se exigir um volume cada vez maior de dados e, conseqüentemente, um sistema de registros mais complexos.

¹FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288p. Do original em francês: Surveiller et punir. Bibliografia. Direito penal.

²FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288p. Do original em francês: Surveiller et punir. Bibliografia. Direito penal.

Esse meio organizacional foi instituído por Max Weber, segundo o qual: o conceito de burocracia era antes de tudo melhorar os procedimentos internos da organização, na busca de decisões concretas e que pudessem melhorar a vida das pessoas e da equipe, buscando padrões de racionalidade e a eficiência no mecanismo da produção ou dos serviços prestados³.

No quadro a seguir podemos perceber a visão de Max Weber.

Tabela 1: VISÃO DE MAX WEBER NA TEORIA DA BUROCRACIA

1 – Divisão de trabalho. Os trabalhos são divididos em tarefas simples, rotineiras e bem definidas.
2 – Hierarquia de autoridade: os cargos ou postos são organizados em uma hierarquia. Cada um dos postos inferiores é controlado e supervisionado por um mais elevado.
3 – Seleção formal: todos os membros da organização serão selecionados com base em qualificações técnicas demonstradas por treinamento, educação ou exame formal.
4 – Regras e regulamentos formais: para garantir uniformidade e regulamentar as ações dos funcionários, os gerentes devem recorrer constantemente às regras organizacionais formais.
5 – Impessoalidade: regras e controles são uniformemente aplicados, evitando-se envolvimento com as personalidades e preferências pessoais dos funcionários.
6 – Orientação de carreira: os gerentes são funcionários profissionais e não proprietários das unidades que administram. Trabalham em troca de salários fixos e seguem suas carreiras dentro da organização.

FONTE: Rosana, 2016 apud Ribeiro, 2010⁴

Apenas na segunda metade do século XX, é que houve a revolução da informática, com reais reflexos na forma de coletar, armazenar e analisar dados, permitindo-se a uma maior sofisticação no uso estatístico e a geração de bancos de dados com capacidade gigantesca.

Atualmente, fala-se em Big Data e inteligência artificial, porquanto o volume massivo de dados exigiu que se buscasse meios de bem armazená-los, tratá-los e deles fazer uso, em um contexto em que o dado não se fixa em um único ambiente, mas advém de diversas fontes e seu compartilhamento, pré-processamento, estruturação e análise é cada vez mais necessários.

3 Desempenho do Ministério Público com dados

Enquanto instituição essencial à Justiça, cabe ao Ministério Público, dentre outras funções, induzir a criação ou melhoria de políticas públicas, atuando de modo efetivo na garantia de direitos fundamentais.

Dessa forma, perfeitamente alinhado com o novo conceito organizacional, não estaria ele a salvo da necessária transformação de sua massa de dados em ações concretas e eficazes. Afinal, sua constante atuação, sobretudo extrajudicial, representa uma rica gama de informações sobre as necessidades sociais, a partir das diversas violações de direito captadas, ainda que de forma individual, apontando, pois, para a área que mais exija sua atenção.

Com efeito, percebe-se ainda uma mitigação da atuação coletiva, e, em contrapartida, uma dedicação a questões individualizadas, em detrimento até de uma esperada cautela para com o bom uso da verba pública. Esse fator pode decorrer da falta de costume de se examinar o resultado do trabalho desenvolvido, especialmente sua eficiência e capacidade de mudança do estado inicial da demanda objeto de algum tratamento. Nesse sentido, incentivar ao uso da criticidade se torna ainda mais imperioso.

Porém, se por um lado deve-se buscar eficiência por meio do uso de dados, por outro, não há que se olvidar de cuidar da segurança desses dados, para que não haja nenhuma violação, especialmente com relação às constantes na Lei Geral de Proteção de Dados.

Não menos importante é traçar o equilíbrio entre a proteção de dados pessoais e o acesso à informação, também direito fundamental

trazido com a Lei de Acesso à Informação (LAI), sobre os dados que são produzidos ou utilizados. Convém frisar, pois, que os dois disciplinamentos são, na verdade, complementares e visam garantir o direito à informação e à proteção da privacidade. Portanto, para cada caso concreto, deve-se levar em conta os princípios da proporcionalidade, necessidade, transparência e segurança, contanto que estejam ambos os direitos em perfeita harmonia.

Muito embora a função do Promotor de Justiça lhe resguarde acessos diversos, prevalecendo a função que é essencial à garantia de direitos, a sua atividade também se pauta no cumprimento de direitos fundamentais, devendo, portanto, estar atento à proteção adequada dos dados que produzem e de que se utilizam, sendo esse mais um desafio da era digital.

Atento aos vários desafios e com uma visão macro do Ministério Público brasileiro, promove o Conselho Nacional do Ministério Público a edição de normativas que regem a atuação formal, direciona o trabalho e a estratégia a ser perseguida.

A atuação guiada por meio de dados está, pois, inserida no mapa estratégico nacional no objetivo: *Promover a melhoria contínua dos processos de trabalho, sendo reconhecido pelo alcance de níveis de excelência nos resultados institucionais com foco no cidadão*⁵.

Embora complexa, a atividade praticada a partir da análise de dados permite que se permeie por diversas áreas do direito, em especial aquela que exige a atuação precisa e eficiente do Ministério Público.

Nessa condição, buscar padrões recorrentes de violações de direito passa a ser o foco para identificar e definir o norte e o início de uma análise dirigida.

Para tanto, alguns questionamentos devem ser manejados, tais como: a) Existe uma repetição na conduta ou meio de violação de direito? b) Os sujeitos são os mesmos? c) As vítimas, são grupos vulneráveis da população? d) Quais regiões são mais afetadas?

Por via de consequência, as respostas, para melhor serem compreendidas e analisadas, devem ser alinhadas em tabelas e gráficos

⁵MAPA Estratégico CNMP. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/12208-livreto-do-planejamento-estrategico>.

capazes de trazer uma visualização de comportamentos, principais problemas e causas, que conduzam a uma iniciativa conclusiva de demanda a ser enfrentada de forma estruturada.

4 Transformando dados em conhecimento

Nas últimas 5 (cinco) décadas, movidos pelos efeitos da 3ª Revolução Industrial⁶, a sociedade global vem presenciando acelerados avanços na construção e gigantesca disponibilidade dos mais variados tipos de dados, condição também sentida no ambiente jurídico, que, nos últimos anos, vem movendo consideráveis esforços voltados a digitalização das demandas da sociedade.

Vale a ressalva que nem sempre a mera construção e disponibilidade do dado, principalmente em ambientes influenciados por complexos comportamentos sociais, podem representar informação capaz de auxiliar na tomada de decisão.

Zikmund (2006), destaca que é através do processamento adequado do dado que a informação poderá ser alcançada, afirmando que: Dados são fatos simples ou medidas registradas de certos fenômenos; *informação* é um conjunto ou grupo de fatos em formato adequado para dar suporte à tomada de decisão ou para definir o relacionamento entre dois elementos de dados. (Zikmund, 2006, p.28)

Oliveira (2005) pontua que o dado é a base para a construção da informação, mas só quando este é processado e trabalhado que ele pode se tornar útil, pois, segundo ele, “dado é qualquer elemento identificado em sua forma bruta, que, por si só, não conduz a uma compreensão de determinado fato ou situação” (Oliveira, 2005, p. 36).

Já ao conceituar informação, Oliveira realça que: É o produto da análise dos dados existentes na empresa, devidamente registrados, classificados, organizados, relacionados e interpretados em um determinado contexto, para transmitir conhecimento e permitir a tomada de decisão de forma otimizada (2005, p. 37).

⁶A 3ª Revolução Industrial é definida como o período de forte transformação social iniciada a partir dos anos 70 com a automação parcial e a ampla inovação tecnológica nos campos da informática, robótica, das telecomunicações, dos transportes, da biotecnologia, química fina, além da nanotecnologia (SAKURAI; ZUCHI, 2022; BRASIL, 2022; SILVA *et al.*, 2002).

A grande e crescente disponibilidade de dados ao longo das décadas fez surgir diversos conceitos e ações voltadas ao seu aproveitamento adequado, condição, inclusive, capaz de promover um fluxo contínuo e retroalimentador da busca pelo conhecimento, próprio da natureza humana, conforme podemos observar no fluxo a seguir:

Fluxo 1: Do dado ao conhecimento



Fonte: Desenvolvido pelos autores (2024)

Se por um lado o dado deve levar ao conhecimento, este, por sua vez, em seu processo natural de evolução, leva a novos questionamentos, impulsionando, desta forma, a busca e a construção de novos dados, condição intrínseca à natureza humana.

O processo evolutivo na busca e uso de dados, é, inclusive, um dos marcos para o surgimento da 4ª Revolução Industrial, através da facilitação ao acesso de diversas tecnologias disruptivas, tais como a Inteligência Artificial Generativa⁷, desenvolvidas pelo aprimoramento das técnicas de *machine learning*, com tradução literal para aprendizado de máquina.

Apesar dos atuais esforços na implementação de técnicas avançadas de Inteligência Artificial, principalmente no setor público, este ainda é um processo caro e complexo, o que dificulta a sua implementação no curto prazo.

Independente da aplicação ou não da Inteligência Artificial, o grande desafio contemporâneo da inteligência humana na utilização de dados ainda persiste, que é identificar se ele, o dado, apresenta-se como informação e, portanto, condutor ao conhecimento e, conseqüentemente, da reação humana.

Há algum tempo, tanto instituições públicas como privadas vêm se valendo de ferramentas, denominadas *Business Intelligence* (BI)⁸,

com tradução literal para inteligência de negócios, para consolidar seus dados e apresentá-los de forma mais amigável e estruturada, com utilização, por exemplo, de gráficos.

Evidencia-se, porém, que nem sempre as apresentações apenas gráficas do BI são capazes de sinalizar/sensibilizar para a necessidade de tomada de decisão das instituições, principalmente quando esta instituição atua em prol do benefício comum, como o Ministério Público.

Uma alternativa capaz de preencher esta lacuna, e que pode, perfeitamente, ser utilizada em conjunto com ferramentas de BI, são aquelas advindas do uso de princípios matemáticos aplicados para a construção de indicadores quantitativos.

4.1 Indicadores quantitativos como alternativa pela busca do conhecimento

Só através do conhecimento que se torna possível mudar um comportamento, e apenas dessa maneira será possível direcionar ações em busca do bem-estar. A quantificação é, portanto, um dos caminhos adotados pela humanidade a diversas eras, e que auxilia a nossa capacidade evolutiva (Trzesniak, 2014).

Vale aqui o destaque que o processo de quantificação se submete a três fenômenos básicos, como pontua Trzesniak:

“Ao primeiro e provavelmente majoritário tipo os fenômenos cuja observação não permite inferir qualquer regularidade, repetição ou influência de condições causais. Esses ficam, então, fora do alcance da Ciência. Os outros dois tipos – o *determinístico* e o *estocástico* – são os que apresentam uma relação causal que faz sentido à lógica do cérebro humano, portanto nos permitem construir conhecimento.” (Trzesniak, 2014, p. 6)

Trzesniak (2014), buscando conceituar os fenômenos determinístico e o estocástico, aplica, de forma extremamente lúcida, o seguinte exemplo:

Um físico faz sua experiência e obtém o desfecho. Repete-a uma, duas, cem, milhares de vezes, e o desfecho é sempre o mesmo. Varia a intensidade de certas características necessárias da situação causal e observa – recorrentemente – variações correspondentes na intensidade de características do desfecho, mas *não* na sua natureza. Então tudo aponta para tratar-se de um processo determinístico.

Um empresário, por sua vez, cria um benefício para seus colaboradores de um determinado setor e todos ficam muito felizes e mais produtivos. Entusiasmado, estende o benefício para todos os setores da empresa e... metade dos colaboradores fica descontente e revoltada, 30%, indiferentes e apenas 20% ficam mais contentes e mais produtivos. Bom, ele se deparou com um fenômeno estocástico. Desfechos de naturezas distintas, até conflitantes, apesar de idênticas situações causais. (Trzesniak, 2014, p. 6)

Quando se trata de ciências fora do campo da exatidão, tais como o direito ou a economia, fica evidenciado que, na grande maioria das vezes, depara-se com fenômenos afetos aos estocásticos, algo que geralmente, dada à flexibilidade das hipóteses, apresenta uma certa resistência de usabilidade por parte dos pesquisadores destas áreas.

Importante entender que a quantificação, para se tornar realmente útil, precisa estar associada a um conceito qualitativo, conforme afirma Trzesniak (2014), ao pontuar que “A quantificação, então, é um recurso de que se deve lançar mão sempre que possível – mas, embora importante e útil, ela somente é pertinente quando associada a um conceito qualitativamente claro e bem estabelecido.” (Trzesniak, 2014, p. 8)

Relacionar o fenômeno qualitativo a um método quantitativo capaz de explicá-lo em sua totalidade, em áreas influenciadas por comportamentos sociais, é um desafio que pode se tornar impossível. Mas é importante entender que um indicador não necessariamente tem a única e exclusiva função de explicar o fenômeno, ele pode ser utilizado como um “termômetro” com potencial de alertar para a existência de um possível desequilíbrio comportamental, ocasião em que o indicador assume um papel avaliador.

4.1.1 Exemplo prático de uso de dados como caminho à inovação

Para a melhor compreensão do exposto acima, recorre-se à recente disponibilidade de ferramenta BI, intitulada “Portal de Análise, Desempenho e Indicadores (Padin)”, pelo Ministério Público do Estado da Paraíba. Nesta ferramenta, a instituição disponibiliza uma série de dados sociais, bem como de atuação finalística dos membros daquele órgão.

O sistema Padin, utilizado pelo Ministério Público da Paraíba, é uma ferramenta de acesso público, sendo encontrado na página oficial da instituição⁹, em cuja configuração trata de maneira automatizada os dados operacionais do sistema MPVirtual, apresentando-os no formato de BI, que nos permite fazer análises matemáticas, como veremos no decorrer do texto.

Por seu turno, o sistema MPVirtual é o instrumento de processamento e controle das atividades operacionais do Ministério Público do estado da Paraíba, com acesso restrito aos integrantes dessa instituição, e que utiliza o conceito de ERP¹⁰.

Em análise da ferramenta Padin, verifica-se que, no tocante a atuação finalística, nos anos de 2022 e 2023, pontualmente na área da saúde, os membros imbuídos de atuarem nesta temática, deslocaram esforços para 5.707 demandas formais (processos e procedimentos), o que, segundo a ferramenta, representa 1,60% da demanda total, distribuídos nos mais variados assuntos.

Um dos grandes desafios da atuação de um(a) Promotor(a) de Justiça é a sua distribuição de esforço entre as demandas individuais indisponível e a tutela coletiva, principalmente em temas complexos como a saúde.

Ao se analisar os dados postos no sistema Padin, verifica-se que, da forma como foi construído, este desafio enfrentado pelo membro não está claramente mapeado, tendo em vista que, apesar de ser de fácil identificação, as demandas individuais ou coletivas não se apresentam com clareza na ferramenta.

⁹Disponível em: Padin: <https://www.mppb.mp.br/index.php/pt/servicos/cidadao/padin>.

¹⁰“O ERP é uma plataforma de software desenvolvida para interligar diversos departamentos de uma empresa, possibilitando a automação e armazenamento de todas as informações do negócio, que passam a ser fornecidas de maneira instantânea e precisa, assegurando as tomadas de decisões.” (Entrey, 2020).

Para melhor compreensão do que foi exposto, e se considerarmos que as demandas medicamentosas, do mesmo período, sejam todas exclusivamente individuais (o que geralmente acontece), o Padin totaliza 1.685 ocorrências, de tal sorte, conclui-se que os(as) Promotores(as) da Saúde deslocaram, no período analisado, aproximadamente 30% do seu esforço para atender demandas exclusivamente individuais, resultante da equação:

$$\sum_{t=0}^N \frac{B_t}{C_t}$$

Onde B_t representa o total de demandas individuais e C_t o total de demandas para os(as) Promotores(as) da saúde no período analisado, sendo o resultado encontrado convertido em percentual.

Esta simples equação, caracterizada como um indicador percentual, já amplia consideravelmente o nível de informação, e, portanto, o nível de sensibilidade para a construção de bases comparativas e metas, transformando o dado em informação e instigando o aprofundamento da análise para a busca do conhecimento.

5 O uso de dados pela ótica do custo da oportunidade

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), através de sua ferramenta intitulada “MP um Retrato”¹¹, demonstra que, entre os anos de 2021 e 2023, as instaurações de notícias de fato nos Ministérios Públicos Estaduais e no Distrito Federal se expandiram a uma taxa acumulada de 30,26%, saindo de 704 mil em 2021 para 917 mil notícias de fato em 2023.

Em conformidade com o artigo 1º, da Resolução CNMP nº 174/2017, temos que:

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.

É, portanto, a Notícia de Fato (NF), o principal elo que conecta, formalmente, a demanda social aos sistemas de atuação do Ministério Público, quando a provocação parte da própria sociedade, sendo este instrumento a forma pela qual se materializa o pleito individual.

Sobreleve-se, porém, que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 129, relaciona também como função do Ministério Público a proteção dos interesses *difusos e coletivos*, visando garantir o respeito aos Poderes e aos serviços de relevância pública. Não à toa que o CNMP, por intermédio da mesma resolução 174/2017, orienta sobre o uso de outro instrumento extrajudicial, denominado de Procedimento Administrativo (PA) que, conforme o artigo 8º, representa o meio próprio de atuação do membro do Ministério Público visando, dentre outras coisas, fiscalizar de forma continuada as instituições, com vista à garantia de direitos.

Ressalta-se que, entre os anos de 2021 e 2023, conforme se vislumbra no sistema “MP um Retrato”, o número de procedimentos administrativos instaurados nos Ministérios Públicos Estaduais e no Distrito Federal, voltados ao acompanhamento das instituições, caíram a uma taxa acumulada de -25,03%, saindo de 27.239. em 2021, para 20.421 procedimentos administrativos com o mesmo fim, ao final de 2023.

Verifica-se que, enquanto as notícias de fato se expandiram a uma taxa de 30,26% entre 2021 e 2023, os procedimentos administrativos voltados a acompanhar as instituições caíram a um percentual de -25,03% no mesmo período. Esta condição, pela natureza do comporta-

mento social e pelo papel do Ministério Público como impulsionador de políticas sociais, pode representar uma forte correlação, pois, a partir do momento que o Ministério Público reduz a sua participação no controle das instituições, involuntariamente, pode estar abrindo espaço para a redução na prestação do serviço público, resultando, portanto, na ampliação das demandas advindas diretamente da própria sociedade, caracterizada pela ampliação na demanda individual através de notícias de fato, sendo este o *custo de oportunidade* pela escolha.

Em outra perspectiva, uma possível explicação para a redução no número de procedimentos administrativos voltados a fiscalização seria, exatamente, a visão inversa da análise anterior, onde a redução dos procedimentos administrativos de fiscalização encontra justificativa na ampliação das demandas através de notícias de fato, tendo em vista que, enquanto o procedimento administrativo tem prazo de um ano para sua conclusão, a notícia de fato tem prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias. Neste cenário, a escolha do membro pode ser estimulada pelo prazo de duração do procedimento, haja vista que quanto mais curto mais rápido se dá a vazão à demanda. Mas que, da mesma forma, apresenta um *custo de oportunidade* nos mesmos moldes do relatado anteriormente, no entanto estimulado por um fator endógeno: a operação do membro (apoiado no prazo), pois a omissão do *parquet* no exercício da sua natureza fiscalizatória promoverá, indiretamente, o estímulo ao desserviço das instituições, o que potencializa o resultado em mais demandas individuais, e, portanto, uma ampliação do desequilíbrio.

5.1 Custo de Oportunidade

Para Horngren (1986 apud Beuren, 1983) o conceito de custo de oportunidade é extremamente abrangente, e está relacionado não apenas aos ganhos do que foi escolhido, mas também às perdas do que foi sacrificado, pois, segundo ele, o custo máximo despendido pelo abandono de uma ação deve ser superado pelo lucro máximo obtido pela escolha.

Apesar de ser mais usual nas análises de outras ciências, como a econômica, o conceito de custo de oportunidade vem há algum tempo sendo discutido e utilizado em diversos outros ramos científicos, como o direito, que utiliza de tais conceitos em campos específicos, a saber, a Análise Econômica do Direito.

Tabak (2015) em seu artigo “A Análise Econômica do Direito – Proposições legislativas e políticas públicas”, trabalha o custo de oportunidade sobre a ótica do custo x benefício, tomando como referência o Decreto Federal nº 4.176/2002, que trata dos requisitos para a propositura de projetos de atos normativos de competência do Poder Executivo Federal.

Neste decreto o autor destaca a relevância dada pelo legislador sobre a necessidade de se realizar análise prévia de custo x benefício como condição para se avaliar a pertinência dos projetos de atos normativos, sendo, inclusive, introduzido por ele modelos matemáticos capazes de avaliar se os benefícios totais previstos superam os custos totais nos cenários trazidos pela norma, nos possíveis intervalos temporais.

A inclusão de modelos matemáticos, bem como a construção de índices e indicadores são uma tendência trazida ao mundo jurídico com os avanços das tecnologias de informação, a partir da digitalização deste.

A utilização de sistemas eletrônicos como o PJe¹² e o MPVirtual¹³ introduzem a possibilidade de se atuar na resolução de demandas de forma mais célere, eficiente e gerenciável, e ao mesmo tempo com possibilidade de formar bases de dados fomentadoras de ações institucionais, como também de políticas públicas.

Apesar de tais transformações auxiliarem em análise mais aprimorada das escolhas realizadas pelo *parquet*, a exemplo do que se fez no início deste tópico, as mudanças comportamentais na atuação dos membros ainda encontram grandes barreiras, quer sejam pelas pressões normativas trazidas pelos prazos, conforme relatado anteriormente, quer sejam pela insegurança na eficácia de adoções de práticas preventivas, como aquelas orientadas pela tutela coletiva, principalmente quando o que está em jogo são temas extremamente complexos como o acesso à saúde.

Diante desta complexidade, propor uma mudança instantânea de conduta, objetivando o deslocamento da atuação ministerial da demanda individual, como ocorre com a medicamentosa, para a tutela coletiva,

¹²PJe é uma plataforma digital desenvolvida pelo CNJ em parceria com diversos Tribunais e conta com a participação consultiva do Conselho Nacional do Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Advocacia Pública e Defensorias Públicas. (Fonte: Conselho Nacional de Justiça).

¹³Sistema de cadastro e informações de processos administrativos, extrajudiciais e judiciais do Ministério Público da Paraíba. (Fonte: Ministério Público do Estado da Paraíba).

pode trazer transtornos irreversíveis à prestação do serviço público. Mas, pontua-se que uma alternativa matemática simples pode ser um bom começo para sinalizar ao membro o quanto do seu esforço está sendo deslocado para demandas individuais, sensibilizando-o para análise do custo de oportunidade desta escolha.

6 Desafios

Em um mundo ideal, acredita-se que esse é o caminho com o qual se alcançará a justiça social. Todavia, a par de toda a evolução digital, algumas questões se apresentam: Estão, de fato, preparados? Os dados de que dispomos são confiáveis? Até que ponto eles representam a necessidade real? Por outro norte, temos uma estrutura para formação de dados confiáveis?

Essas indagações, constantemente, rondam o pensamento dos agentes envolvidos. Fato esse extremamente natural, sobretudo, quando as mudanças ocorreram e ocorrem na velocidade da luz.

O cerne da questão está em encontrar o valor na informação extraída de cada dado, identificando, com perguntas certas, a sua representatividade. Parte-se, portanto, para exigir habilidades específicas nos profissionais responsáveis pela análise, como a perspicácia, para reconhecer padrões, fazer suposições baseadas em informações prévias e antever comportamentos, auxiliando o usuário do negócio nas tomadas de decisão e conclusões de suas metas.

A Administração Pública, de modo geral, precisa avançar no mesmo patamar, sem descuidar de trazer um equilíbrio entre seu avanço e o desenvolvimento da sociedade, seja de acesso aos meios digitais, seja de alfabetização tecnológica ou de uso de quaisquer das ferramentas que lhes ponham no contexto da era digital.

Com efeito, de nada adianta o ente público com uma administração de ponta, se sua população não atinge um patamar capaz sequer de usufruir de toda a gama de benefícios propiciados pelas estruturas digitais.

De outra banda, observa-se uma atenção a mais com a ética e a garantia de um direito fundamental, há pouco inserido na Carta Magna, elegendo nessa condição o direito à proteção dos dados pessoais. Pois,

em 2022, foi editada a Emenda Constitucional nº 115, que acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, com reconhecimento expresso do direito à proteção de dados como direito fundamental.

Não obstante, há muito que a doutrina reconhece a fundamentalidade do direito à proteção de dados, também tratada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal na confirmação da medida cautelar deferida pela Ministra Rosa Weber nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6389, 6390, 6393, 6388 e 6387¹⁴.

É notório que, com a mesma velocidade com que se avançou tecnologicamente, também as violações de direitos e as práticas criminosas vêm se comportando.

Não à toa, voltam-se as preocupações com a contenção e a prevenção de eventos dessa magnitude.

A decisão adotada com base em todo esse processo crítico e analítico tende ao êxito na conquista de soluções adequadas e de resultados concretos.

Importa indicar que a tomada de decisão, inicialmente, deve estabelecer prioridades quanto às demandas que merecerão maior atenção, seja pelo impacto negativo que estejam causando, seja pela repercussão geográfica de onde ocorrem e em maior escala. Afinal, a tomada de decisão ou a escolha de determinada política pública a ser induzida, com base em evidências, tem por premissa maior eficiência, solução de problemas sociais e econômicos e, sobretudo, a melhor aplicação de recursos públicos.

Embora haja complexidade nos problemas sociais, buscar coletar informações cada vez mais precisas e identificar as relações de causa e efeito se torna imperioso. E tal só acontece mediante uma boa governança de dados.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida cautelar na ação direta de Inconstitucionalidade 6387/DF*. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 07 de maio de 2020. Sobre o tema, ver: GABARDO, Emerson; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Direito à saúde e direito à proteção de dados pessoais em tempos de pandemia. In: BELLI, Luca; DONEDA, Danilo; HARTMANN, Ivar A.; SARLET, Ingo; ZINGALES, Nicolo. [org.]. *Proteção de Dados na América Latina: COVID-19, democracia, inovação e regulação*. Porto Alegre: Arquipélago, 2021, p.23-40; MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF Reconhece Direito..., p. 471-489.

Para contextualizar os benefícios que o uso correto dos dados pode representar, traz-se à baila o estudo em que se mediu o impacto de denúncias on-line em um caso que se pretendeu implementar ações que reduzissem, tratassem ou tornasse visível a incidência de violência doméstica no Rio de Janeiro, aplicado a partir da análise de ferramenta criada em 2020 para que as denúncias fossem feitas por meio digital, evitando o contato direto com o meio policial e a revitimização:

A ferramenta online conectou diretamente as vítimas de DV ao sistema judiciário estadual, efetivamente ignorando o contato com a polícia — pelo menos inicialmente. Ao usar a ferramenta, as vítimas podem descrever os eventos com suas próprias palavras e oferecer qualquer evidência que possam ter (vídeos, fotos, áudio, etc.), bem como solicitar POs.

...

Os resultados revelam informações interessantes: a ferramenta online cumpriu seu papel de facilitar os relatórios de DV. O número mensal de POs solicitados aumentou em 29,5%, ou 373 em média, após a implementação dessa ferramenta¹⁵.

Nessa situação, com base nos dados apurados, foi possível idealizar uma ferramenta que facilitasse o acesso à denúncia e ao pedido de ordem de proteção (PO), em se tratando de violência doméstica (DV), de sorte que o número de casos denunciados aumentou consideravelmente. A par desta medida, outras análises poderiam suceder, especialmente para pensar uma política criminal com maior eficiência, sendo este apenas um exemplo do quanto se pode avançar ao observar as evidências dos dados.

Feita essa escolha, é necessário que se calcule os custos financeiros ou de esforços, a fim de garantir a execução do enfrentamento até a última etapa das ações planejadas.

Não obstante, avaliar os resultados é medida a ser executada para que se aquilate se houve respostas às demandas, identificando, pois, as estratégias melhores aplicadas e as que requerem aprimoramento.

¹⁵Na ponta dos dedos: qual é o *impFANTONI*, Marylis C. *acto das denúncias on-line de violência doméstica?* Artigo de Pesquisa publicado na *Public Administration Review*, 13 de outubro de 2024. p.2.

Por mais das vezes observa-se a participação social nas diversas ações intentadas pelo Ministério Público, seja porque foi qualquer do povo o agente provocador, seja por ter sido a sociedade o alvo de consulta do órgão, que buscou nela o apoio e o embasamento de suas iniciativas. Este é o alicerce para o caminho da transparência, princípio constitucional de que não se deve arredar.

Neste talante, os dados produzidos devem ser publicizados e acessíveis, respeitados os limites legais, contanto que se permita à sociedade o acompanhamento da atuação ministerial, tornando-a também partícipe do processo indutivo de políticas públicas, porquanto é a quem se destina todo e qualquer resultado.

Pensar nesse tipo de atuação estruturada requer um cuidado prévio com o dado de que se faz uso, primando pela sua qualidade e capacitação contínua de quem dele for dispor, para que sua interpretação seja o mais próxima possível da realidade do contexto objeto da demanda.

A confirmação da boa qualidade do dado e o cuidado para com este perpassa pela interoperabilidade com outros sistemas ou acesso a outras fontes de informação, que integradas ao conjunto de análises, permite maior aprofundamento do conhecimento situacional e garante confiabilidade ao resultado preliminar.

7 Conclusão

No transcorrer do texto pudemos observar que atuar com o uso de dados é buscar uma forma inteligente, otimizada e estratégica que importe em bons resultados, com menor custo e maior eficiência, na concretude do fortalecimento da democracia e promoção do bem-estar da população.

Enfatiza-se que a constante avaliação do impacto das ações realizadas leva necessariamente à busca de inovação, seja por meio de bases tecnológicas ou metodológicas, no afã de aprimoramento da análise dos dados e tomada de decisões.

Apesar do grande desafio, hoje é possível observar mudanças comportamentais de instituições públicas, a exemplo do Ministério Público do Estado da Paraíba, que disponibiliza ferramentas eletrônicas focadas na construção de dados, abrindo a possibilidade para a aplicação

de técnicas mais estruturadas de análises, tais como o uso de indicadores quantitativos.

O uso de dados permite a reflexão sobre o custo de oportunidade e, portanto, a ponderação se o sacrifício feito por certas escolhas compensa as recompensas por escolhê-las.

Contudo, não se deve olvidar que, embora a decisão apoiada em dados representa um avanço potencial na melhoria da gestão pública, trata-se de mais uma ferramenta a ser adotada, porquanto outras considerações devem estar presentes, como valores, ética e interesses políticos, sempre voltados para o melhor desenvolvimento e bem-estar social.

Referências

BEUREN, I. M. *Conceituação e contabilização do custo de oportunidade*. Cadernos de estudos FIPECAFI,. 8. ed. São Paulo: 1993. v.8.

FANTONI, M. C. *Na ponta dos dedos: Qual é o impacto das denúncias on-line de violência doméstica?* Artigo de Pesquisa publicado na Public Administration Review, 2024.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p. Do original em francês: Surveiller et punir. Bibliografia. Direito penal.

OLIVEIRA, D. de P. R. de. *Sistemas de informações gerenciais: estratégias, táticas, operacionais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RAINER, R. K.; CEGIELSKI, C. G. (2011). *Introdução a sistemas de informação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier

RICHTER, R.; VICENZO, T. K.. *Fundamentos e teoria organizacional*; UNIASSELVI, 2016. 214 p. : il. ISBN 978-85-515-0041-5 1.Administração. I. Centro Universitário Leonardo Da Vinci

SAKURAI R.; ZUCHI, J. D. *As revoluções industriais até a indústria 4.0*. São Paulo: Faculdade de Tecnologia de Taquaritinga (FATEC), 2022. Disponível em: http://www.em.ufop.br/files/40_Sakurai_e_Zuchi_As_revolues_industriais_at_a_Industria_40.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

TABAK, B. M. *A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas*, v. 52, n. 205, p. 321-343, Revista de Informação Legislativa, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 22 out. 2024.

TRZESMIAK, P. *Indicadores quantitativo: como obter, avaliar, criticar e aperfeiçoar*, v. 4, n. 2, p. 5-18, Navus – Revista Gestão e

Tecnologia, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3504/350450614002.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

TRINDADE, A. S. C. E.; OLIVEIRA, H. P. C. *Inteligência artificial (IA) generativa e competência em informação: habilidades informacionais necessárias ao uso de ferramentas de IA generativa em demandas informacionais de natureza acadêmica-científica*, v. 29, 2024. Disponível em: scielo.br/j/pci/a/GVCW7KbcRjGVhLSrmy3PCng/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 24 out. 2024.

ZIKMUND, W. G. *Princípios da pesquisa de marketing*. São Paulo: Thomson, 2006.

3 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

Core - Coordenadoria Recursal

Coordenadora: Marilene de lima Campos de Carvalho

Membros: Adriana de Franca Campos
Leonardo Pereira de Assis

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

O PODER DA EDUCAÇÃO NA RESSOCIALIZAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Cristiana Ferreira M. Cabral de Vasconcellos

Promotora de Justiça do Ministério Público da Paraíba

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre o reflexo da educação na reinserção social de adolescentes em conflito com a lei, fazendo uma abordagem mais direcionada para a situação das unidades de cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado, mapeando o comportamento histórico da importância que foi dada à educação de forma geral. Utiliza-se, para suas análises, o mapeamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e relatórios produzido para o Conselho Nacional do Ministério Público e do Educacenso, enfatizando, inclusive, que, através deles, é possível traçar um panorama capaz de demonstrar caminhos e traçar políticas públicas de maior eficiência. Por fim, destaca os grandes desafios enfrentados para a implementação de uma educação especial e qualificada, e conclui que a decisão apoiada em conhecimentos adquiridos representa um avanço potencial na melhoria das condições sociais do adolescente infrator e a sua efetiva reinserção social, com redução real dos índices de retorno ao meio infracional.

Palavras-chave: educação; Ministério Público; sistema de justiça; políticas públicas; reinserção social.

Abstract

The present article aims to discuss the impact of education on the social reintegration of adolescents in conflict with the law, focusing specifically on the situation of closed socio-educational facilities. It maps the historical behavior regarding the importance attributed to education in general. For its analyses, it utilizes data from the mapping conducted by the National Justice Council and reports produced for the National Public Ministry and Educacenso, emphasizing that through these sources, it is possible to outline a framework capable of demonstrating pathways and formulating more effective public policies. Finally, it highlights the significant challenges faced in implementing a special and qualified education and concludes by stressing that decisions based on

acquired knowledge represent a potential advancement in improving the social conditions of juvenile delinquent and their effective social reintegration, with a real reduction in the rates of recidivism.

Keywords: education; Public Ministry; justice system; public policies; social reintegration.

1 Introdução

Enquanto objeto de evolução pessoal, por força do enriquecimento intelectual e formação acadêmica que propicia, a educação desempenha papel essencial na ressocialização de adolescentes em conflito com a lei. Este fator é primordial não apenas para o crescimento individual, mas também para a reintegração desses jovens na sociedade.

É por meio do processo educacional que se proporciona o desenvolvimento de habilidades, desde as cognitivas, as sociais e até as emocionais. De tal sorte, favorece-se que se desempenhe uma comunicação eficaz, aprenda a resolver conflitos e a tomar decisões assertivas pautadas na informação.

Na mesma senda, a oportunidade de crescimento pessoal é o que se permeia, ao passo em que se dá vazão à exploração dos interesses e paixões, que, por correlato, tornam-se um caminho para o descobrimento e a construção de uma identidade positiva, que certamente, reduz comportamentos delitivos.

Com base nessas premissas, pretende-se demonstrar o quão eficaz deve ser a educação como ponto de partida para o empoderamento, integração social e redução da reincidência por parte de adolescentes que ingressaram no mundo da prática delituosa. Entenda-se, neste contexto, a reincidência como o retorno na prática infracional, não obstante o termo ser utilizado para a conduta criminosa dos sujeitos imputáveis. Dessa forma, tomando-se, portanto, por base a etimologia da palavra, qual seja, repetição de um ato; recidiva ou recaída, é que se referirá ao adolescente que retorna à ação delitiva.

Pesquisas publicadas foram taxativas ao trazer os resultados negativos quando não se priorizou a educação como ferramenta capaz de minimizar danos sociais e pessoais, como também enquanto meio eficiente de ressocialização e crescimento individual.

2 Evolução histórica

O ensino formal surgiu na Idade Média quando nasceram as primeiras instituições, em sua maioria, ligadas à Igreja Católica. Foi nos mosteiros que se deixou de focar em habilidades sociais e políticas para direcionar o centro do aprendizado no aspecto religioso, com aulas ministradas em latim.

Sáímos da Antiguidade, onde o ensino tinha uma natureza predominantemente prática, passiva e receptiva, lançado pelos filósofos que transmitiam conhecimentos de retórica, artes, matemática e filosofia aos seus discípulos, por meio da oralidade e experimentação, em que habilidades como memorização sobrepunha-se à compreensão, para um contexto mais formal e estruturado.

Tanto em um momento quanto no outro, poucos tinham acesso à educação, sendo, pois, destinada à aristocracia ou aos religiosos.

Apenas com o advento da imprensa e crescimento do Iluminismo foi que decorreu uma maior democratização do conhecimento. Os princípios que nortearam a Revolução Francesa foram pilares para a criação de escolas mais acessíveis a pessoas de diferentes classes sociais, agregando-se noções de cidadania e direitos civis.

Com a Revolução Industrial, percebeu-se a necessidade de ampliação das escolas para as classes mais baixas, porquanto a mão de obra teria que ser qualificada. Foi então que se insurgiu o modelo de sala de aula tradicional, com alunos enfileirados em carteiras, inspiração essa advinda das fábricas.

Na Idade Contemporânea, os avanços tecnológicos e a profissionalização passam a ser protagonistas na oferta educacional, sem se olvidar do desenvolvimento científico e cultural, valorizando-se a criatividade e a participação do aluno, em um contexto mais democrático e inclusivo.

Hoje descortinam-se o uso de metodologias ativas, a cultura *maker* e o uso de tecnologias educacionais, com foco em uma educação integral, em que, além do aspecto científico e econômico, a atenção volta-se para o social, cultural e ambiental, preocupando-se com o desenvolvimento de habilidades comportamentais e socioemocionais, para efeito de aguçar a empatia, a colaboração, a responsabilidade e o senso crítico, ou seja, não apenas o conteúdo científico é objeto do ensino, mas sobretudo a formação integral do aluno.

3 Amparo legal

A educação foi erigida à condição de direito universal, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preconiza, no artigo 26, a obrigação da educação primária gratuita para todos.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, cognominada Constituição Cidadã, coloca a educação como direito social fundamental para todos, garantindo não apenas o acesso, mas a permanência e qualidade do ensino. Face a sua importância, prevê que seja ela dever do Estado e da família, que atuarão com a colaboração da sociedade. Isto é, a oferta, a inserção e a cobrança devem ser praticadas no âmbito desses autores, conquanto que não haja indivíduo algum que se veja impedido do exercício de seu direito, por falta ou omissão de algum deles.

Assim descreve a Emenda Constitucional no 59, de 11 de novembro de 2009: Art. 1º Os incisos I e VII do art. 208 da Constituição Federal, passam a vigorar com as seguintes alterações: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegura inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (Brasil, 2009).

Por sua vez, A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei no 9364/96) define que:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade.

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo (Brasil, 1996).

A Lei 12.594/2012, que estabeleceu as diretrizes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), definiu o período de um ano aos órgãos responsáveis pela política educacional pública, em

consonância com as entidades de atendimento socioeducativo, a fim de promover a inserção de crianças e adolescentes que cumprem medidas socioeducativas na rede pública de educação, em qualquer fase do período letivo, contemplando as diversas faixas etárias e níveis de instrução, conforme Art. 82:

Art. 82 Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis federados, com os órgãos responsáveis pelo sistema de educação pública e as entidades de atendimento, deverão, no prazo de 1 (um) ano a partir da publicação desta Lei, garantir a inserção de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa na rede pública de educação, em qualquer fase do período letivo, contemplando as diversas faixas etárias e níveis de instrução (Brasil, 2012).

Ressalte-se que o objetivo a ser alcançado com a educação vai além da aquisição de conhecimentos científicos, pois tem por foco o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, garantindo ainda o atendimento educacional especializado aos deficientes, preferencialmente, na rede regular de ensino, e o atendimento em creche e pré-escola a crianças de 0 a 6 anos de idade.

A regulamentação do direito à educação está pautada, pois, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Eca); na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e na Lei do Sinase, sendo esta voltada, especialmente, para o adolescente em conflito com a lei.

É na Resolução nº 3 de 2016 do Conselho Nacional de Educação que se definiu as Diretrizes Nacionais para o atendimento escolar de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas (Brasil, CNE, 2016), assim um dos princípios que balizam o atendimento escolar junto às medidas socioeducativas é o de que a escolarização é uma estratégia de inserção social plena, articulada à reconstrução de projetos de vida e à garantia de direitos.

Para o pleno exercício da cidadania, assegura-se a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; o direito ao aluno de ser respeitado por seus educadores; de contestar critérios avaliativos,

podendo recorrer às instâncias escolares superiores; à organização e participação em entidades estudantis; acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentam a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

Assim, enquanto agentes corresponsáveis pela educação, os pais ou responsáveis têm direito à ciência do processo pedagógico e a participar da definição das propostas educacionais.

A Lei de Diretrizes e Base da Educação, ao reafirmar esse direito, detalha responsabilidades de cada um na manutenção e oferta do ensino público.

4 O contexto infracional

As medidas socioeducativas no Brasil são disciplinadas a partir das regras e princípios oriundos da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e da lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Além disso, o Brasil é signatário da Convenção dos Direitos da Criança de 1990 e de documentos internacionais que tratam das garantias dos adolescentes e o devido tratamento judicial. Os adolescentes em conflito com a lei são, ainda que inimputáveis penalmente, dotados da proteção integral do Estado, reconhecidos como sujeitos de direitos e considerados pessoas em “estado peculiar de desenvolvimento” (CNJ, 2012, p. 7).

O princípio da prioridade absoluta, ao considerar dever da família, do Estado e da sociedade o cumprimento dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, imputa a responsabilidade da proteção aos entes federativos e a agentes públicos. Portanto, a efetividade das medidas socioeducativas depende da articulação entre os sistemas estatais, a quem compete a garantia dos direitos relacionados à dignidade humana como educação, saúde, segurança e ao devido processo legal (CNJ, 2012, p. 7).

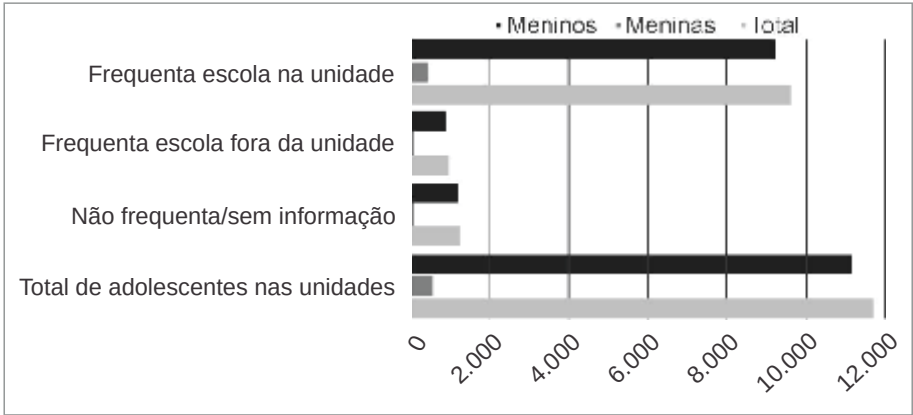
Quando da aplicação da medida restritiva de liberdade pelo Estado, deve ser observada, portanto, a garantia dos direitos fundamentais e sociais do menor infrator, assegurados aos jovens de maneira geral

pela legislação brasileira. O cumprimento das medidas socioeducativas por adolescentes com idade entre 12 e 18 não tem caráter punitivo, e sim de responsabilização pelas consequências ocasionadas pelo ato infracional, com uma preocupação maior no quesito da reparação social e em sua ressocialização. “Para tanto, no momento da aplicação da medida restritiva de liberdade, o Estado deve garantir oportunidades reais de educação, profissionalização e apoio psicossocial” (CNJ, 2012, p.7).

Apesar de todo esse compilado regulatório, decorreram cerca de seis anos sem que houvesse um acompanhamento da política voltado para o adolescente infrator. Esta informação foi trazida pelo próprio Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, no último levantamento anual, realizado em 2023, contendo dados coletados no primeiro semestre do referido ano.

O levantamento realizado com relação à educação de jovens em conflito com a lei revela o quantitativo de adolescentes, por gênero, frequentando a escola dentro e fora da unidade socioeducativa, mas sem indicar o grau de escolaridade ou o desnivelamento idade x série:

Gráfico 1: Adolescentes com matrícula em escola, por gênero, no ano de 2023 (Brasil)



Fonte: Levantamento Anual Sinase 2023 – Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania

O resultado aponta que na oportunidade o Brasil possuía 10.465 (dez mil quatrocentos e sessenta e cinco) adolescentes, em unidades socioeducativas de privação e restrição de liberdade, frequentando a escola. Esse número corresponde a 89,8% do total de adolescentes vinculados às unidades socioeducativas em 2023. Os dados revelam que a maioria dos/as adolescentes frequentam a escola dentro da unidade socioeducativa, em direção oposta ao que estabelece a Resolução nº 3 do CNE, o que pode ocorrer pela ausência de articulação com o sistema educacional da região, revelando a necessidade de maior articulação do SGDCA (Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente). Necessário destacar que 1.091 (um mil e noventa e um) adolescentes inseridos no Sistema Socioeducativo estão fora da escola, sendo necessário um olhar atento para estas situações.

Depõe-se, portanto, que se há um árduo trabalho a ser enfrentado em prol de uma educação de qualidade como um todo, maior desafio existe para efetivar a inclusão de adolescentes infratores no sistema educacional. Todavia, é inconcebível pensar na ressocialização sem que estejam inseridos no seio da sociedade. Evitar estigmas, preconceitos e tratamento vexatório ou constrangedor é fundamental.

Cada vez mais se torna imperioso incentivar práticas disruptivas, inovadoras e capazes de transformar ambientes e pessoas, conquanto que busquem de forma associativa e multidisciplinar o sucesso do processo pedagógico e o desenvolvimento sadio desse público já tão marginalizado.

Trazer para a prática o protagonismo infanto juvenil é missão insculpida no Estatuto da Criança e do Adolescente que, certamente, contribuirá para a recuperação da autoestima desses jovens, na perspectiva de que haja oportunidades outras além das que lhes asseguram a via do crime.

Importante conotação deve ser dada ao resultado do Censo Escolar que vem demonstrando a relação direta entre o ingresso no mundo do crime e ausência aos bancos escolares.

O Censo Escolar da Educação Básica 2013 (Inep/Mec) registrou o número de matrículas de jovens em situação de privação de liberdade. O CNJ, por sua vez, calculou, em 2012, que 57% dos jovens declararam

que não frequentavam a escola antes de cumprir medidas socioeducativas. A estimativa era de que 86% deles ainda cursavam o ensino fundamental (Brasil, 2015; CNJ, 2012).

De maneira controversa observa-se que, ao alvedrio dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral a que estão todos obrigados, não houve preocupação com a atualização desses dados e aprofundamento do fenômeno, voltando-se para uma estratégia que tivesse por objetivo a modificação dessa realidade e que levasse à efetiva diminuição da reincidência infracional.

Em contrapartida, informações veiculadas em reportagem realizada por Tatiana Alves - Repórter Rádio Nacional, em 24/04/2023 - 18:49, Rio de Janeiro, revela que um estudo da UFF, Universidade Federal Fluminense, apurou que mais de 90% dos mais de 143 mil adolescentes que cumprem medidas de liberdade assistida, semiliberdade, internação estrita e prestação de serviços à comunidade, não completaram o Ensino Fundamental.

Outro número preocupante é o de que mais de 70% deles vivem em áreas de conflito armado.

Além de que os dados sobre o perfil dos jovens entrevistados são que 97% deles são homens; 76% são negros; 34% possuem renda familiar de 1 a 3 salários-mínimos e 70% deles está na faixa etária entre 15 e 17 anos.

As informações fazem parte do estudo Trajetória Escolar e de Vida de Jovens em Situação de Risco e Vulnerabilidade Social Acusados de Cometimento de Ato Infracional. O estudo foi realizado pelo professor da UFF, Elionaldo Fernandes Julião, que analisou o perfil de menores moradores da cidade do Rio de Janeiro.

Um fato que chamou a atenção do docente foi que o alto número de jovens problemáticos na faixa etária entre 15 e 17 anos, está diretamente ligado à evasão escolar e a uma perspectiva de início da vida profissional.

No mesmo sentido, pesquisa realizada no Estado de Minas Gerais aponta que fatores de risco educacionais e laborais: o baixo desempenho escolar e a evasão escolar são variáveis com elevada capacidade preditiva da reiteração de atos infracionais. Entretanto, há evidências ainda parciais de que a preparação técnico-profissional dos jovens infratores

durante o período de cumprimento das sanções judiciais reduz o risco da reiteração.

Isto indica que associar o tempo de cumprimento da medida com a qualificação para o mercado de trabalho deve ser preponderante para a experimentação da ressocialização. É de indagar, pois, sobre a relação que se estabelece quando da progressão de medidas socioeducativas, o teor do relatório da equipe multidisciplinar que baliza a decisão judicial e os reais efeitos pretendidos com os que de fato se operam. Até onde vem sendo acompanhado tais resultados para fins de se considerar resolutivas as medidas adotadas?

O Sistema de Justiça, detentor de informações alarmantes sobre o cenário em que se veem os jovens em conflito com a lei, deve exercer papel essencial, no tocante ao impulsionamento de políticas públicas suficientes para mudar o resultado até então apurado, que aponta para um sistema fadado ao fracasso, não demonstrando resolutividade e muito menos diminuição da reincidência ou da continuidade no ambiente do crime quando se tornam imputáveis.

Há de se indagar também acerca dos encaminhamentos dos relatórios formulados quando das diversas inspeções e mesmo do olhar acurado dirigido ao processo em que seja aplicada alguma medida socioeducativa. Se não forem considerados para ao menos questionar as atuais ofertas ou inexistência de política pública eficiente, e servir de parâmetro para tomada de decisões assertivas, qual o sentido e que papel estão desempenhando?

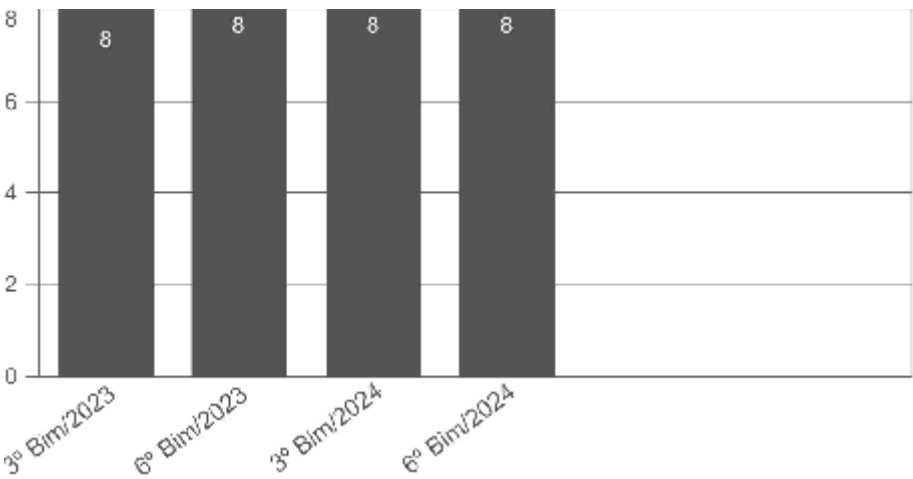
É preciso, portanto, extirpar os entraves burocráticos e práticos para que se exerça efetivamente um tratamento humanizado, garantidor de direitos e com reais possibilidades de reparação e ressocialização dos adolescentes infratores.

O que vem ocorrendo é um paradoxo entre o que se apregoa, a partir de princípios inscritos no ECA, como o da prioridade absoluta, e o que se executa enquanto política infracional. A condição de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento não está sendo levada em consideração, ao menos enquanto não for garantida uma educação de qualidade com potencial para modificar a situação atual, com relação aos níveis de escolaridade e o aprendizado real, que compreenda a concorrência leal no mercado de trabalho, redimensionando um horizonte singular e possível.

5 Retrato do Estado da Paraíba

Conforme dados do CNJ, atualmente o Estado da Paraíba conta com 8 unidades socioeducativas, mesma condição identificada no início de 2023.

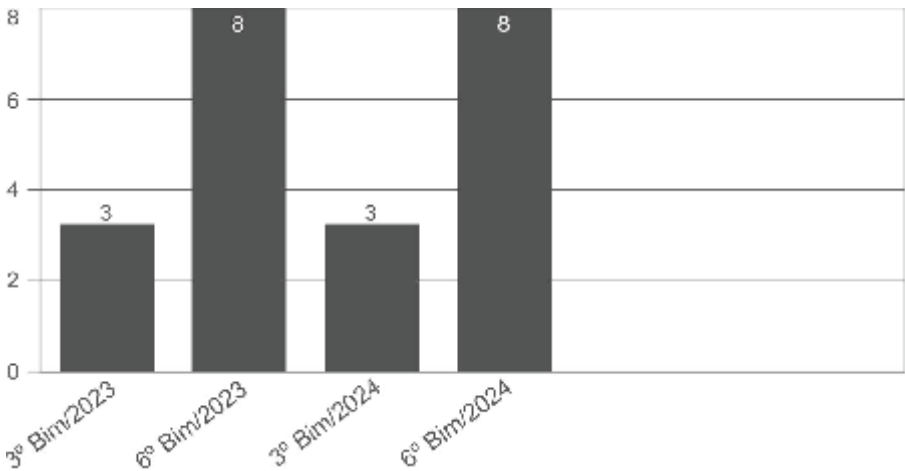
Gráfico 2: Total de unidades Socioeducativas com Regimento Interno



Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

No tocante ao Regimento Disciplina, conforme exposto no gráfico 3 abaixo, podemos ver uma lacuna persistente entre os primeiros e últimos bimestres do período de 2023 a 2024.

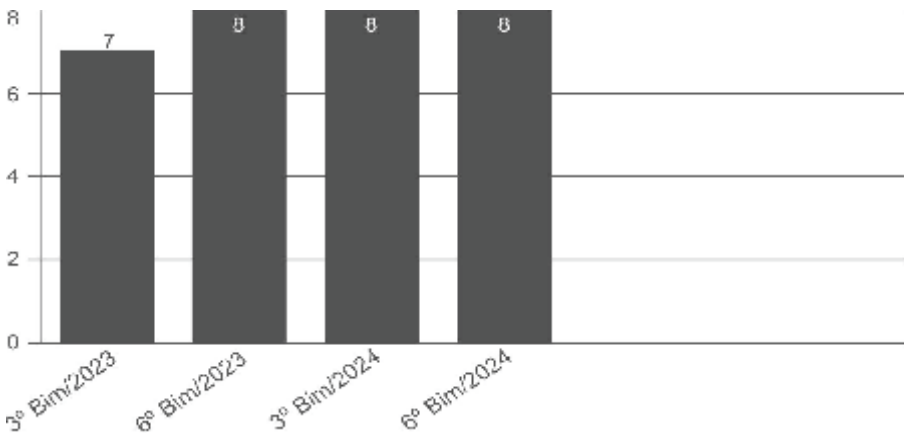
Gráfico 3: Total de unidade Socioeducativas com Regimento Disciplinar



Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

Já no tocante ao projeto político pedagógico, observa-se que, nos últimos bimestres, foi constatado um esforço na disponibilidade desta ferramenta.

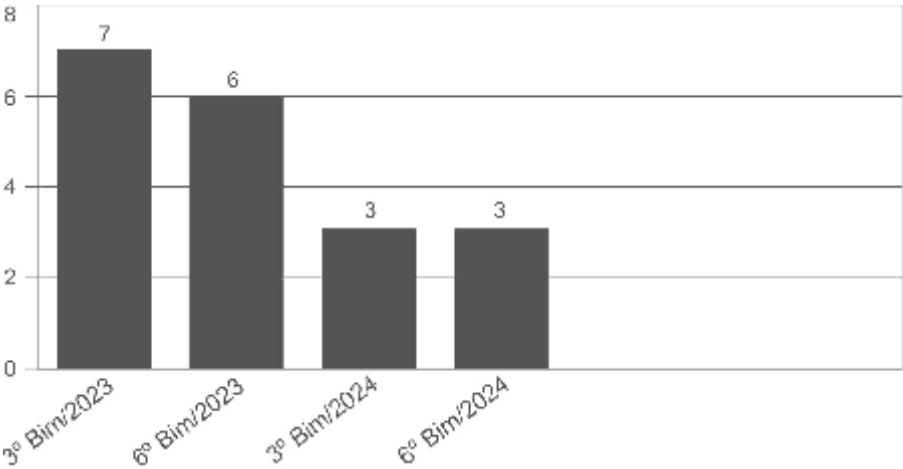
Gráfico 4: Total de unidades Socioeducativas com Projeto Político Pedagógico



Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

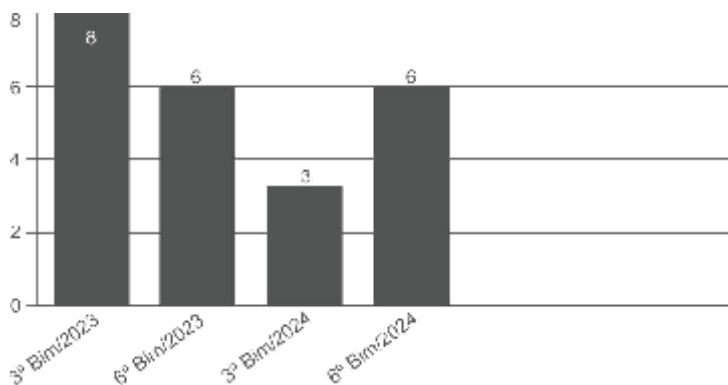
Um dado bastante preocupante é a redução de salas de aula entre os primeiros bimestres de 2023 em comparação com os últimos bimestres de 2024, onde pode-se perceber uma contração significativa, tendo em vista que, no 3º Bimestre de 2023, as unidades contavam com 7 salas de aula, enquanto, no final de 2024, este número caiu para 3 salas de aula.

Gráfico 5: Total de unidades com Sala de Aula



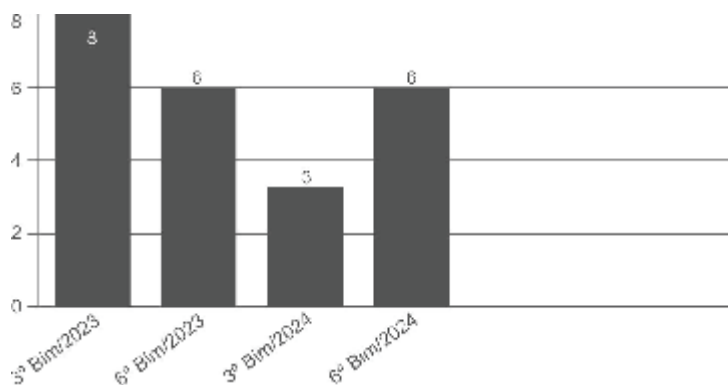
Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

Fato também preocupante, trazido pelo CNJ, foi a redução de profissionais atuantes nas unidades socioeducativas, que, conforme podemos ver nos gráficos abaixo, apresentam, para todos os cargos, redução, quando comparamos os primeiros bimestres de 2023 com os finais de 2024.

Gráfico 6: Total de unidades com Psicóloga(o)

Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

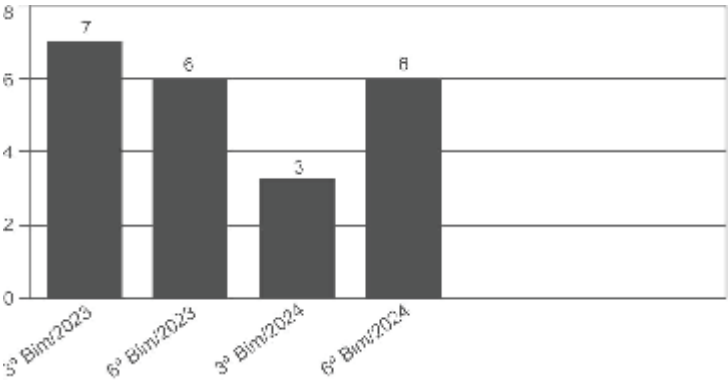
As unidades com Psicólogas(os) caíram de oito para seis unidades, ou seja, 25% das unidades passaram a não contar mais com este profissional.

Gráfico 7: Total de unidades com Assistente Social

Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

Assistente Social caiu de oito unidades com o profissional para seis unidades, ou seja, 25% das unidades passaram a não contar mais com este profissional.

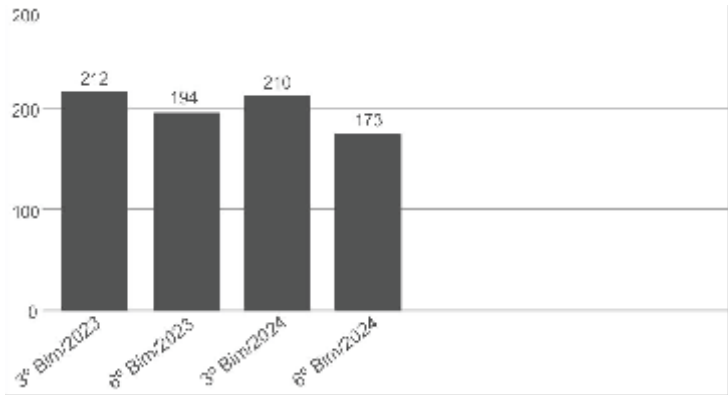
Gráfico 8: Total de unidades com Pedagogo



Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

Pedagogo caiu de 7 unidades com o profissional para seis unidades, ou seja, unidades que antes contavam com esse profissional passaram a não o ter em seus quadros, consistindo, pois, numa queda de 14%, o que, em 2023 já apresentava um número inferior ao número de unidades. Assim, ao considerarmos o número total de unidades, amplia este *déficit* para 25%.

Gráfico 9: Agentes de segurança socioeducativos(as) lotados(as) nas unidades

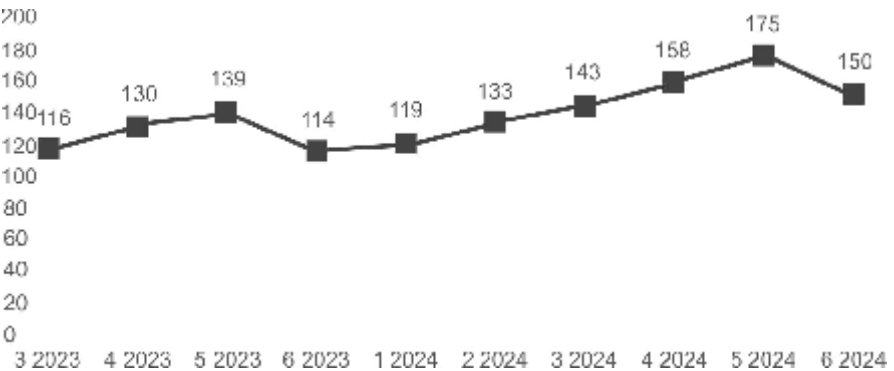


Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

No tocante aos agentes socioeducativos, verificamos uma redução do efetivo na ordem de 18%.

Esta condição é extremamente inquietante, principalmente quando, através do mesmo portal, ao compararmos o número de adolescentes cumprindo alguma medida socioeducativa entre o 3º bimestre de 2023 e o 6º bimestre de 2024, observa-se um crescimento na ordem de 30%.

Gráfico 10: Total de adolescentes cumprindo alguma medida socioeducativa

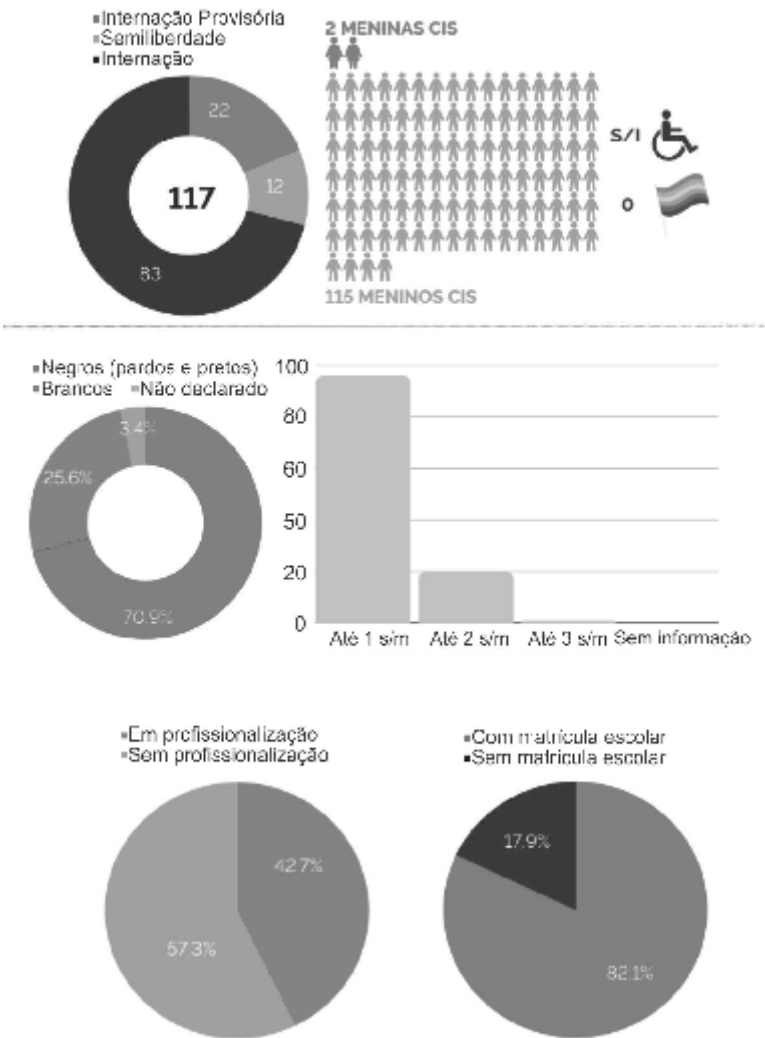


Fonte: Painel de Inspeções Socioeducativo - Conselho Nacional de Justiça

Consoante dados do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, em 2023, esse era o cenário no Estado da Paraíba:

Gráfico 11: Diagnóstico socioeducativo do Estado da Paraíba

APRESENTAÇÕES DOS ESTADOS | PARAÍBA



Fonte: Levantamento Anual Sinase 2023 – Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania

6 Cenário da escolaridade Paraibana

Quando da análise dos microdados do censo educacional, conforme dados a seguir, constatamos uma queda no número de matrículas para a educação básica entre os anos de 2021 e 2023, a uma taxa acumulada de 1,75%. Destaca-se que parte deste decréscimo pode ser explicado pela redução da taxa de natalidade medida pelo IBGE, que apontou uma redução, entre os anos de 2010 e 2022, na ordem de 16,71%, o que, em média, para o intervalo das análises, teríamos uma queda anual em torno de 1,40%.

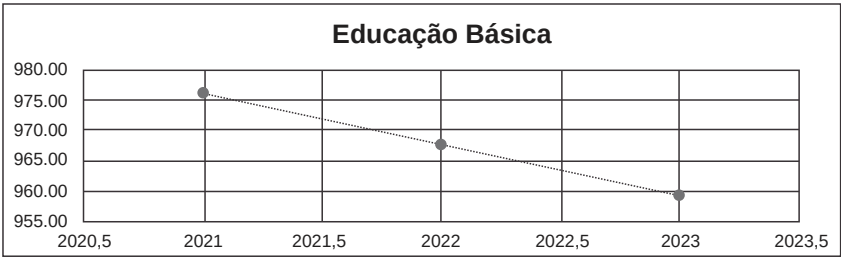
Tabela 1: Quantitativo de Matrículas na Educação Básica no Estado da Paraíba

Educação Básica	
Ano	Quantidade de Matrículas
2021	976.247
2022	967.833
2023	959.178

Var % Acum =====> - 1,75%

Fonte: Educacenso 2023 – Ministério da Educação

Gráfico 12: Quantitativo de matrículas educação básica 2021 a 2023



Fonte: Educacenso 2023 – Ministério da Educação

Para o ensino médio, a situação é ainda mais grave, tendo em vista que a taxa acumulada de variação entre os anos de 2021 e 2023 alcançou patamares superiores a 5%, o que, mesmo ajustando a taxa de natalidade, conforme exposto anteriormente, demonstra um grande desequilíbrio e fortalece a hipótese da “troca” da educação pelo crime, por parte dos jovens e adolescentes no Estado da Paraíba.

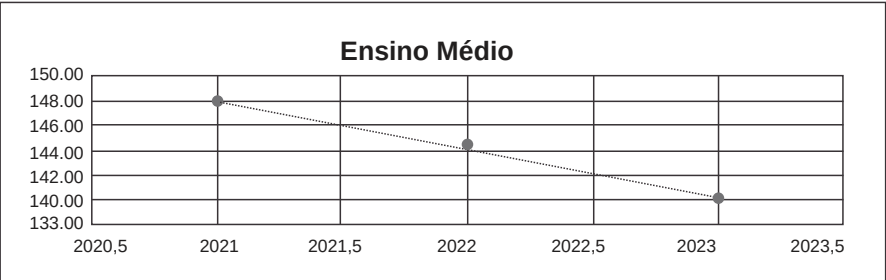
Tabela 2: Quantitativo de Matrículas Ensino Médio no Estado da Paraíba

Ensino médio	
Ano	Quantidade de Matrículas
2021	147.866
2022	144.453
2023	140.067

Var % Acum ==> - 5,27%

Fonte: Educacenso 2023 – Ministério da Educação

Gráfico 13: Quantitativo de matrículas ensino médio 2021 a 2023



Fonte: Educacenso 2023 – Ministério da Educação

Um dado complementar, que também merece destaque, é a taxa de distorção idade x série, também fornecido pelo censo educacional que, conforme pode ser observado no gráfico abaixo, apresentou considerável melhora para o mesmo período (2021 - 2023), mas que, por outro lado, pode também fortalecer a hipótese da “troca” da escola pelo crime, pois, a

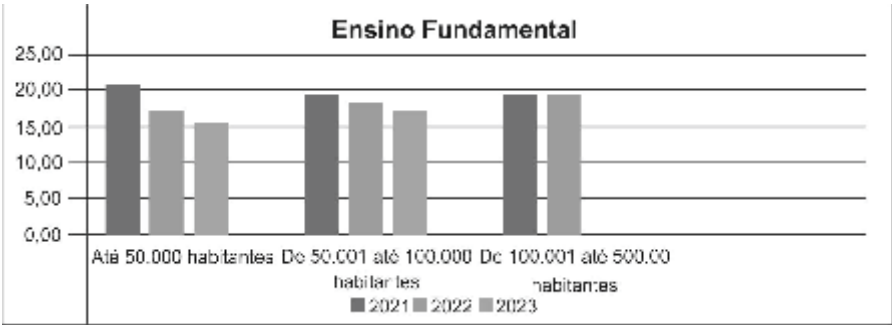
melhora neste indicador pode ser justificada pela evasão escolar daqueles que optaram pelo crime na condução de suas vidas, sendo, portanto, excluídos das estatísticas dos indicadores dos estudantes ativos, tais como idade x série.

Tabela 3: Taxa distorção idade x série por porte habitacional dos municípios paraibanos (2021 a 2023)

Grupo	Municípios por habitantes	FUNDAMENTAL			MÉDIO		
		2021	2022	2023	2021	2022	2023
1	Até 50.000 habitantes	20,70	17,32	15,72	34,19	29,22	26,26
2	De 50.001 até 100.000 habitantes	19,50	18,37	17,30	30,42	27,82	25,53
3	De 100.001 até 500.00 habitantes	19,57	19,43	18,53	28,50	25,40	23,43
4	Acima de 500.000 habitantes	16,80	17,10	16,40	24,20	22,30	20,50

Fonte: Dados Abertos - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

Gráfico 14: Taxa distorção idade x série por porte habitacional para ensino fundamental dos municípios paraibanos (2021 a 2023)

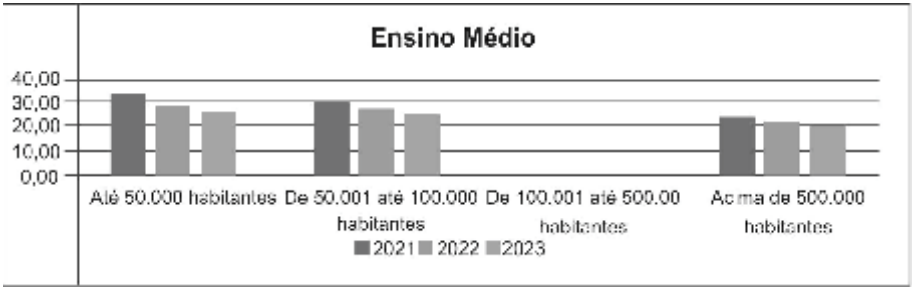


Fonte: Dados Abertos - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

Podemos verificar, conforme gráfico acima, que, independentemente do porte do município, para o ensino fundamental foi constatado uma melhora nas taxas de distorção idade x série, com destaque para os municípios com até 50.000 habitantes, que apresentou uma redução de 20,70%, em 2021, para 15,72%, em 2023, isto é, uma queda na ordem de 25%.

Igual situação podemos notar no comportamento da taxa de distorção idade x série do ensino médio dos alunos paraibanos, conforme gráfico acima, que também, independente do porte municipal, apresentou considerável redução entre os períodos analisados (2021 - 2023).

Gráfico 15: Taxa distorção idade x série por porte habitacional para ensino médio dos municípios paraibanos (2021 a 2023)



Fonte: Dados Abertos - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

Por fim, reforçamos que a melhora neste indicador pode de certa forma ser justificado pela redução do número de matrículas, principalmente dos alunos do ensino médio, pois, estes, ao optarem a não ingressar na escola, por motivos que necessitam de melhor investigação, mas que pode estar relacionado com o crime, passam a não constar em estatísticas que buscam aferir qualitativamente o corpo estudantil do Estado Paraibano.

7 Conclusão

O acesso à educação deve ser visto não só pelo aspecto de um direito fundamental e, portanto, imprescindível, mas também como ferramenta de empoderamento, por meio da qual se traça o futuro desejado, permitindo a tomada de decisões que impactam diretamente a vida de modo positivo, minimizando a interferência de circunstâncias externas outras.

Pondera-se que o sujeito que teve uma educação qualificada almeja e tem condição de trilhar por outros caminhos. Assim, torna-se fator prevaiente que repercute na redução da recorrência de atos infracionais. Aquele que se vê capaz de ser inserido no mercado de trabalho têm menor probabilidade de voltar ao sistema infracional.

Ademais, a educação também promove a interação com colegas e professores, sendo motor de propulsão da formação de rede de apoio, fazendo com que se sinta parte da sociedade, o que, consequentemente, reduz estigmas, preconceitos e até a marginalização.

Com efeito, a execução de programa educacional especializado, com uso de abordagens educacionais adaptadas às necessidades desses adolescentes, onde estejam incluídos ensino técnico e profissionalizante, que atendam a suas aptidões, competências e habilidades, bem como ao mercado de trabalho local, certamente é a chave da mudança que se espera para que portas se abram e afastem os jovens da delinquência.

É impreterível, portanto, movimentar a máquina estatal na luz de que se faça valer de preceitos legais para que seja a educação a mola propulsora da metamorfose de jovens vulneráveis.

Neste diapasão, acompanhar a política de estado deve ser uma constante, não sendo mais possível permitir um vácuo no controle social, cujo reflexo direto grita aos olhos com os demonstrativos negativos constatados, inclusive, na ausência de dados que identifiquem de forma taxativa as causas efetivas do insucesso da ressocialização.

Fazendo um recorte para a realidade do Estado da Paraíba, em que se pontuou um aumento no número de adolescentes respondendo por atos infracionais, enfatiza-se como apuração extremamente danosa: a diminuição na taxa de matrículas, a existência de adolescentes fora da escola, a distorção idade x série, a redução de salas de aula e de profissionais que atuam nas unidades de cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado, além da falta de padronização de instrumentos de execução da política infracional comparando-se com todos os entes da federação.

Como diz Paulo Freire, “É preciso, porém, que tenhamos resistência que nos preserva vivos, na compreensão do futuro como problema e na vocação para o ser mais como expressão da natureza humana em processo de estar sendo, fundamentos para a nossa rebeldia e não para a

nossa resignação em face das ofensas que nos destroem o ser. Não é na resignação, mas na rebeldia em face das injustiças que nos afirmamos. (Freire, 1996, p. 31)”

Embora, indique-se a necessidade de aprofundamento de pesquisas e acompanhamento efetivo das mais distintas políticas públicas, não resta dúvida, que é a educação o meio eficaz, se bem implementado, de transformação da vida dos adolescentes, sobretudo os que estão em situação de vulnerabilidade, e que, ao final, contribuirá para a construção de uma sociedade mais justa e segura.

Referências

ALVES, Tatiana. *Repórter rádio nacional*. Rio de Janeiro: radioagência. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/audio/estudo>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [planalto.gov.br - http://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicao](http://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicao).

BRASIL. *Lei de diretrizes e bases da educação*: Lei no 9364, de 16 de dezembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9364.htm>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL. *Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (1990, 13 de julho)*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Recuperado em 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>.

BRASIL. *Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. *Levantamento nacional de dados do Sinase*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeção em Unidades e Programas Socioeducativos (Cniups) 6º Bimestre (Novembro)*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a12c1a54-541f-4fd7-bbdf-afba0ca89a98&sheet=2a1653a2-f99d-4af1-97d0-6aa26a2e3c94&theme=CNIUPS&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação*. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf.

CURY, Augusto. *Escola da inteligência: educação Socioemocional*. 2023.

EMENDA Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm.

SANTOS, Émina. *A educação como direito social e a escola como espaço protetivo de direitos: uma análise à luz da legislação educacional brasileira*. Educ. Pesqui. 45 (0). 2019.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

MANACORDA, M. A. *História da educação: da antiguidade aos nossos dias*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

MARQUES, Luciana Pacheco; ROMUALDO, Anderson dos Santos. O paradigma da inclusão como utopia na perspectiva freiriana. *Revista Educação Especial*, Santa Maria, v. 28, nº 52, p. 269-280, 11 de maio de 2015.

SAPORI, Luís Flávio; CAETANO, André Junqueira; SANTOS, Roberta Fernandes. A reiteração de atos infracionais no Brasil: o caso de Minas Gerais. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 3, set./dez. 2020, e 1975. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201975>.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. *Levantamento nacional de dados do Sinase*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2023.

4 DIREITOS HUMANOS



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

Órgãos de Apoio Administrativo

Diretoria Administrativa: Diretor Jonatha Vieira de Sousa

Diretoria de Planejamento: Diretor Vinícius Ferreira Cesário

Diretoria de Tecnologia da Informação: Diretora Vivianne de Queiroz Leal

Diretoria de Finanças: Diretor Ubirajara Coutinho Lucena

Diretoria de Apoio Funcional: Diretor Ricardo Matias Acioli de Lima

Diretoria de Corregedora-Geral: Diretora Maristela Sobreira de Carvalho Gouveia

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

JUSTIÇA PARA ALÉM DA PRESCRIÇÃO: REVISÃO CRIMINAL 'PRO SOCIETATE' E O ENFRENTAMENTO À IMPUNIDADE NO CASO SALES PIMENTA VS BRASIL

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo

Resumo

Este artigo examina as obrigações processuais penais positivas, com ênfase no caso Sales Pimenta vs Brasil. O estudo demonstra a importância dessas obrigações para a proteção eficaz dos direitos humanos, conforme estabelecido em normas internas e tratados internacionais. A problemática central aborda a eficácia dos mandamentos de criminalização sem as correspondentes obrigações processuais, destacando a necessidade de uma investigação e processamento judicial diligentes. Utilizando o método dedutivo e pesquisa bibliográfica, o artigo analisa conceitos fundamentais, o sistema de proteção interamericano e as implicações das decisões da Corte Interamericana para o Brasil, concluindo que a falta de cumprimento dessas obrigações resulta em impunidade e exige harmonização entre as obrigações internacionais e os princípios do direito penal brasileiro.

Palavras-chave: mandamentos de criminalização; obrigações processuais penais positivas; direitos humanos; corte interamericana de direitos humanos; caso Sales Pimenta.

Abstract

This article examines the relationship between the mandates of criminalization and positive procedural obligations, focusing on the Sales Pimenta vs Brazil case. The study demonstrates the importance of these obligations for the effective protection of human rights, as established in domestic norms and international treaties. The central issue addresses the effectiveness of criminalization mandates without corresponding procedural obligations, highlighting the need for diligent investigation and judicial processing. Using the deductive method and bibliographic research, the article analyzes fundamental concepts, the inter-American protection system, and the implications of the Inter-American Court's decisions for Brazil, concluding that

non-compliance with these obligations results in impunity and requires harmonization between international obligations and Brazilian criminal law principles.

Keywords: mandates of criminalization; positive procedural obligations; human rights; inter-American court of human rights, Sales Pimenta case.

1 Introdução

Este artigo pretende abordar a relação entre os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas, utilizando o caso Sales Pimenta vs Brasil como exemplo central. O objetivo é demonstrar a importância dessas obrigações para a proteção eficaz dos direitos humanos, conforme estabelecido tanto em normas internas quanto em tratados internacionais. A relevância do estudo reside na necessidade de compreender como esses mecanismos jurídicos se complementam para garantir a justiça e a defesa dos direitos fundamentais.

A problemática central a ser discutida neste artigo refere-se à eficácia dos mandamentos de criminalização quando não acompanhados de correspondentes obrigações processuais penais positivas. Em outras palavras, como garantir que a tipificação penal resulte em justiça concreta para as vítimas de violações de direitos humanos e em responsabilização efetiva dos infratores? Esse questionamento se torna ainda mais premente no contexto do caso Sales Pimenta vs Brasil, em que a falta de diligência na investigação e no processamento judicial resultou em impunidade, apesar da tipificação penal do homicídio.

A metodologia empregada será o método dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica, analisando doutrinas jurídicas e decisões de tribunais nacionais e internacionais. O estudo será dividido em três partes principais: primeiramente, na seção intitulada “noções gerais sobre obrigações processuais penais positivas”, serão abordados os conceitos fundamentais dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas, destacando a sua interdependência e importância para a tutela dos direitos humanos. Em seguida, na

seção “o sistema de proteção interamericano de direitos humanos e as modalidades de tutela da Corte Interamericana”, será analisado o sistema regional interamericano, com ênfase na atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seus mecanismos de proteção e as diferentes modalidades de tutela judicial. Por fim, na seção “o controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Sales Pimenta vs Brasil”, será examinado o caso específico de Sales Pimenta, explorando as obrigações processuais penais positivas impostas ao Brasil pela Corte Interamericana e a implicação dessas obrigações para a legislação e prática jurídica brasileira.

A análise do caso Sales Pimenta evidencia a falha do Estado brasileiro em cumprir suas obrigações processuais penais positivas, resultando em impunidade. A Corte Interamericana determinou que o Brasil deve criar mecanismos para reabrir processos judiciais mesmo após a prescrição, quando comprovada a violação de direitos humanos por falta de investigação diligente. Esta determinação suscita um debate crucial sobre a harmonização entre as obrigações internacionais e os princípios do direito penal brasileiro, exigindo uma abordagem cuidadosa do legislador nacional para equilibrar a justiça com a estabilidade jurídica.

2 Noções gerais sobre as obrigações processuais penais positivas

A criminalização de condutas reprováveis e violadoras de direitos fundamentais e humanos é uma temática central no âmbito jurídico contemporâneo, destacando-se pela existência de ordens legais, também conhecidos como mandados de criminalização, emitidos pela Constituição ou por tratados internacionais de direitos humanos, que exigem do legislador ordinário a tipificação desses comportamentos como crimes, acompanhada da cominação de penas mais severas.

Entretanto, de nada adiantaria que as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estabelecessem a necessidade de tipificação penal, em abstrato, de delitos que violassem gravemente direitos fundamentais e humanos, sem que determinassem, por outro lado, a implementação de garantias instrumentais e procedimentais de que tais crimes seriam devidamente investigados, adequadamente

processados e, em caso de confirmação de sua existência e da autoria, observados, intransigentemente, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que tais delitos sejam satisfatoriamente punidos, afinal, “o direito penal não encontra atuação sem o processo” (Montagna, 2016, p. 316).

Ao esquadriharem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, Estados Unidos, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, na França, identificam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira a existência de um instituto denominado obrigações processuais penais positivas, que poderiam ser conceituadas como

[...] um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o accertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos. (Fischer; Pereira, 2019, p. 108).

Cuida-se, a propósito, de “[...] nítida vertente processual da obrigação penal de proteção dos direitos humanos garantidos pela Convenção” (Fischer; Pereira, 2019, p. 108), que determina aos Estados membros que conduzam procedimentos, de investigação e de instrução processual, que permitam, concretamente, o esclarecimento da existência e da autoria de fatos violadores aos direitos humanos tutelados em âmbito supranacional, assim como, caso reconhecida a responsabilidade dos agentes implicados, a imposição de uma sanção penal em seus detrimentos.

Validamente, Douglas Fischer e Frederico Pereira esclarecem (2019, p. 97) que as obrigações processuais positivas possuem uma dupla projeção, porque estabelecem a necessidade da conjugação de esforços das autoridades investigativas e jurisdicionais, primeiramente, para esclarecimento de crimes e, depois, para o cumprimento diligente dos atos procedimentais que compõem aquela persecução penal.

De antemão, é necessário obtemperar que as obrigações processuais penais positivas em nada se confundem com eventual pretensão de

condenação a qualquer custo ou de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa investigada ou acusada da prática de uma infração penal: na verdade, o instituto à baila prega o intransigente respeito ao devido processo legal e às garantias individuais da pessoa increpada, os quais devem ser assegurados sem o prejuízo da igualmente necessária dedicação das autoridades do sistema de justiça na investigação do fato, no acerto judicial e na punição dos culpados, em uma perspectiva integral de justiça criminal.

Percebe-se, pois, que a mera tipificação, como delitos, de comportamentos humanos que afrontem direitos humanos, determinada pelos mandados de criminalização, estejam em normas constitucionais domésticas ou em convenções internacionais, exige, ao seu lado, um correspondente procedimental que assegure que tais condutas perniciosas sejam profundamente investigadas, com o real propósito de que sua autoria seja esclarecida, e devidamente instruída em juízo, com a consequente imposição de penas, caso a culpa do increpado seja reconhecida, o que se nomenclaturou por obrigações processuais penais positivas. Nessa perspectiva,

[...] são reconhecidas obrigações estatais de penalizar condutas lesivas aos direitos humanos, tanto para prevenir a sua ocorrência, mediante tipos penais adequados que permitam dissuadir a prática de crimes, que são as chamadas obrigações substanciais, com projeção primordial para o plano legislativo”, assim como para “uma vez constatados [tais crimes], investigar e punir os atos ilícitos de modo efetivo, que se constituem nas chamadas obrigações processuais positivas. (Fischer; Pereira, 2019, p. 96-97).

Assim, *mandados de criminalização e obrigações processuais penais positivas* são institutos indissociáveis e complementares entre si, que impõem aos Estados partes, respectivamente, obrigações de natureza *penal* e *processual penal* na tutela dos direitos humanos, conforme explicitam Douglas Fischer e Frederico Pereira (2019, p. 118),

[...] as obrigações indicadas anteriormente [mandados de criminalização], de natureza substancial, não esgotam a tutela penal dos direitos e interesses previstos convencionalmente”,

tratando-se, por sua vez, as *obrigações processuais penais positivas* de exigências que “complementam as imposições penais de tipo primário, consistentes na necessidade de os países estipularem dispositivos penais adaptados à salvaguarda dos direitos fundamentais e à dissuasão dos interesses lesivos.

A primeira vez em que o cerne da ideia de obrigações processuais penais positivas foi inserto em uma sentença de uma Corte Internacional, foi no Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras¹, julgado em 1.988, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, oportunidade em que se decidiu que os Estados partes têm obrigações *positivas*, vale dizer, *prestacionais*, na tarefa de proteção dos direitos humanos, o que abrange as tarefas de prevenir, investigar e sancionar, eficazmente, as violações dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana de Direitos Humanos.

Semelhantemente, a Corte Europeia de Direitos Humanos também tem reconhecido a existência de obrigações processuais penais positivas, se deu no Caso Cestaro vs Itália (Tedh, 2015a, n/p), quando reconheceu o dever imposto ao Estado italiano de investigar, com efetividade e por intermédio de órgão oficial, uma notícia de tortura, que teria ocorrido por agentes policiais, assim como identificar seus autores e os punir.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, a existência de obrigações processuais penais positivas tem sido extraída dos artigos 2º, 8º e 25, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos, 1969), enquanto no âmbito do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, invoca-se, como fundamento de legitimação do instituto, os artigos 1º, 2º e 3º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (União Europeia, 1950).

Saliente-se que, a rigor, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, a exemplo do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana, não têm como objeto avaliar responsabilidades penais dos indivíduos,

¹CIDH. *Corte interamericana de direitos humanos: Caso González et al. “Campo Algodonero” v. México*, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

como, ilustrativamente, possui o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma. Ao contrário, o propósito de tais órgãos supranacionais é avaliar a responsabilidade internacional dos Estados parte na proteção dos direitos humanos de seus nacionais, especialmente se os mecanismos domésticos de tutela estão adequadamente estruturados e têm dedicado verdadeiro empenho na implementação de tais direitos em favor de seu povo.

O acatamento do instituto das obrigações processuais penais positivas, a propósito, tem lançado luzes para o *protagonismo* dos direitos das vítimas de delitos, antes, meras coadjuvantes na persecução penal, para assegurar que tenham efetiva participação na persecução penal referentes aos atos atentatórios aos seus direitos humanos e fundamentais, com o reconhecimento de que também são titulares de tais direitos.

Digna de nota a observação de Montagna (2016, p. 316) no sentido de que, tanto no Tribunal de Estrasburgo, quanto na Corte de São José, “a tutela da vítima é tema recorrente e digno de máxima atenção”, ou seja, ambos os órgãos supranacionais reconhecem não apenas a existência de direitos humanos por parte do sujeito *ativo* do delito atentatório aos direitos humanos, mas, também, acata a ideia de que, pela prática de uma infração penal, os sujeitos *passivos* do crime, assim como seus familiares, também têm seus direitos humanos afrontados, o que exige semelhante esforço de cada país em bem tutelar também os seus interesses.

Nesse particular, as obrigações processuais penais positivas exaltam a importância do *efeito dissuasório* do sistema penal, na exata medida em que o esclarecimento de delitos e a punição de seus agentes executores satisfaz o legítimo interesse da sociedade no restabelecimento da harmonia social na comunidade em que o crime foi praticado, ao passo em que o não solucionamento de crimes tende a aumentar os riscos de reiteração criminosa, de sorte que a organização adequada dos órgãos policiais e judiciários impede uma sistemática fomentadora de *impunidade* (Fischer; Pereira, 2019, p. 111-112).

Douglas Fischer e Frederico Pereira elucidam que o problema da impunidade em atos que atentam contra os direitos humanos não se deve à ausência ou inadequação de mecanismos internos, mas sim à falta de

diligência e empenho dos órgãos públicos na condução desses processos. De acordo com eles, a impropriedade na resposta penal, em casos concretos, resulta da negligência dos envolvidos, da incapacidade dos órgãos de persecução ou da interpretação excessivamente permissiva das normas (Fischer; Pereira, 2019, p. 19).

Fischer e Pereira enfatizam que a solução para violações graves dos direitos humanos não se resume à imposição de penas severas, mas sim à necessidade de empenho e dedicação na persecução penal por parte das autoridades nacionais. Eles afirmam que o fator dissuasório não é a severidade da pena, mas a certeza de que o delito será prontamente investigado e eficientemente punido pelo sistema judiciário (Fischer; Pereira, 2019, p. 112).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Velasquez Rodriguez vs Honduras, reforça esse entendimento ao afirmar que, se o Estado atua de maneira que a violação permaneça impune e os direitos da vítima não sejam plenamente restabelecidos, ele não cumpre seu dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Essa obrigação também se aplica quando o Estado permite que particulares ou grupos ajam livremente em prejuízo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção.

O reconhecimento das obrigações processuais penais positivas exige um esforço sério das autoridades estatais para esclarecer os ilícitos e punir os responsáveis. Contudo, a determinação de que cada país se empenhe verdadeiramente nos atos investigatórios, instrutórios e sancionatórios relacionados a delitos que violam os direitos humanos não deve ser vista como uma construção teórica punitivista, mas sim como uma abordagem que também respeita e protege os direitos humanos do acusado (Fischer; Pereira, 2019, p. 108).

Muito pelo contrário, o propósito do reconhecimento do instituto em questão é buscar o “equilíbrio entre os valores da operabilidade do sistema e de salvaguarda das liberdades individuais”, conferindo “efetividade aos instrumentos necessários à afirmação das normas substanciais, mantendo hígidos e plenamente eficazes os direitos dos imputados (Fischer; Pereira, 2019, p. 123).

De fato, a compreensão *integral* dos direitos humanos deve dedicar empenho internacional não apenas na afirmação e na defesa dos direitos da

pessoa investigada ou acusada criminalmente, mas, também, para a salvaguarda dos direitos das vítimas e de seus familiares, em uma harmônica conjugação de esforços para que *todos* os direitos humanos sejam, igual e intransigentemente tutelados. Vale dizer, deve-se reconhecer, na seara criminal, a existência de direitos humanos *negativos*, cuja natureza é de vedar a hipertrofia punitiva estatal sobre a liberdade individual do cidadão, quanto direitos humanos *positivos*, que impõem aos Estados deveres de *ação* em relação aos delitos praticados que afrontem, com severidade, a dignidade humana, notadamente quanto à investigação criminal, à instrução processual e à punição de seus agentes, por afronta aos direitos fundamentais e humanos. Em outras palavras, “[...] a justiça criminal é *escudo e espada* dos direitos fundamentais” (Fischer; Pereira, 2019, p. 18).

As obrigações processuais penais positivas, a propósito, jamais podem se confundir com o dever inafastável de *condenar* tais acusados, supostamente estabelecido às justiças criminais domésticas, o que, seguramente, violaria o direito à presunção de inocência, reconhecido tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Vale dizer,

[...] o que se projeta como imposição das obrigações processuais não é uma garantia de obtenção de decisão justa, e muito menos condenatória, uma vez que nenhum procedimento assegura ou certifica justiça do resultado alcançado”, ao revés, “as autoridades devem cumprir todas as passagens necessárias para assegurar a obtenção das provas atinentes ao delito em questão, mas o êxito de esclarecimento dos fatos ou punição dos responsáveis não pode ser garantido. (Montagna, 2016, p. 349).

As obrigações processuais penais positivas, portanto, longe de se tratarem de obrigações de *resultado*, que exigem das justiças criminais domésticas a invariável imposição de condenações criminais em casos que

²No mesmo sentido, já se manifestou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: “A investigação também deve ser eficaz no sentido de que seja capaz de determinar se a força usada foi ou não justificada nas circunstâncias (...) e de identificar e – se for o caso – punir os responsáveis (...). Esta não é uma obrigação de resultado, mas de meio”. TEDH. *Tribunal europeu de direitos humanos: Caso Giuliani e Gaggio v. Itália*, 2011a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104098>. Acesso em: 14 nov. 2023.

envolvem violação a direitos humanos, à toda evidência, revelam-se como obrigações de *meio*², que determinam às autoridades policiais e judiciárias de cada Estado o compromisso de *dedicação* e de *empenho* na atividade de investigação, de instrução criminal e, caso se reconheça a responsabilidade criminal do agente, observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, de imposição de sanções penais razoáveis àqueles casos, como fruto do justo processo penal convencional.

Definidos o conceito de *obrigações processuais penais positivas*, impende, doravante, debruçar-se sobre a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Pimenta Sales vs Brasil, a fim de entender os fundamentos pelos quais outorgou à República Federativa do Brasil a determinação de investigar, processar e punir o assassinato do advogado e ativista de direitos humanos Gabriel Sales Pimenta, porém, não sem, antes, tecer breves considerações sobre o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

3 O sistema de proteção interamericano de direitos humanos e as modalidades de tutela da corte interamericana.

O sistema regional interamericano de direitos humanos, por sua vez, existe no âmbito da Organização dos Estados Americanos³ (OEA), com sede em Washington, Estados Unidos da América, possui como documentos internacionais principais a Carta da OEA (1.948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁴ (1.948), a Declaração Americana de Direitos Humanos (1.969), também denominado Pacto de São José da Costa Rica, o Protocolo de São Salvador (1.988), sem prejuízo de outros relevantes documentos internacionais, a exemplo da

³Conforme Eliana Franco Neme e Henry Atique 2009, p. 101): “O mesmo movimento de internacionalização que eclodiu na Europa foi responsável pelo desenvolvimento do sistema americano de proteção. Na esteira da criação de organismos internacionais, a América viu nascer, em 1948, a Organização dos Estados Americanos, entidade que foi criada por vinte e uma nações das Américas, com o propósito de defender interesses comuns e a Democracia”.

⁴Ensinam Eliana Franco Neme e Henry Atique (2009, p. 101) que “juntamente com a Carta da organização dos Estados Americanos, surge a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que aparece com a finalidade de dar cumprimentos às disposições da Carta, especialmente no que se refere à necessidade de proteção dos direitos e garantias por ela estabelecidos. A Declaração Americana foi o primeiro documento internacional de proteção dos direitos humanos”.

Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (“Convenção de Belém do Pará”), de 1.994, da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, de 2.013, e a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, de 1.996.

A propósito do Pacto de São José da Costa Rica, documento basilar da Organização dos Estados Americanos, segundo Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho (2008, p. 60), “[...] entre os 35 países que fazem parte da organização, 24 são partes desse acordo internacional.”, ficando de fora os Estados Unidos da América – que firmaram o compromisso, mas não o ratificaram –, Canadá – que sequer firmou o tratado –, Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, Guiana, St. Kitts & Nevis, St. Lucia e St. Vicente e Granadines.

A Declaração Americana de Direitos Humanos, incorporada à ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, como não se olvida, a par de ter previsto um extenso rol de direitos humanos em seu bojo, criou, em seu artigo 33⁵, visando a concretizar meios de responsabilização dos Estados partes com relação ao inadimplemento de seus dispositivos, criou dois órgãos de proteção aos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, afinal, “[...] de nada adiantaria a fixação de rol de direitos por instrumentos internacionais se o sistema interamericano de proteção não dispusesse de meios de exigí-los.” (Cambi; Neves, 2018, n/p).

A respeito desse importante documento, sintetizam Eliana Franco Neme e José Cláudio Domingues Moreira (2011, p. 15):

O Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como a Convenção Americana de Direitos Humanos, é um tratado internacional entre os países membros da Organização dos Estados Americanos, subscrito em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos que

⁵Artigo 33: “São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

se realizou justamente na cidade que emprestou o nome a este pacto. A Convenção Americana de Direitos Humanos começou a vigor em 18 de julho de 1978. É inegável que ela continua representando uma das mais importantes bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. No Brasil mencionado pacto internacional foi ratificado em 25 de setembro de 1992.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1.959, tem sede em Washington, Estados Unidos, será composta por sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos⁶, com mandato de quatro anos, admitida uma única reeleição⁷, representando o órgão todos os membros da Organização dos Estados Americanos⁸, cujo papel é “promover e supervisionar o cumprimento dos direitos humanos”⁹, além de exercer função consultiva nessa matéria, podendo, ainda, por iniciativa própria, havendo indícios suficientes, “iniciar a tramitação de qualquer caso” (Coelho, 2008, p. 65).

⁶ Artigo 34: “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

⁷ Artigo 37.1: “Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembleia-Geral, os nomes desses três membros” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

⁸ Artigo 35: “A Comissão representa todos os Membros da Organização dos Estados Americanos” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

⁹ Segundo o artigo 41, da Declaração Americana de Direitos Humanos, “A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-Membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

De fato, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte, que, se não for liminarmente rejeitada, presentes os requisitos de admissibilidade, deflagrará o procedimento pertinente, findo o qual, não havendo solução consensual, o órgão fará um relatório, com proposições e recomendações ao Estado subscritor, todavia, “[...] quando um Estado não cumprir as recomendações que lhe foram dirigidas pela Comissão, o caso será remetido à jurisdição da Corte Interamericana, que atuará em segunda etapa (Coelho, 2008, p. 67).

Eliana Franco Neme e José Cláudio Domingues Moreira exaltam a facilitação do acesso do jurisdicionado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos como forma de acesso à justiça (2011, p. 24):

A própria simplicidade do sistema de acesso apresenta-se por si só como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. As demandas perante a Comissão interamericana podem ser apresentadas por qualquer pessoa, e o próprio endereço eletrônico da CIDH dispõe de um formulário de queixa onde a suposta vítima poderá apresentar as considerações iniciais do seu pedido. A CIDH O formulário que se segue foi preparado pela Secretaria Executiva da CIDH e se destina a facilitar a apresentação de petições referentes a violações dos direitos humanos praticadas por Estados membros da OEA, denunciadas pelas vítimas de tais violações, por seus familiares, organizações da sociedade civil ou outras pessoas. O formulário se baseia na informação requerida pelo Regulamento da CIDH para proceder à tramitação das petições recebidas e determinar se houve violação dos direitos humanos protegidos por tratados internacionais firmados pelo Estado acusado de praticar a violação.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1.969, mas em

operação apenas a partir de 1.978, quando o documento passou a ter vigência internacional, tem sede em São José, na Costa Rica, mais que um mero órgão da OAE, trata-se de instituição judiciária autônoma, composta por sete juízes, eleitos dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, com mandato de seis anos, admitida apenas uma única recondução, cuja jurisdição somente abrangerá os países que reconhecerem a obrigatoriedade de sua competência contenciosa.

Segundo Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho (2008, p. 69), a Corte Interamericana possui competência *consultiva*, incumbindo-lhe o ônus de interpretar todos os tratados internacionais aplicáveis aos Estados-membros da OEA, e *jurisdicional*, exclusivamente voltada à aplicação da Declaração Americana de Direitos Humanos, de sorte que apenas a Comissão Interamericana e os Estados partes têm a possibilidade de provocar o órgão jurisdicional em quaisquer de suas competências¹⁰, possibilidade não estendida às pessoas e às entidades não governamentais, que somente poderão ter acesso à Corte por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso este órgão endosse a admissibilidade do caso.

Com efeito, “[...] a jurisdição da Corte só é obrigatória para os Estados que a adotarem e, conseqüentemente, não atinge todos os países da América.”, conforme o ensinamento de Eliana Franco Neme e Henry Atique (2009, p. 102).

No tocante à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, “[...] apesar do modelo da Convenção ter sido criado em 1969, e entrado em vigor em 1978, o Brasil somente incorporou o sistema com a subscrição da Convenção Interamericana em 1992, e passou a reconhecer a competência da Corte em 1998.” (Neme; Moreira, 2011, p. 20).

Assim, conforme Eliana Franco Neme e José Cláudio Domingues Moreira (2011, p. 15),

¹⁰ Artigo 61.1: “Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

Na América temos um sistema duplo, composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e pela corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana é órgão da Organização dos Estados Americanos entidade que foi criada em 1948 por 21 nações das Américas. A Comissão, que iniciou suas atividades em 1959 e tem sede em Washington, é um órgão autônomo da Organização, e, composta por sete juízes, representa todos os países integrantes da OEA. No outro lado do Sistema Americano temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem sede na Costa Rica, e foi criada em 1969, juntamente com a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas só passou a funcionar em 1978. A jurisdição da Corte só é obrigatória para os Estados que a adotarem e, conseqüentemente, não atinge todos os países da América.

Portanto,

[...] juntas, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, são responsáveis por consagrar o direito de ação, considerado o mais fundamental dos direitos, porquanto imprescindível à efetiva concreção de todos os demais, perante o sistema de proteção regional de direitos humanos. (Cambi; Neves, 2018, n/p).

Dessa forma, concluem Eliana Franco Neme e José Cláudio Domingues Moreira (2011, p. 18):

[...] há na América uma dupla possibilidade de julgamentos por infrações aos direitos humanos: os países que aceitam a jurisdição da Corte Interamericana serão avaliados pela Comissão Interamericana, e apenas a Comissão terá o poder de submeter as reclamações à Corte Interamericana. Já os países que não aceitam a jurisdição da Corte Interamericana ficam submetidos apenas às considerações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Já no que concerne à imperatividade das deliberações de tais órgãos sobre os países da Organização dos Estados Americanos, esclarecem Eliana Franco Neme e José Cláudio Domingues Moreira (2011, p. 19):

Para os países que adotaram a Convenção Americana e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana o papel da Comissão fica estabelecido pelo artigo 18 do Estatuto da Comissão, e que são basicamente de consultivos e recomendatórios, sem possibilidade de aplicação de qualquer tipo de sanção. Já com relação aos Estados que adotaram a Convenção Americana e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão funciona como um tribunal de admissibilidade de petições individuais, que serão ou não encaminhadas à Corte. O procedimento perante a Comissão pode ser apresentado por qualquer pessoa, grupo de pessoas, organização internacional, estado parte da Organização dos Estados Americanos. Já o procedimento perante a Corte apenas pode ser iniciado mediante apresentação pela Comissão e pelos Estados que são parte da Convenção.

Assim, convém, doravante, avaliar os contornos fundamentais do procedimento contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando, em sua jurisprudência, as espécies de reparação determinadas em face dos países condenados em suas sentenças, assim como investigar a sua exequibilidade perante a República Federativa do Brasil.

Digno de nota, a título preliminar, que a defesa dos direitos humanos, perante o sistema interamericano de proteção, operacionaliza-se:

[...] mediante o procedimento bifásico determinado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com atuação da Comissão, e, posteriormente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, todavia, “em caráter supletivo ao direito nacional, podendo-se a ele recorrer apenas quando esauridos os recursos disponibilizados no ordenamento interno. (Cambi; Neves, 2018, n/p).

Portanto, esgotados os recursos internos do país responsável pela afronta aos direitos humanos, dentro do prazo de seis meses, a partir da notificação da decisão definitiva, em âmbito doméstico, a pessoa prejudicada poderá provocar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mediante petição a ser protocolizada perante a Secretaria da órgão, que exercerá um juízo de admissibilidade e, uma vez acolhida a reclamação, a

Comissão solicitará informações ao Estado subscritor, fixando-lhe prazo razoável para o seu encaminhamento, sob pena de serem os fatos considerados verdadeiros, em caso de ausência de manifestação.

Não obtida a solução amistosa da questão, a Comissão elaborará um relatório, em 180 dias, com suas conclusões sobre os fatos, com o seu consequente encaminhamento aos Estados-partes, formulando suas proposições e recomendações, de modo que, se, em três meses, o caso não for solucionado, a Comissão pronunciará as suas conclusões, determinando novas recomendações para que o Estado tome providências em prazo razoável, ao fim do qual deverá avaliar se foram suficientes e, em caso negativo, fará um relatório, podendo encaminhar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Validamente, “[...] a legitimidade ativa para a promoção de ações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos é da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e de qualquer Estado-parte.” (Dezem, 2006, n/p), “[...] diferentemente do sistema europeu, que assegura o acesso direto de qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou entidade não governamental à Corte Europeia.” (Góis, 2011, p. 79). Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan (2022, p. 821):

A propósito, ilustrativa é a Convenção Americana ao estabelecer, no art. 61, que apenas os Estados-partes e a Comissão Interamericana podem submeter casos à decisão da Corte. Isto é, a Convenção Americana, lamentavelmente, não atribui ao indivíduo ou a entidades não governamentais legitimidade para encaminhar casos à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A petição inicial deve ser endereçada à Secretaria da Corte, exercendo o presidente do órgão jurisdicional o juízo de admissibilidade, que, caso seja acolhido, deflagrará a fase de exceções preliminares, depois do que o Estado será notificado para apresentar a contestação, em quatro meses, com a possibilidade de a Corte determinar a produção de provas ou esclarecimentos e, em caso de gravidade e urgência, tomar medidas de caráter provisório. Finda a fase probatória, a Corte Interamericana de Direitos Humanos prolatará a sentença, mediante a maioria dos

membros presentes, com quórum mínimo de cinco juízes, deferido ao presidente o voto de minerva, em caso de empate, tratando-se de decisão definitiva e irrecorrível.

No que concerne às providências que podem ser adotadas por uma Corte Internacional de proteção aos direitos humanos, a partir da constatação de uma afronta aos direitos humanos praticada pelo Estado responsável, conforme Giuliana Mayara Silva de Oliveira (2019, n/p), “[...] quando o Estado-membro é condenado pela Corte por violar determinado direito humano, pode a decisão condenatória determinar tanto obrigação de fazer, como também condenar o Estado ao pagamento de indenização.

Em semelhante sentido, ensina Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho (2008, p. 108), a partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que suas sentenças podem impor dois grandes grupos de providências: o primeiro, as *indenizações compensatórias*, enquanto, o segundo, são as *obrigações de fazer e de não fazer*, as quais podem ser *restituição integral*, *cessação do ilícito* e *satisfação*. Outrossim, sustenta Ewerton Marcus de Oliveira Góis (2011, p. 43), que “[...] as modalidades de reparação podem consistir em restituição, indenização e satisfação, aplicadas separadas ou conjuntamente.”.

A *indenização compensatória*, a mais comum modalidade de tutela determinada em sentenças internacionais, consiste em compensar, monetariamente, a vítima ou os familiares que foram alvo de afrontas pelo Estado aos seus direitos humanos pelos danos sofridos, sempre que não se revelar possível a restituição integral ao *status quo ante*, abrangendo tanto os danos materiais como os danos morais (Coelho, 2008, p. 109).

Dentre as espécies de *obrigação de fazer* e de *não fazer*, aponta Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho (2008, p. 110-111) a existência de três espécies de tutela possíveis: i) a *restituição integral*¹¹, a providência ideal, com a determinação de eliminar por completo os resquícios e os efeitos da conduta afrontosa aos direitos humanos, sempre que possível, a exemplo da

¹¹ Artigo 63.1: “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”. (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

restauração do direito à propriedade ou à cidadania; ii) a *cessação do ilícito*, com a imposição de que o Estado interrompa, imediatamente, o seu comportamento comissivo ou omissivo de violação aos direitos humanos, como, ilustrativamente, em casos de pessoas injustamente encarceradas; e iii) a *satisfação*, cujo propósito é declarar uma infração cometida e assegurar a sua não repetição, tal como, exemplificativamente, ordenar a publicação em jornal de ampla divulgação a parte dispositiva da sentença.

Por sua vez, Ewerton Marcus de Oliveira Góis (2011, p. 91-92), a partir do esquadramento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, subdivide as tutelas *reparatórias* possíveis em sede de condenações internacionais por violações aos direitos humanos em quatro categorias: i) a *restituição*, compreendida como a reparação *in natura*, com a reconstituição da situação anterior, a exemplo da liberação de pessoas detidas ou de bens apreendidos inadvertidamente; ii) a *indenização*, consistente em ressarcimento pelo prejuízo material sofrido com a afronta aos direitos humanos, assim como uma reparação pelo dano moral; iii) a *satisfação*, que significa uma reparação não econômica fundada em aspectos que transcendem o aspecto pecuniário, como, ilustrativamente, ordenar a elaboração de uma política de Estado em matéria de direitos humanos, realizar cursos sobre direitos humanos e, até mesmo, ordenar a alteração da legislação doméstica do país; e iv) a *reabilitação*, cujo propósito é reintegrar a vítima na plenitude de seus direitos, como, por exemplo, determinar o fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos e psicológicos em favor da vítima.

Consigne-se, ainda, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui farta jurisprudência acerca de reparações *não pecuniárias*, a exemplo de ordenar, dentre outras,

[...] investigações dos fatos e sanções dos responsáveis; entrega dos restos mortais a familiares em casos de desaparecimento; obrigações de implementar medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para fazer efetivos os direitos consagrados na Convenção Americana (Góis, 2011, p. 89).

Publicada a sentença inapelável da Corte Interamericana de Direitos Humanos, importa, agora, apurar qual o procedimento para exigir

o seu cumprimento forçado, em caso de ausência de cumprimento voluntário por parte da República Federativa do Brasil, revelando-se, inicialmente, conveniente distinguir duas espécies de sentença não-nacionais: a *estrangeira* e a *internacional*. A primeira é aquela prolatada pelo Poder Judiciário de um Estado diferente do Brasil, ao passo em que a segunda é proferida por um organismo internacional (Coelho, 2008, p. 89).

Evidentemente, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos se enquadram na categoria de sentenças *internacionais*, as quais, por esse motivo, dispensam a necessidade de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, exigível para as sentenças *estrangeiras*¹² para terem eficácia no direito interno e possam ser executadas em território nacional¹³.

Nesse sentido,

A decisão de uma organização internacional não encontra identidade em uma sentença judicial oriunda de um Estado estrangeiro. Logo, não é necessário nem autorizado, pelo nosso ordenamento, a homologação da citada sentença internacional pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violarmos a própria Constituição brasileira que estabelece os limites da competência do STJ. Consequentemente, a homologação de sentença estrangeira prevista no art. 105, I, i, da Constituição não se aplica às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (Ramos, 2019, p. 788).

A própria Declaração Americana de Direitos Humanos estabelece que os Estados-Partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes¹⁴, com a previsão expressa de que, em

¹²Art. 105. “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias” (Brasil, 1988, n/p).

¹³Art. 15, LINDB: Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁴Art. 68.1: “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

caso de inadimplemento de eventual indenização compensatória ordenada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderá a sentença internacional ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado¹⁵. A esse respeito, aduz André de Carvalho Ramos (2019, p. 791):

De acordo com o artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos existem duas regras de execução de sentença prolatada pela Corte de San José. A primeira regra inserida no artigo 68.1 do Pacto de San José estipula que a execução das sentenças da Corte depende da normatividade interna. Assim, cabe a cada Estado escolher a melhor forma, de acordo com seu Direito, de executar os comandos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A segunda regra firmada no artigo 68.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos é inovação do sistema interamericano. Consiste na menção da utilização das regras internas de execução de sentenças nacionais contra o Estado para a execução da parte indenizatória da sentença da Corte.

Com efeito, à luz da exegese de Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho (2008, p. 95), caso não haja o cumprimento voluntário da República Federativa do Brasil em relação ao capítulo *indenizatório* da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe cumprimento de sentença, perante a Vara da Fazenda Pública, sujeitando-se, em caso de indenização, ao regime de precatórios, estabelecido no artigo 100, da Constituição da República.

Digno de menção que a República Federativa do Brasil, atualmente, já consigna previsão orçamentária para pagamentos eventualmente ordenados pela Corte e que serão realizados pelo Poder Executivo Federal, desde a Lei nº. 12.214/2010, a partir da qual “[...] houve previsão de dotação específica para ‘pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela

¹⁵Art. 68.2: “A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado” (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

União por meio da adesão a tratados internacionais dos direitos humanos', dotação esta a cargo da Secretaria Especial de Direitos Humanos.” (Ramos, 2019, p.795).

Por outro lado, caso a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos determine capítulos *não indenizatórios*,

[...] pode a Corte estipular obrigações de fazer, além do mero pagamento de indenização devido, o que poderá dificultar, porém nunca impedir, o cumprimento das decisões da Corte internamente”, em relação aos quais “fica o Estado livre para escolher os meios de sua completa execução”, consoante explica André de Carvalho Ramos. (Ramos, 2019, p. 795).

Entretanto, em caso de descumprimento de capítulos *não indenizatórios* de Tribunais Internacionais, carecem as legislações domésticas dos países latino-americanos de execução forçada de tais disposições, ressalvadas iniciativas isoladas, como as tomadas por Colômbia e Peru, que adotaram dispositivos internos específicos para a execução de decisões internacionais que constatem a violação de direitos humanos, ao passo em que, por sua vez, o Brasil, malgrado os diversos projetos legislativos que tramitaram pelo Congresso Nacional, ainda não logrou aprovar lei disciplinando as formas de execução forçada de capítulos *extrapecuniários* de condenações internacionais (Ramos, 2019, p. 799).

Em todo caso, arremata, conclusivamente, André de Carvalho Ramos (2019, p. 807):

[...] a falta de uma lei não elimina o dever constitucional de cumprimento imediato e com força erga omnes (inclusive em relação aos órgãos do Poder Judiciário) de todas as obrigações internacionais determinadas pelos órgãos internacionais de direitos humanos cuja competência para editar decisões vinculantes o Brasil já reconheceu.

Expostos os contornos fundamentais do sistema protetivo interamericano, impende, doravante, debruçar-se sobre a sentença da

Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Sales Pimenta vs Brasil, a fim de entender os fundamentos pelos quais outorgou à República Federativa do Brasil a obrigação processual penal positiva de investigar, processar e punir os responsáveis por sua morte dolosa.

4 O controle de convencionalidade da corte interamericana de direitos humanos no caso Sales Pimenta vs Brasil.

No caso Sales Pimenta vs Brasil¹⁶, o jovem advogado Gabriel Sales Pimenta, que defendia o Sindicato de Trabalhadores Rurais de Marabá/PA, obteve uma suspensão liminar de reintegração de posse perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará em favor de trabalhadores rurais da região, motivo por que, aliado a representações suas à Secretaria de Segurança Pública de ameaças e homicídios contra trabalhadores da região, passou, em dezembro de 1981, a ser ameaçado, em razão de sua atuação. Em 18 de julho de 1982, ao sair de um bar, cerca de 22h30, com dois amigos, o advogado Gabriel Sales Pimenta foi alvejado por três vezes, vindo a óbito imediatamente, de modo que o autor dos disparos fugiu do local no interior de um veículo ocupado por duas outras pessoas (CIDH, 2022, n/p).

Instaurado o inquérito policial no dia seguinte aos fatos, quatro dias depois, a autoridade policial já havia identificado dois dos responsáveis por sua morte, M.C.N. e J.P.N., e, dois meses depois, o terceiro, C.O.S., foi igualmente indiciado. Oferecida a denúncia em 19 de agosto de 1983 por homicídio qualificado pelo Ministério Público, em novembro de 1999, isto é, dezesseis anos depois, em razão da morte de J.P.N. foi declarada extinta a sua punibilidade, assim como impronunciado o acusado C.O.S., por falta de provas, com a pronúncia exclusivamente em relação a M.C.N (CIDH, 2022, n/p).

Designada a sessão de julgamento do Tribunal do Júri para 23 de maio de 2002, que não foi realizada pelo não comparecimento do acusado M.C.N, o que determinou a sua prisão preventiva, que, após diversas expedições de cartas precatórias, foi cumprida somente em 3 de abril de

¹⁶ CIDH. *Corte interamericana de direitos humanos: caso Sales Pimenta Vs. Brasil*, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_454_por.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

2006, designou-se nova sessão de julgamento para 27 de abril de 2006, porém, os advogados do acusado impetraram um habeas corpus ao Tribunal de Justiça do Pará para o reconhecimento da prescrição, o que foi determinado pela Corte, em 8 de maio de 2006. Digno de menção, ainda, que o irmão da vítima, Rafael Sales Pimenta, em junho de 2007, protocolizou uma reclamação no Conselho Nacional de Justiça, por excesso de prazo na persecução penal, no entanto, em setembro de 2008, foi arquivada por perda do objeto, já que o processo criminal foi declarado extinto, em razão da prescrição em relação ao acusado (Cidh, 2022, n/p).

Como se não bastasse, a genitora da vítima, a Sra. Maria da Glória Sales Pimenta, ajuizou uma demanda de indenização contra o Estado do Pará, em novembro de 2007, por danos morais resultantes do atraso na tramitação do processo penal e da conseguinte impunidade do homicídio de seu filho, julgada procedente, em primeira instância, em outubro de 2011, para o pagamento do valor de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), mas reformada, em segundo grau, pelo Tribunal de Justiça do Pará, em junho de 2016, oportunidade em que os desembargadores denegaram a indenização pretendida, acórdão em face do qual foi interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, também rejeitado, em junho de 2021 (Cidh, 2022, n/p).

Após o regular trâmite do caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, mais uma vez, a responsabilidade internacional do Brasil, nos seguintes termos: i) o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, contida nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos, em relação à obrigação de respeitar e garantir os direitos estabelecidos no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Geraldo Gomes Pimenta, Maria da Glória Sales Pimenta, Sergio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, Jose Sales Pimenta, Rafael Sales Pimenta, André Sales Pimenta e Daniel Sales Pimenta. Além disso, o Estado violou o direito à verdade em detrimento dos familiares nomeados de Gabriel Sales Pimenta; ii) o Brasil é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Geraldo Gomes Pimenta, Maria da Glória Sales Pimenta, Sergio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, Jose Sales Pimenta, Rafael Sales Pimenta, André Sales Pimenta e Daniel Sales Pimenta (Cidh, 2022, n/p).

Consequentemente, o órgão jurisdicional interamericano condenou a República Federativa do Brasil às seguintes sanções: i) o Estado criará um grupo de trabalho para identificar as causas e circunstâncias da impunidade estrutural relacionada com a violência contra os defensores dos direitos humanos dos trabalhadores rurais e elaboram linhas de ação que permitem a sua correção; ii) o Brasil proporcionará tratamento psicológico e/ou psiquiátrico aos irmãos do Sr. Sales Pimenta, nos termos dos parágrafos 151 e 152 desta Sentença; iii) o Estado fará, no prazo de seis meses, as seguintes publicações: a) o sumário oficial da sentença elaborado pela Corte, uma única vez, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado do Pará; b) o resumo oficial da sentença, uma única vez, em jornal de grande circulação nacional; e c) a sentença na íntegra, disponível pelo prazo mínimo de um ano, acessível ao público, por meio de um destaque (banner) localizado na página inicial do site da Governo Federal, Ministério Público e Judiciário do Estado do Pará; iv) o Brasil realizará ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional sobre os fatos do presente caso; v) o Estado nomeará uma praça com o nome de Gabriel Sales Pimenta, no município de Marabá, no estado do Pará; vi) o Estado criará um espaço de memória pública na cidade de Belo Horizonte, no estado de Minas Gerais; vii) o Brasil criará e implementará um protocolo para a investigação de crimes cometidos contra os defensores dos direitos humanos e um sistema de indicadores para medir a eficácia do protocolo; viii) o Estado realizará um plano de treinamento para o pessoal envolvido na investigação e processamento de casos de crimes contra defensores de direitos humanos nos protocolos de investigação; ix) o Brasil revisará e adaptará seus mecanismos existentes, em particular o Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas; x) o Estado projetará e implementará um sistema nacional de coleta de dados e números ligados a casos de violência contra defensores de direitos humanos; xi) o Brasil criará, no prazo de três anos, um mecanismo que permita a reabertura de processos judiciais, mesmo naqueles em que a prescrição tenha funcionado, quando, em sentença da Corte Interamericana, for determinada a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento da obrigação de investigar violações de direitos humanos maneira diligente e imparcial; xii) o Estado pagará as quantias

estabelecidas nos parágrafos 187¹⁷, 188¹⁸ e 195¹⁹ da sentença de indenização por dano material e imaterial, e de ressarcimento de custas e gastos (Cidh, 2022, n/p).

Portanto, por mais uma oportunidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a República Federativa do Brasil por descumprir a obrigação processual penal de promover o acerto penal e, especialmente, de punir os agentes responsáveis por graves violações aos direitos humanos de seus cidadãos, negligência essa imputável, em tese, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, porquanto, no caso, a apuração em relação à materialidade e à autoria delitiva foi devidamente levada a efeito, com aparente dedicação e empenho, por parte da autoridade policial.

¹⁷ “En cuanto a daño material, la Corte advierte que, pese a que no fueron aportados comprobantes de gastos, es de presumir que los familiares de Gabriel Sales Pimenta, en particular su madre Maria da Glória Sales Pimenta y su hermano Rafael Sales Pimenta incurrieron, respectivamente, en diversos gastos con motivo de su participación en la demanda de indemnización por daños morales (supra párr. 70), y el proceso penal (supra párrs. 62 a 68) y procedimiento seguido ante el Consejo Nacional de Justicia (supra párrs. 69). Por tanto, la Corte resuelve fijar por concepto de daño material una compensación en equidad correspondiente a USD\$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Maria da Glória Sales Pimenta, la cual deberá ser entregada a sus derechohabientes en los términos previstos por el régimen legal de sucesiones vigente en Brasil, de USD\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Rafael Sales Pimenta, y de USD\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada uno de los demás hermanos de Gabriel Sales Pimenta” (Cidh, 2022, n/p).

¹⁸ “Asimismo, en atención a las circunstancias del presente caso, la entidad, carácter y gravedad de las violaciones cometidas, los sufrimientos señalados (supra párrs. 126 a 133), y el tiempo transcurrido desde el momento de los hechos, la Corte considera adecuado ordenar el pago de una indemnización por concepto de daño inmaterial a favor de los familiares de Gabriel Sales Pimenta, lo cual incluirá el monto indemnizatorio en virtud de la imposibilidad de reabrir la investigación penal sobre el homicidio del señor Sales Pimenta. En consecuencia, el Tribunal dispone, en equidad, que el Estado debe otorgar, por daño inmaterial, una indemnización de USD\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de la señora Maria da Glória Sales Pimenta, de USD\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Geraldo Gomes Pimenta, sumas que deberán ser entregadas a sus derechohabientes en los términos previstos por el régimen legal de sucesiones vigente en Brasil, y una indemnización de USD\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada uno de los hermanos 268 de Gabriel Sales Pimenta declarados como víctimas en la presente Sentencia” (supra párr. 139) (Cidh, 2022, n/p).

¹⁹ Tomando en cuenta los montos solicitados los representantes y los comprobantes de gastos presentados, la Corte dispone fijar en equidad el pago de la suma de USD\$ 25.000,00 (veinte cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, y la suma de USD\$ 7.500,00 (siete mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) a favor de la Comisión Pastoral de la Tierra, ambos montos por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser entregada directamente al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y a la Comisión Pastoral de la Tierra, respectivamente.

Em que pese a relativa recenticidade da publicação da sentença no caso à baila, desde logo, chama a atenção a determinação inédita da Corte Interamericana, endereçada ao Brasil, de criar mecanismos de rescisão da coisa julgada material, mesmo em sede de absolvições próprias ou extinção da punibilidade pela prescrição, sempre que o órgão jurisdicional interamericano apontar a responsabilidade internacional do país por descumprimento da obrigação processual penal positiva de investigar, processar e punir as violações de direitos humanos, o que seria uma revolução na legislação processual penal brasileira, já que, atualmente, a revisão criminal tão somente tem o poder de derrogar o trânsito em julgado de sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias.

Validamente, a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao exigir que o Brasil crie, no prazo de três anos, um mecanismo que permita a reabertura de processos judiciais, ainda que a prescrição tenha operado, suscita considerável perplexidade e demanda uma análise jurídica acurada. Tal perplexidade advém do confronto direto entre essa exigência internacional e o arcabouço normativo do Direito Processual Penal brasileiro, que, de maneira enfática, circunscreve a revisão criminal aos casos "pro reo", isto é, aqueles em que se busque a revisão de condenações ou absolvições impróprias definitivas, em benefício do réu.

A perplexidade reside, primeiramente, no desafio de harmonizar essa determinação com os princípios basilares do direito penal brasileiro, dentre os quais se destaca o direito fundamental do acusado absolvido definitivamente à coisa julgada. A reabertura de processos findos, especialmente aqueles em que a prescrição já se consolidou, parece colidir com a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas, pilares do Estado de Direito.

Ademais, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, em seu artigo 621, delimita com clareza as hipóteses de cabimento da revisão criminal, restringindo-a a situações de manifesta injustiça em desfavor do réu. O intuito primordial deste dispositivo é a proteção dos direitos do acusado, permitindo a correção de erros judiciários que resultem em condenações injustas. A introdução de um mecanismo que permita a reabertura de processos, ainda que prescritos, por determinação da Corte Interamericana, impõe uma releitura deste dispositivo, extrapolando sua finalidade original.

Essa imposição internacional requer uma ponderação complexa entre o respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, notadamente a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e a observância dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais vigentes. A Corte Interamericana tem reiteradamente afirmado a obrigação dos Estados signatários de assegurar a investigação, processamento e sanção dos responsáveis por violações de direitos humanos, em conformidade com os princípios de diligência e imparcialidade.

Neste contexto, a exigência de reabertura de processos judiciais, mesmo os atingidos pela prescrição, visa a sanar a ineficácia do Estado em cumprir sua obrigação de investigar adequadamente tais violações. A responsabilização internacional do Estado por omissão ou falhas na investigação de graves violações de direitos humanos justifica, na ótica da Corte, a superação de barreiras processuais internas, como a prescrição.

Não se pode perder de vista, entretanto, que o princípio "ne bis in idem" processual, o qual assegura a impossibilidade de sujeitar um acusado a mais de um processo criminal pelo mesmo fato criminoso, é previsto no artigo 8º, item 4, da Declaração Americana de Direitos Humanos, segundo o qual "o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". Este princípio, fundamental no sistema de proteção interamericano de direitos humanos, visa a assegurar a estabilidade jurídica e a proteção contra a dupla persecução penal, garantindo que uma vez absolvido, o indivíduo não possa ser novamente processado pelos mesmos fatos.

A introdução de um mecanismo que permita a reabertura de processos, à luz das determinações da Corte Interamericana, inevitavelmente tensiona este princípio. A reabertura de casos já decididos, ainda que por sentença absolutória transitada em julgado, poderia ser interpretada como violação ao adágio "ne bis in idem", criando um paradoxo jurídico entre a obrigação de investigar violações de direitos humanos de forma diligente e a necessidade de respeitar a coisa julgada.

Em suma, a determinação da Corte Interamericana coloca o Brasil diante de um dilema jurídico e constitucional: como conciliar a imperatividade das obrigações internacionais com o respeito às normas e princípios internos? A resposta a essa questão exigirá não apenas mudan-

ças legislativas, mas também um diálogo contínuo entre o direito internacional e o direito interno, buscando soluções que preservem a justiça, a legalidade e a segurança jurídica. É imprescindível que o legislador brasileiro atue com prudência e sabedoria, harmonizando essas exigências de forma a não comprometer a confiança nas instituições jurídicas e a estabilidade do ordenamento jurídico nacional.

5 Conclusão

A análise do caso Sales Pimenta vs Brasil demonstra de forma incontestável a falha do Estado brasileiro em cumprir suas obrigações processuais penais positivas, resultando em impunidade. Os mandamentos de criminalização, embora essenciais para a proteção dos direitos humanos, mostram-se insuficientes sem a implementação de correspondentes obrigações processuais penais que assegurem a investigação e punição efetiva dos crimes. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao determinar que o Brasil crie mecanismos para reabrir processos judiciais mesmo após a prescrição, quando comprovada a violação de direitos humanos por falta de investigação diligente, suscita um debate crucial sobre a harmonização entre as obrigações internacionais e os princípios do direito penal brasileiro.

Para que o Brasil possa efetivamente cumprir suas obrigações internacionais e garantir a justiça para as vítimas de violações de direitos humanos, é necessário adotar medidas concretas e viáveis. Primeiramente, é imperativo reformar a legislação processual penal brasileira para incluir mecanismos que permitam a reabertura de processos judiciais em casos de graves violações de direitos humanos, mesmo após a prescrição. Tal reforma deve ser cuidadosamente elaborada para garantir que a reabertura de processos ocorra apenas em situações em que haja evidências claras de omissões investigativas ou processuais graves, e que não viole os princípios fundamentais da segurança jurídica e da coisa julgada. Essa mudança legislativa deve ser acompanhada de um diálogo contínuo entre juristas, legisladores e a sociedade civil, a fim de encontrar um equilíbrio que respeite tanto os compromissos internacionais quanto os direitos constitucionais dos cidadãos.

Em segundo lugar, é essencial fortalecer as instituições responsáveis pela investigação e processamento de crimes contra os direitos

humanos. Isso inclui não apenas a capacitação contínua de policiais, promotores e juízes, mas também a criação de unidades especializadas com autonomia e recursos suficientes para conduzir investigações de forma eficaz e imparcial. A implementação de protocolos específicos para a investigação de crimes contra defensores de direitos humanos, como determinado pela Corte Interamericana, é um passo crucial nesse sentido. Além disso, o Estado deve garantir a proteção adequada para os defensores de direitos humanos, vítimas e testemunhas, assegurando que possam colaborar com as investigações sem medo de represálias.

Por fim, o Brasil deve investir na criação de um sistema nacional de coleta de dados e monitoramento de casos de violência contra defensores de direitos humanos. Este sistema deve ser transparente e acessível ao público, permitindo uma supervisão eficaz e a identificação de padrões de impunidade que possam ser corrigidos de maneira proativa. A implementação de um sistema de indicadores para medir a eficácia das investigações e das medidas de proteção também contribuirá para a melhoria contínua das práticas institucionais e para a responsabilização dos agentes estatais.

Em conclusão, a harmonização entre as obrigações internacionais e os princípios do direito penal brasileiro requer um esforço legislativo e institucional significativo. A adoção das propostas mencionadas não apenas permitirá ao Brasil cumprir suas obrigações internacionais, mas também fortalecerá o Estado de Direito e a proteção dos direitos humanos no país. O caso Sales Pimenta vs Brasil serve como um importante alerta para a necessidade urgente de reformas que assegurem a justiça e a responsabilidade em casos de graves violações de direitos humanos, garantindo que a impunidade não prevaleça e que os direitos fundamentais sejam plenamente protegidos.

Referências

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e duração razoável do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 276, p. 467-501, fev. 2018.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CIDH. *Corte interamericana de direitos humanos: caso Sales Pimenta Vs. Brasil*, 2022. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_454_por.pdf .
Acesso em: 14 out. 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. A corte interamericana de direitos humanos: procedimento e crítica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 844, p. 11 – 27, fev. 2006.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. *Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos*. Campinas: Servanda, 2011.

NEME, Eliana Franco; MOREIRA, José Cláudio Domingues. O acesso à justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do homem. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 14, p. 13-33, 2011. Disponível em:
<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/588>. Acesso em: 22 set. 2023.

FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. São Paulo: Método, 2019.

MONTAGNA, Mariangela. *I diritti minimi della vittima*. In: GAITO, Alfredo. *I principi europei del processo penale*. Napoli: Dike, 2016.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Violações brasileiras às “garantias judiciais”: uma visão a partir da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1018, p. 227 – 251, ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

Sistema de Controle Interno

Assessoria de Auditoria Interna:

Assessor: Arquimedes Guedes Rodrigues

Servidor: Júlio Pereira da Silva

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

A IMPUTABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA CONDUTA

Filipe Wesley Leandro Pinheiro da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco

Resumo

Dentro do conceito analítico de crime, a imputabilidade sempre foi enquadrada como pressuposto da culpabilidade ou como seu elemento. Caso se fizesse presente algum dos requisitos que levassem à inimputabilidade, restaria afastada a culpabilidade. Ocorre que a exclusão da culpabilidade na hipótese de inimputabilidade, diferentemente dos outros elementos, não levaria a afastar a possibilidade de alguma resposta estatal, sendo aplicada medida de segurança. Sendo a inimputabilidade um elemento diretamente relacionado à capacidade do agente de representação dos fatos, interferiria diretamente na conduta dolosa, presente na tipicidade a partir do finalismo. O artigo possui como objetivo analisar de que forma a imputação de um crime a um agente totalmente inimputável cria uma falsa afirmação sobre sua capacidade de representação dos fatos, e, consequentemente, vicia a consciência de sua ação, situação não configurável para àquele imputável que agisse com erro escusável, tornando-se uma presunção de conduta dolosa dirigida a um fim. Quanto à metodologia, optou-se pela abordagem exploratória, valendo-se de revisão da literatura. No que tange o resultado, ver-se-á que a aplicação de medida de segurança em caso de inimputabilidade implica responsabilidade objetiva do inimputável, não justificável dogmaticamente, colocando-o numa situação desfavorável ao imputável em erro escusável, e submetendo-o a uma medida estatal, quando não deveria haver a atuação penal. Na conclusão, defender-se-á a tese segundo a qual em caso de inimputabilidade ocorrerá o afastamento de qualquer medida penal, mesmo que “favorável” ao agente inimputável, por ausência de tipicidade, sendo-lhe aplicadas medidas protetivas, as quais são objeto da seara cível.

Palavras-chave: direito penal; conceito analítico de crime; dolo; imputabilidade.

Abstract

Within the analytical concept of crime, imputability has always been framed as a prerequisite for culpability or as its element. If any of the requirements that lead to non-imputability were present, culpability would be ruled out. However, the exclusion of culpability in the event of

non-imputability, unlike the other elements, would not rule out the possibility of any state response, with a security measure being applied. Since non-imputability is an element directly related to the agent's ability to represent the facts, it would directly interfere with the willful conduct, present in the typicality based on finalism.

The article aims to analyze how the attribution of a crime to a totally non-imputable agent creates a false statement about his ability to represent the facts, and, consequently, vitiates the awareness of his action, a situation that is not configurable for an imputable person who acted with an excusable error, becoming a presumption of willful conduct directed towards an end.

As for the methodology, an exploratory approach was chosen, using a literature review.

As regards the result, it will be seen that the application of a security measure in the case of non-imputability implies the objective liability of the non-imputable person, which cannot be justifiably dogmatically, placing him in an unfavorable situation to the person responsible for excusable error, and subjecting him to a state measure, when there should be no criminal action. In conclusion, the thesis will be defended according to which in the case of non-imputability, any criminal measure will be excluded, even if "favorable" to the non-imputable agent, due to the lack of typicality, and protective measures will be applied to him, which are the subject of the civil sphere.

Keywords: criminal law; crime analytical concept; fraud; imputability.

1 Introdução

Na evolução da teoria do crime, durante o período causalista e neokantista, a imputabilidade foi considerada pressuposto ou elemento da culpabilidade, sempre antes da análise dos elementos dolo e culpa. Após o finalismo de Hans Welzel e a migração do dolo e da culpa para a tipicidade, permanecendo somente a potencial consciência da ilicitude na culpabilidade, houve uma dissociação da análise da conduta e da imputabilidade, havendo primeiro a análise da existência de uma tipicidade subjetiva e posteriormente verificada a capacidade mental do agente.

Embora presente em ambas as modalidades, limitar-se-á neste

artigo à análise do dolo, no qual discute se há, na conduta, a presença do elemento cognitivo, denominado de consciência ou representação, que se refere à capacidade do agente de entender a conduta que será perpetrada e a possibilidade da geração de um resultado danoso ou risco a terceiros através dos meios empregados.

Seja para imputáveis ou não, quando se analisa a tipicidade, há somente o exame da conduta, sem considerações sobre a existência ou não de condições normais mentais do agente, que somente será analisada na culpabilidade.

Ocorre que, a análise da consciência da conduta do agente somente é possível em caso de condições normais, quando se verifica a presença ou não de representação. Se o agente é totalmente inimputável, possuindo doença mental que o incapacite de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com tal entendimento, tal avaliação será uma presunção de conduta, já que o agente, em nenhum momento, terá consciência do seu ato.

Tal situação coloca o inimputável em situação desfavorável em relação ao imputável, pois na hipótese de erro de tipo escusável, ao imputável será possível afastar a conduta dolosa e culposa e, conseqüentemente, a tipicidade. No entanto, para o inimputável, que sequer atinge tal patamar mínimo de consciência para atuar em erro, não lhe é concedido o mesmo resultado em razão da necessidade de aplicação de uma medida de segurança. Assim, verifica-se que tal medida, que em tese lhe é favorável, denominada de “absolvição imprópria”, já que não há crime por ser inimputável, restringe sua liberdade, em uma medida de cunho sancionatório, embora não se verifique qualquer finalidade dessa “pena”. Sob outro prisma, a lei antimanicomial (Lei 10.216/2001) trouxe medidas protetivas em favor da pessoa com transtorno mental que ainda não foram adotadas na seara penal.

Assim, no presente artigo, após a explanação sobre a evolução da teoria do crime e a posição dos institutos da imputabilidade e do dolo no conceito analítico, analisar-se-á os elementos do dolo, especificamente o cognitivo, para entender se o inimputável possui tal condição para realizar uma ação relevante para o direito penal, ou atuará sempre em erro escusável, em situação desfavorável quanto ao imputável. Em seguida, far-se-á uma análise da imputabilidade, como previsto no Código Penal, para entender como tal instituto é relevante não somente para o juízo de reprovação do agente, mas para a própria análise da conduta. No mesmo tópico, fundamentar-se-á se a finalidade da pena se encontra ou não presente na medida de segurança para o inimputável, entendendo-se necessária ou não a atuação penal em

detrimento da seara cível e aplicação da lei antimanicomial. Ao final, concluir-se-á por uma mudança de entendimento em relação à análise da imputabilidade quanto à conduta.

A pesquisa é do tipo exploratória, valendo-se de revisão bibliográfica sobre o assunto.

2 Evolução da teoria do crime

Na evolução da teoria do crime, a primeira fase, denominada de clássica ou causalista, cujos expoentes são Franz Von Liszt e Ernst Von Beling, houve a separação dos institutos que compõem o conceito analítico do crime em tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A tipicidade e ilicitude formavam a parte objetiva, e a culpabilidade a parte subjetiva. Na culpabilidade, seus elementos eram o dolo e a culpa, sendo a imputabilidade o pressuposto da culpabilidade. A esse respeito disserta Gomes Filho (2022, p. 54):

Os institutos da estrutura analítica do crime foram interpretados de maneira formal, sem a possibilidade do intérprete fazer juízo de valor. O crime foi dividido em duas partes: parte objetiva, formada por tipicidade e ilicitude; e parte subjetiva, formada pela culpabilidade, dentro do qual estavam o dolo e a culpa, funcionando a imputabilidade como mero pressuposto¹.

Nessa etapa, a culpabilidade era psicológica, diante da presença do dolo e da culpa, e não havia elementos normativos. O dolo era normativo, formado por representação, vontade e consciência da ilicitude. Sobre a consciência da ilicitude, entendia-se como necessário o *dolus malus* do Direito Romano, no sentido de causar o mal a alguém. Nesse sentido, pontua Gomes Filho (2022, p. 56):

Prevalece a afirmação de que o dolo causal clássico era normativo, formado por conhecimento das circunstâncias do fato, vontade de realizar o resultado representado e consciência da ilicitude. O dolo do sistema clássico também era psicológico, com espaços de valoração, incorporados em estados mentais do agente, e exigia a consciência da ilicitude, que constitui um

¹GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 54.

elemento axiológico, que se conectava à concepção de *dolos malus* do direito romano².

A conduta era considerada a partir de um movimento corporal voluntário que provocava modificações no mundo exterior.

Na fase neoclássica ou neokantista, a imputabilidade deixou de ser premissa da culpabilidade e passou a ser um dos seus elementos constitutivos. Além disso, a exigibilidade de conduta diversa foi incorporada à culpabilidade, permanecendo ainda o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade. Assim, nessa fase, a culpabilidade passa a ter uma natureza psicológica-normativa.

Não houve alteração estrutural quanto ao injusto, permanecendo como a parte objetiva, e a culpabilidade como a parte subjetiva. Mas houve a identificação de presença de elementos subjetivos na tipicidade com a existência de tipos penais que exigiam um dolo específico, como o “para si ou para outrem” do furto, bem como a presença de análise axiológica na antijuridicidade, havendo a presença de uma carga valorativa superior ao causalismo. Esclarecendo essas mudanças, assim define Gomes Filho:

No modelo neokantista, a culpabilidade foi alterada na composição de seus elementos. Nessa fase, a imputabilidade deixou de ser pressuposto e foi transformada em um elemento. O dolo e a culpa deixaram de ser espécies de culpabilidade e se transformaram em elementos da culpabilidade. Por fim, o terceiro e novo elemento, como já dito, passou a ser a exigibilidade de conduta diversa (Gomes Filho, 2022, p. 66)³.

Como a conduta era considerada como o movimento corporal voluntário que provocava modificações no mundo exterior, não houve o rompimento com o sistema ôntico do causalismo.

Observa-se que a imputabilidade, seja como pressuposto ou como elemento, era verificável antes do dolo e da culpa, o que poderia, em caso de inimputabilidade, afastar sua análise e a ocorrência de crime, submetendo o agente à medida de segurança. Dessa forma, a análise

²Idem.

³GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.2

sobre a possibilidade de condições normais de representação do agente era aferível antes do dolo.

Posteriormente, com o finalismo, houve uma alteração profunda na posição dos elementos do conceito analítico de crime. O dolo e a culpa, formados somente pela consciência e vontade, migraram para a tipicidade, passando a ser meramente psicológicos, já que a consciência da ilicitude permaneceu na culpabilidade. Agora o dolo passou a ser entendido como à vontade humana dirigida a um fim. Sobre essas mudanças, resume os doutrinadores Dermeval Farias Gomes Filho (2022, p.72) e Cláudio Brandão (2022, p. 69):

No injusto doloso, a vontade integra o dolo. O dolo, com o finalismo, portanto, passa a integrar o tipo e é formado por vontade e representação do resultado. Abandona-se, desse modo, a consciência da ilicitude, a qual estava presente no dolo normativo causal clássico e neoclássico⁴.

Quando se diz que a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um fim, diz-se na verdade que o *dolo* reside na ação. Esta é a fundamental diferença entre a teoria causalista e a teoria finalista: na teoria causalista não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação, para esta teoria o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim rege a causalidade, logo, o conteúdo da vontade, isto é, o *dolo*, é integrante da ação⁵.

Na fase finalista, a culpabilidade passou a ser meramente normativa, tendo como elementos constitutivos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, e a exigibilidade de conduta diversa. Nessa fase, observa-se que a consciência da ilicitude deixou de ser atual para ser potencial, ou seja, desde que o agente pudesse ser capaz de atingir o conhecimento da ilicitude da conduta, poder-lhe-ia ser imputado a prática do crime. Com essa mudança, o dolo, através do seu elemento cognitivo, é analisado antes da imputabilidade, afirmando-se

⁴Idem.

⁵BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

que alguém agiu com consciência, para, na culpabilidade, avaliar suas condições mentais e entender-se que não tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento, sendo, portanto, inimputável e submetendo-o a uma medida de segurança. Nesse sentido, assevera Gomes Filho (2022, p. 74):

A culpabilidade no finalismo, por sua vez, se estrutura no livre arbítrio e constitui juízo de reprovação pessoal que tem por fundamento o poder de agir de outro modo e evitar a prática do fato proibido. Essa possibilidade de o agente agir de outro modo é o centro da culpabilidade do finalismo. Significa que o homem, quando capaz de agir conforme o direito, é responsável quando age de forma diversa.

Apesar de estar fundada na possibilidade de o agente, no caso concreto, agir de outro modo, a culpabilidade finalista exige que o agente possua capacidade de culpabilidade – ou capacidade de motivar-se de acordo com a norma (imputabilidade) – e que ainda esteja em condições de compreender o caráter ilícito do fato (potencial consciência da ilicitude)⁶.

Sobre a teoria social da ação e o funcionalismo, embora tenham seus entendimentos sobre o conceito analítico de crime, não houve alteração da estrutura e dos elementos do dolo e da imputabilidade.

3 O elemento cognitivo do dolo

Sobre os elementos do dolo, conforme magistério de Cláudio Brandão (2022, p. 131):

Toda ação tem em sua estrutura essencial a *vontade dirigida a um fim*; assim, toda ação é finalista. Ora, a vontade dirigida a um fim é precisamente *querer o resultado*. Assim, o dolo é um elemento integrante da conduta humana, pois só se quer o que se representa no plano mental com a consciência e no plano psíquico com volição. Existem, portanto, dois elementos no dolo, o primeiro é

⁶GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade⁷.

Verifica-se que o dolo é formado pelos elementos consciência (ou representação), de ordem intelectual, e vontade, de ordem volitiva, ambos elementos internos do agente. Enquanto no elemento intelectual a intenção do agente somente ocorre em sua mente, no elemento volitivo tal intenção seria constatada através das ações externas dirigidas a um fim. Sobre tal conhecimento do agente, a doutrina se manifesta da seguinte forma:

A conduta intencional (ou dolosa) do sujeito pressupõe o conhecimento de todos os aspectos do comportamento, dos meios necessários para sua realização, bem como dos resultados a serem produzidos. [...] Em termos subjetivos, conhecimento é representação do fato, é compreensão de que o resultado naturalístico é certo ou provável como decorrência da conduta praticada (Galvão, 2023, p. 282)⁸.

O quadro ideal da ação humana, baseado no silogismo prático, representa uma ação final, direcionada a um objetivo, atuando o agente com conhecimento de todas as circunstâncias relevantes (no modelo conhecido como ‘desire-belief’) (Marteleto Filho, 2020, p. 260)⁹.

Como se observa, para se afirmar que uma pessoa praticou uma conduta dolosa, no momento da ação criminosa, o agente deve ter o conhecimento de que a conduta está sendo dirigida a tal finalidade, que o resultado que se quer produzir pode derivar de sua conduta, e que os meios que se pretende empregar são capazes de chegar a tal resultado.

E tal conhecimento exigido não é meramente potencial, do que se poderia ou não saber, mas sim o conhecimento atual das circunstâncias, do que o agente tinha acessível no momento de sua ação, como leciona

⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2022.

⁸ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2023.

⁹ MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*.

Francisco Muñoz Conde (1988, p. 58):

O conhecimento que exige o dolo é conhecimento atual, não bastando um conhecimento meramente potencial. Isto é, o sujeito deve saber o quê faz, não basta que tivesse devido ou podido sabê-lo. Isto não quer dizer que o sujeito deva ter um conhecimento exato de cada particularidade ou elemento do tipo objetivo. Em alguns casos, isto seria impossível. Assim, por exemplo, no estupro de uma menor de 12 anos não é preciso que o sujeito saiba exatamente sua idade, basta que aproximadamente a represente; no furto basta que saiba que a coisa é alheia, ainda que desconheça exatamente o seu dono¹⁰.

Observa-se, conforme citado anteriormente, que o conhecimento exigido é das circunstâncias relevantes para a consumação do crime. Nos exemplos citados, no caso de estupro, a idade da mulher menor de catorze anos de idade, seja treze, doze ou onze anos, não altera o conhecimento da circunstância ilícita; de igual modo, no furto, quanto à titularidade do bem móvel, contanto que se saiba que não lhe pertence. A possibilidade de erro sobre tais circunstâncias, no caso de a mulher possuir catorze ou mais anos de idade, ou ser do agente o bem subtraído, representaria erro sobre as circunstâncias fáticas, apto a excluir o dolo e significar a ausência de tipicidade por ausência de figura culposa. A esse respeito, segue a doutrina de Cláudio Brandão (2022, p. 137-138):

No dolo, a consciência refere-se à percepção dos elementos objetivos do tipo. Por exemplo, no crime de homicídio (art. 121 do Código Penal, que tipifica 'Matar alguém'), o sujeito deve ter consciência de que mata uma pessoa humana. Além disso, a consciência também deve abranger o curso causal da conduta, que conduz até a percepção do resultado.

[...]

Só é possível a configuração do segundo elemento do dolo, o volitivo, se o elemento intelectual estiver configurado. Tomás de Aquino já que o intelecto tem primazia sobre a vontade, porque

¹⁰ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

se pode representar mentalmente sem querer, mas não se pode querer o que não se representou. Se, por exemplo, o agente nunca teve consciência da existência de um país chamado Omã (localizado no nordeste da África), jamais pode ter vontade de ir para lá. A consciência é, portanto, previamente necessária para a existência da vontade¹¹.

Concernente ao erro sobre as circunstâncias do tipo legal, de acordo com o artigo 20 do Código Penal, tal fato afasta o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. Para tanto, é necessário que o agente atue com representação fática, embora em erro sobre as circunstâncias.

Tratando sobre o elemento intelectual do dolo, leciona Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 151-152):

[...] O componente *intelectual* do dolo consiste no *conhecimento atual* das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica: não basta conhecimento *potencial* ou capaz de ser atualizado, mas também não se exige um conhecimento *refletido*, no sentido de conhecimento verbalizado. Esse elemento intelectual do dolo pode ser deduzido da regra sobre o erro de tipo: se o erro sobre os elementos objetivos do tipo legal exclui o dolo, então o conhecimento das circunstâncias objetivas do tipo legal integra o dolo¹².

Agora se o agente, por doença mental, for incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de se comportar de acordo com esse entendimento, sendo totalmente inimputável, quando a consciência dos fatos não lhe seja possível atingir em razão da sua condição, seria possível afirmar que possui dolo para alguma conduta? E, nesse caso, seria possível afirmar que não atua em erro escusável? Entende-se que não, conforme ensinamento de Juarez Tavares dos Santos (2020, p. 191):

A falta de performatividade pressupõe, em sua análise, que a conduta do agente seja apreciada em face das normas proibitivas ou mandamentais, ou seja, das normas criminalizadoras. Essa

¹¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

relação entre a conduta e as normas criminalizadoras é avaliada no âmbito do injusto, em uma fase prévia ao exame dos elementos do tipo. O que se objetiva, com essa inserção no âmbito do injusto de uma fase prévia destinada a avaliar a ação, é excluir do direito penal, por força da relação de contexto, aqueles comportamentos que não podem ser atribuídos a um sujeito que se encontre impossibilitado de atuar, porque não pode conferir à sua atuação uma pretensão de validade, ou seja, não pode refletir acerca da validade de sua conduta diante da norma. Como consequência normal dessa condição, o inimputável não deveria sofrer qualquer medida penal¹³.

Nesse sentido, concorda-se com a visão do autor.

4 A natureza jurídica da imputabilidade

Como se observou na evolução da teoria do crime, a culpabilidade constitui a parte subjetiva da teoria tripartida, sendo o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito, em relação ao fato. Discorrendo acerca do tema, infere Busato:

O Código Penal brasileiro procurou adotar um sistema misto, um *sistema bio-psicológico*, que congrega ambas as correntes. Ao fazê-lo, porém, estabeleceu a necessidade de coincidência das duas dimensões para a afirmação da imputabilidade. Dessa forma, será considerado inimputável apenas aquele que é portador de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, cujo problema mental seja a fonte da sua incapacidade de compreensão da ilicitude de suas condutas ou, em sendo possível compreendê-las, o inabilite para agir em conformidade com tal compreensão¹⁴.

Em sua obra “Fundamentos da Teoria do Delito”, Juarez Tavares (2020, p. 191), após declarar que a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, define a imputabilidade como “[...] o conjunto de qualida-

¹³TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 191.

¹⁴BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 400-401.

des pessoais que possibilitam a censura pessoal. O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação da sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade”¹⁵.

A imputabilidade inicia a análise dos elementos presentes na culpabilidade. Para tal análise, entende-se que, para os menores de dezoito anos de idade, adotou-se um critério etário, afastando-os da aplicação da lei penal, e submetendo-os às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para aqueles maiores de dezoito anos de idade, adotou-se um critério biopsicológico, segundo o qual, para se configurar o instituto da inimputabilidade, é necessária a conjugação da existência de uma doença mental (biológico), que afasta inteiramente a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato, e de determinar-se de acordo com esse entendimento (psicológico).

Sobre a incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato, dentro da análise da imputabilidade, leciona Fernando Galvão (2023, p. 519):

É necessário constatar se o sujeito possui certa capacidade psíquica para responsabilizá-lo criminalmente. No entanto, a capacidade que interessa do exame da culpabilidade não se confunde com a capacidade que confere voluntariedade à conduta humana, pois, em caso de atos involuntários, não se caracteriza o próprio tipo penal incriminador. Da mesma forma, a incapacidade que caracteriza a inimputabilidade não decorre da inconsciência, pois os atos inconscientes não caracterizam conduta jurídico-penal relevante. O movimento corpóreo inconsciente, verificado nas hipóteses de sonambulismo ou de atos reflexos, não caracteriza o pressuposto fático da teoria do crime. Também não interessa ao juízo de reprovação da culpabilidade a capacidade psíquica necessária ao reconhecimento dos dados fáticos coincidentes com os elementos objetivos do tipo, incriminador ou permissivo, que, segundo a teoria limitada da culpabilidade adotada pela legislação brasileira, constituem temas vinculados ao juízo de tipicidade. A incapacidade que interessa ao exame da culpabilidade é somente a incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato¹⁶.

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2022, p. 245.

¹⁶ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2023

Segundo o doutrinador citado, fora do contexto da ausência de voluntariedade, tal consciência não seria aquela necessária para o reconhecimento do elemento cognitivo do dolo, sendo a imputabilidade somente necessária para a compreensão do caráter ilícito do fato. Seguindo essa linha de raciocínio, nos termos do artigo 26, *caput*, do Código Penal¹⁷:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ao analisar a norma penal, observa-se que a inimputabilidade influencia diretamente nos demais elementos da culpabilidade, consistentes no potencial consciência da ilicitude do fato e na exigibilidade de conduta diversa, ou seja, incidindo a inimputabilidade, é o caso de afastamento da culpabilidade antes da análise dos demais elementos.

Nesse sentido, seguem as doutrinas de Cláudio Brandão (2022, p. 216-217) e Wagner Marteleto Filho (2022, p. 261-262):

Na última parte do conceito de culpabilidade, vemos que, para que a mesma de perfaça, é necessário que o autor tenha optado livremente por se comportar contrário ao direito. Se o autor não pode, nas circunstâncias, comportar-se conforme o direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação. A razão da reprovação feita pelo juízo de culpabilidade é o fato de o autor, quando podia comportar-se conforme o direito, opta por se comportar contrário ao direito¹⁸.

O conteúdo de desvalor, portanto, não se estabelece, *per se*, a partir da intenção *strictu sensu*, mas também, especialmente, do controle de ação e sua realização externa, embora o manifesto perigo,

¹⁷BRASIL. *Código penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

¹⁸BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

conhecido pelo agente. O que se há de levar em conta é o distanciamento do comportamento em face daquilo que exige a norma¹⁹.

Nota-se que tal entendimento encontra consonância quando se analisa a posição da imputabilidade no causalismo e neokantismo, quando a inimputabilidade afasta a própria análise do dolo. No finalismo, após a migração do dolo para a tipicidade, essa total dissonância com o elemento cognitivo do dolo traz uma presunção de conhecimento que não se coaduna com a realidade.

No que tange às consequências práticas da inimputabilidade em nosso ordenamento jurídico, verifica-se que ao final de um processo penal, caso se entenda pela inimputabilidade do agente, será aplicada uma medida de segurança, após uma absolvição imprópria, submetendo-o a um cerceamento de liberdade, seja através da medida de internação, seja através da medida ambulatorial, não em razão do fato praticado, mas em razão de uma suposta periculosidade, de modo que “a medida de segurança não é retributiva, isto é, não é aplicada como reprovação à culpabilidade do agente, por isso, não se vincula ao passado (culpabilidade por um fato cometido), mas sim ao futuro, isto é, à perigosidade do sujeito” (Brandão, 2022, p. 252)²⁰.

Sobre a finalidade retributiva da sanção, observa-se a sua ineficácia, considerando que o agente inimputável será incapaz de entender a reprimenda a qual é submetido, conforme magistério de Salo de Carvalho (2020, p. 552) a seguir exposto:

O tipo ideal (ou o estereótipo teórico) que contrapõe a capacidade de culpa (culpabilidade) é a *condição* ou *potência de perigo* (periculosidade). O sujeito perigoso, ou dotado de periculosidade, seria aquele que, diferentemente do culpável não possui condições mínimas de discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude do seu ato e, consequentemente, atuar conforme as expectativas do direito (agir de acordo com a lei). Em razão da ausência de condições

¹⁹MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

²⁰BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

cognitivas (déficits cognitivos) para direcionar sua vontade, a aplicação de uma *pena* com caráter marcadamente retributivo passa a ser inadequada, notadamente no esquema da *culpabilidade pela reprovabilidade*, em que se postula uma adequação da pena ao grau de reprovação do ato voluntário praticado pelo sujeito. Neste cenário de ausência de responsabilidade penal, a pena é substituída pela *medida* (de segurança) e a finalidade retributiva da sanção é substituída pela orientação de *tratamento do paciente*²¹.

Sobre a finalidade preventiva geral, assim como no caso de agente imputável que atua em erro escusável, é desnecessária a medida para reafirmação da norma ou intimidação aos seus destinatários, já que se trata de uma situação atípica.

Quanto à finalidade preventiva especial negativa, que atua sobre o agente, por sua incapacidade de entender a situação, resta ineficaz. Concernente à finalidade preventiva especial positiva, que busca sua ressocialização, resta descabido ressocializar quem nunca esteve à margem da lei.

Dessa forma, qualquer medida sobre o agente inimputável, de natureza penal, caracteriza um exercício de poder arbitrário pelo Estado.

Nesse sentido, seguem as lições de Salo de Carvalho (2020, p. 73) e Francisco Muñoz Conde (1988, p. 150):

As teorias absolutas da pena (ou teorias retributivistas) sustentam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade de reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais)²².

[...] na base dessa postura estava a idéia de que o doente mental é sempre um ser perigoso, que deve ser encarcerado e isolado do resto da sociedade,

²¹CARVALHO, Salo de. *Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

²²Idem.

ainda mais quando cometeu um crime. Parece, pois, que os conceitos de doença mental e periculosidade estão, na prática jurídica, mais unidos do que uma análise precipitada e puramente teórica do tema possa dar a entender. O internamento obrigatório do doente mental que cometeu um crime se converte, assim, em um substitutivo da pena, com a mesma finalidade afliitiva e defensista. Para isso, mitifica-se a periculosidade do doente mental, exagerando sua importância qualitativa e quantitativa e fazendo dela um pretexto para impor medidas essencialmente repressivas, e não curativas, por mais que os atuais conhecimentos psiquiátricos demonstrem que a periculosidade permanente de alguns doentes mentais é muito reduzida, e poucos, com efeito, são os casos de internamento obrigatório justificado pela periculosidade do agente²³.

Buscando mudar tal panorama, a Lei Federal nº 10.216/2001²⁴, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, alterou tal paradigma, buscando medidas de proteção, ao invés de punitivas, para aquelas pessoas com transtornos mentais.

Essa lei coloca como responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, aliando a participação da sociedade e da família como parte dessa política de Estado. De acordo com o seu art. 4º, a internação, “em qualquer de suas modalidades”, só será indicada quando os recursos possíveis fora dos ambientes hospitalares se mostrarem insuficientes.

Contudo, mesmos passados mais de 20 anos desse novo direcionamento das políticas públicas para as pessoas com transtornos mentais, ainda não se divisa as suas repercussões dentro da seara penal, mantendo-se a responsabilidade penal do inimputável, retoricamente abrandada na, a ele atribuída, “absolvição imprópria”.

²³ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

²⁴ BRASIL. Lei Federal nº 10.216/2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

5 Imputabilidade como pressuposto da conduta

De acordo com o entendimento de Juarez Tavares (2020, p. 171):

Uma vez que o código tenha assumido a postura de eliminar da responsabilidade penal o inimputável, será também condição do injusto que o sujeito atue com plena capacidade de entendimento e autodeterminação. Isso porque não será possível edificar um sistema coerente se não se reconhecer no sujeito a capacidade de se vincular, conscientemente, à ilicitude da conduta, quer no âmbito dos delitos dolosos comissivos, quando dirija sua vontade no sentido da realização do fato injusto, quer no âmbito dos delitos omissivos, quando tenha consciência acerca da obrigatoriedade de cumprimento de um dever que lhe é imposto pela ordem jurídica, quer no âmbito dos delitos culposos, quando deva observar a atenção a deveres de cuidado, ao realizar uma conduta perigosa para o bem jurídico²⁵.

Ao não considerarmos a incapacidade de entendimento do inimputável, haverá sua submissão a uma situação desfavorável em relação ao imputável, já que, ao consciente, poder-se-ia entender pela atuação em erro e afastamento do dolo em caso de escusabilidade, enquanto ao inimputável não seria possível tal enquadramento. Ocorre que o inimputável não atingirá tal conhecimento, atuando sempre em erro escusável, que afasta o dolo e culpa, e sendo causa de exclusão da tipicidade.

Sobre essa temática, observa Juarez Tavares (2020, p. 192):

Essa antecipação da análise da antijuridicidade e do processo de imputação corresponde a um ajuste de performatividade, que opera pela lógica do discurso. Por essa lógica, um sistema se torna apto a solucionar um conflito quando leva em conta todos os parâmetros de orientação, no caso, a infração à norma proibitiva ou mandamental, a permissão da conduta e a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico, sob o enfoque de uma limitação da atuação

²⁵TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020

penal diante de um sujeito determinado. Quando o sujeito está fora do exame normal de consistência do sistema, como é o caso dos inimputáveis e daqueles que, por diversidade cultural, estejam submetidos a outras normas e valores, esse sistema deve variar para se ajustar às suas qualidades e superar os paradoxos de sua inconsistência²⁶.

Assim como ocorre no erro de tipo, a ausência de representação sobre a existência de norma proibitiva/permissiva ou sobre os limites de seu ato faz com que um agente inimputável seja incapaz de incidir em erro de proibição. Sobre a existência de uma norma proibitiva direta, a inimputabilidade já afastaria a potencial consciência de ilicitude. Ocorre que tal ausência de representação também é capaz de afastar a antijuridicidade de uma conduta no caso de erro de proibição indireta, incidente sobre normas permissivas, devendo ser considerada lícita sua conduta, caso seja típico.

Nesse sentido, segue a doutrina de Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 618):

[...] Não obstante, a pergunta sobre a capacidade de autor *inimputável* atuar em *erro de proibição* ou em *situações de exculpação* parece ter resposta negativa: **se** o defeito do aparelho psíquico do *inimputável* significa incapacidade intelectual de ‘entender o caráter ilícito do fato’, ou incapacidade volitiva de ‘determinar de acordo com esse entendimento’, *então* o *inimputável* não pode ter *conhecimento da proibição*, ou não pode *determinar* o comportamento *pelo conhecimento da proibição* – estados psíquicos pressupostos no *erro de proibição* –, nem pode possuir *dirigibilidade normativa* – estado psíquico pressuposto na *exigibilidade de comportamento diverso*, excluído ou reduzido nas *situações de exculpação*. Logo, autores *inimputáveis* por *incapacidade penal* determinada por *doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto* ou *retardado* não podem atuar em *erro de proibição* excludente ou redutor da culpabilidade, nem agir em *situações de exculpação*,

²⁶Idem.

excludentes ou redutoras da *dirigibilidade normativa*, que fundamenta a exigibilidade de comportamento diverso²⁷.

Evitando-se uma presunção de consciência de ação de um inimputável, e submetendo-o a condições desfavoráveis em relação ao agente imputável, a antecipação da análise para verificação da total inimputabilidade, em casos de dúvida sobre tal condição, para o interior do injusto, antes da análise da conduta, verificar-se-ia a possibilidade de o agente ter representação dos fatos. Nesse sentido, segue o entendimento de Juarez Tavares (2020, p. 171):

A incorporação da imputabilidade no âmbito do injusto, como condição do sujeito, não obsta, por outro lado, pelos princípios da lógica discursiva, que também seja levado a efeito na culpabilidade quando influir na determinação da pena. Isso ocorrerá quando a avaliação do sujeito conduzir ao reconhecimento de uma redução da capacidade de entendimento e de autodeterminação, por motivo de transtornos mentais ou *déficits* de desenvolvimento mental, de modo a caracterizar uma situação de semi-imputabilidade. Assim, a dupla análise da imputabilidade, no injusto e na culpabilidade, preenche os objetivos de integração dos elementos do delito, mas só tem mesmo relevância quando implique uma redução das medidas penais aplicáveis ao sujeito²⁸.

Caso se verifique que o agente possui capacidade para praticar a ação, tendo o elemento cognitivo de dolo, mesmo que reduzido, haverá a possibilidade de se analisar sua conduta, concluindo-se ou não pela tipicidade e antijuridicidade.

6 Conclusão

Em busca de uma racionalidade da dogmática penal, evitando-se a responsabilidade objetiva de um agente inimputável, propõe-se que a análise das condições cognitivas se dê anteriormente à análise da condu-

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

²⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

ta, dentro do injusto penal. Caso seja totalmente inimputável, resta afastada a tipicidade por ausência de dolo, por falta de elemento cognitivo. Caso tenha deficiência cognitiva, ou seja, totalmente imputável, passa-se a analisar a conduta do agente. Ao final, na culpabilidade, em seu elemento da imputabilidade, será possível definir o grau de afetação que a doença mental foi capaz de causar na consciência sobre o caráter ilícito do fato ou na capacidade de comportar de acordo o entendimento exigido.

Tal tese segue o entendimento de Juarez Tavares (2020, p. 168-168), segundo o qual:

Uma vez configurado o sujeito da ação a partir de sua condição de pessoa deliberativa, segue-se também a edificação de um conceito de imputabilidade, como elemento decisivo para a estruturação do injusto penal. A doutrina penal da modernidade sempre considerou a imputabilidade como pressuposto ou mesmo como elemento da culpabilidade. Atendendo, porém, à necessidade de uma reformulação metodológica, no sentido de incluir o sujeito na configuração objetiva do delito, a questão da imputabilidade não pode mais ficar jungida exclusivamente à determinação dos fundamentos da responsabilidade subjetiva, mas sim aos contornos dos modelos de conduta. Daí proceder-se-á sua inclusão no âmbito do injusto. Normalmente, a análise da condição de pessoa deliberativa é precedente da análise da imputabilidade. No entanto, na linha dos pressupostos lógicos do discurso, nada obsta que a análise da imputabilidade possa ser também antecipada e se integre na condição do sujeito, antes que se fixem seus requisitos ou fundamentos como pessoa deliberativa²⁹.

Em consonância com o entendimento de Alexis Couto de Brito (2006, *apud* Martinelli; De Bem, 2023, p. 814-815), abaixo exposto, passa-se a entender que a imputabilidade seja analisada como um pressuposto da conduta, por ser inerente à pessoa, e não totalmente normativo.

²⁹TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

Distintamente da doutrina majoritária, Alexis Couto de Brito, por sua vez, entende ser a imputabilidade um *pressuposto da conduta*, e não um elemento da culpabilidade, uma vez que seu conteúdo é ontológico, inerente à pessoa, e não normativo. Para o autor, a imputabilidade é uma manifestação da autodeterminação em um discurso comunicativo. Significa dizer: imputável é quem tem capacidade de atuar comunicativamente, entendendo e fazendo-se entender, e com consciência e influência de seu modo de vida. Somente assim o conceito de culpabilidade seria puramente normativo, a ponto de se reduzir à consciência do ilícito. Dessa forma, a imputabilidade teria o papel de resolver a atribuição ou não do agir consciente à pessoa que não interage comunicativamente a certos tipos possuidores de elementos normativos, que exigem um mundo de vida maior para a realização de um discurso em nível comunicativo (Brito, Alexis Couto de. *Culpabilidade*, 2006, p. 249-252)³⁰.

Ao assim proceder, evitando-se a imputação àqueles com ausência de elemento cognitivo, entende-se que haveria uma adequação dogmática, não se presumindo dolo ou culpa de quem não possui consciência de sua conduta.

E, já constatada tal situação, não se buscaria na seara penal o tratamento ao inimputável através de medida de segurança, que não possui eficácia em sua finalidade retributiva ou preventiva, mas sim, sendo o caso de inimputabilidade do agente, dever-se-ia fazer o seu encaminhamento para a seara cível, buscando medidas de proteção em seu favor, tratando-o como sujeito de direito, merecedor da terapêutica adequada, e não como alguém que deva ter sua liberdade restringida por uma suposta periculosidade futura.

³⁰MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal, lições fundamentais*: parte geral. 8. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2023, p. 814-815.

Referências

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6 ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

BRASIL. *Código penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. *Lei Federal nº 10.216/2001*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2023.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal, lições fundamentais: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

O PARADIGMA DO PROIBICIONISMO DAS DROGAS NA ESPANHA: ANÁLISE DO RESULTADO DO PARADIGMA PROIBICIONISTA NO TRÁFICO DE DROGAS ESPANHOL

Andrés Javier Pastrano Mancayo

Policial Judiciário pela Direção Nacional da
Polícia Judiciária do Equador

Nilson Dias de Assis Neto

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba

Resumo

A política criminal sobre o tráfico de drogas adotou um caráter proibicionista desde o início do século XX. O presente trabalho pretende fazer uma análise do paradigma proibicionista das drogas e os efeitos que resultaram dessas políticas, para verificar se foram eficazes quando se trata de reduzir o nível de tráfico de drogas na Espanha recentemente. Esse trabalho está dividido em duas partes fundamentais: uma com uma explicação do paradigma proibicionista desde a sua criação e como evoluiu; e outra em que é realizada uma análise sobre os efeitos do citado caráter proibicionista em matéria de dados do consumo, apreensões e pessoas presas. Assim, vemos a evolução daqueles dados para investigar se o caráter proibicionista acarretou efeitos positivos ou negativos em relação ao tráfico de drogas espanhol recentemente.

Palavras-chave: tráfico de drogas; paradigma proibicionista; efetividade.

Abstract

The criminal policy on drug trafficking has been prohibitive since the early twentieth century. The present paper seeks to analyze the prohibitionist paradigm of drugs and the effects of the whole phenomenon, to see if they have been effective in reducing the level of drug trafficking. The present work is divided into two fundamental parts: the explanation of the prohibitionist paradigm since its inception and how it has evolved; and another in which a tour is made of the effects of the aforementioned prohibitionist character in terms of consumption data, seizures, and

people arrested. Thus, we see the evolution of said data to verify if the prohibitionist character entails positive or negative effects in relation to drug trafficking in Spain recently.

Key words: drug trafficking; prohibitionist paradigm; effectiveness.

1 Introdução

Na década de 1970, foi implantada uma política criminal na área do tráfico de drogas na Espanha, com um caráter proibicionista muito marcante, herdado da visão proposta pelas Nações Unidas na Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em 30 de março de 1961. Esse Convênio estabeleceu o marco legal internacional para o tráfico de drogas, bem como, ao mesmo tempo, estabeleceu uma definição de “entorpecentes”. Tudo isso foi reafirmado na Convenção de Viena em 20 de dezembro de 1988.

Portanto, considerando sua importância internacional, nosso tema de pesquisa se concentra na questão da política criminal do tráfico de drogas. Mais especificamente, procuramos verificar o tráfico de drogas na Espanha nos últimos dez anos. Pois, nós perguntamos: como se desenvolveu o paradigma do proibicionismo internacional e qual foi o seu resultado relativamente ao cumprimento dos seus objetivos de retirada ou redução da presença de drogas na sociedade?

Em tal investigação, levantamos a hipótese de que o paradigma do proibicionismo internacional de drogas não teve sucesso em sua aplicação e, portanto, são necessários estudos de modelos alternativos como de redução de danos com uma eventual legalização. Para verificar a hipótese, nossos objetivos são: I) estudar como foi desenvolvido o paradigma internacional do proibicionismo das drogas; e II) investigar o resultado prático e material em relação ao cumprimento de seus objetivos de retirada ou redução da presença de drogas na Espanha nos últimos dez anos.

A metodologia de pesquisa será a análise das normatividades internacionais que fundamenta o paradigma do proibicionismo das drogas e, a partir dela, a avaliação dos dados estatísticos da quantidade de droga apreendida versus a quantidade de potenciais consumidores, analisando a partir de uma perspectiva dedutiva que considera o nível internacional e se centra na Espanha como objeto de estudo. Para isso, tomaram-se como referenciais

teóricos diferentes investigações semelhantes, como as realizadas por Mcallister; Ortega; Paiva; Rodríguez; Valois; Zilio, a partir das quais estudamos dados da Organização das Nações Unidas e da Espanha.

Nossa pesquisa está dividida em três partes: I) uma primeira sobre o desenvolvimento do paradigma internacional do proibicionismo das drogas; II) uma segunda sobre os efeitos desse paradigma na circulação de drogas na Espanha recentemente; e III) por fim, uma terceira sobre as conclusões, na qual verificamos, com base nos dados encontrados, se a hipótese foi confirmada ou não.

2 O paradigma do proibicionismo das Drogas

Nosso objetivo aqui é verificar como foi desenvolvido o paradigma da proibição das drogas a partir de um panorama internacional de políticas criminais sobre as drogas, que influenciou muito as legislações locais dos países que adotaram em alguma medida e por algum tempo a proibição das drogas. Em nosso caminho, as políticas criminais sobre drogas são conceituadas, em conformidade com professor Paiva, como “o conjunto de políticas criminais destinado a regular a disponibilidade ou proibição da circulação de certas substâncias definidas”¹.

Essa política criminal sobre drogas não é apenas fruto dos debates no âmbito da soberania dos Estados nacionais, mas também sofre uma enorme influência de uma pauta internacionalizada, pois o mercado de drogas legal ou ilegal é transnacional com as cadeias de circulação de drogas divididas entre os países. Tal paradigma internacional de política criminal de drogas é proibicionista e é fundamentado em um sistema de tratados internacionais para o controle das drogas composto globalmente por três convenções da ONU, as Convenções de 1961², 1971³ e 1988⁴.

¹PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Panorama internacional das políticas sobre drogas*. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018.

²ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção única de 1961 sobre entorpecentes*. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

³ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre substâncias psicotrópicas de 1971*. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

⁴ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção da ONU contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988*. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

No entanto, não obstante o atual modelo de proibição tenha sua origem na primeira Convenção de 1961, em verdade podemos verificar antecedentes históricos do modelo de controle de drogas já no início do século XX, quando ocorreram as primeiras iniciativas diplomáticas para controle do comércio de ópio. Um dos primeiros antecedentes históricos do paradigma proibicionista atual ocorreu em 1907, quando Reino Unido, China e Índia assinaram o acordo de dez anos para proibir a exportação de ópio produzido na Índia para a China, bem como para proibirem o cultivo de papoula na China.

O tratado de 1907 foi produto do debate público nas últimas décadas do século XIX que se preocupou com os efeitos do abuso de ópio na China imperial, que foi caracterizado por alguns doutrinários, como Mccallister⁵, como uma das causas de seu colapso em 1912. Para a produção do tratado de 1907, já percebemos a influência da atuação de um agente que será central na diplomacia internacional, como veremos adiante neste capítulo, para o estabelecimento do paradigma proibicionista global: os Estados Unidos.

De fato, segundo o professor e juiz Luíz Carlos Valois, “embora os crescentes sentimentos antiópio na Inglaterra, foram os americanos os principais mobilizadores da sociedade internacional no sentido de adotarem uma postura na direção da proibição”⁶. Em relação ao tratado de 1907, é importante notar que o tratado foi assinado sobre o controle da oferta e não sobre o controle da demanda, característica que marcará o modelo internacional de regulamentação da proibição das drogas daí para a frente.

O próximo grande tratado foi a Convenção Internacional do Ópio de 1912, que foi o primeiro acordo multilateral para a restrição da circulação de drogas que foi inicialmente assinado pela Alemanha, Estados Unidos, China, França, Reino Unido, Itália, Japão, Holanda, Pérsia, Portugal, Rússia e Sião. Na Convenção Internacional do Ópio de 1912, os países se comprometeram a impedir a exportação de ópio para países onde a substância fora proibida, bem como controlar a produção, a importação, o comércio, a distribuição e a exportação de morfina, cocaína e seus respectivos sais.

⁵MCALLISTER, W. B. *Reflections on a century of international drug control*. In: *Governing the global drug wars*. London: LSE Ideas, 2012.

⁶VALOIS, Luíz Carlos. *O direito penal da guerra às Drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Assim, a Convenção Internacional do Ópio de 1912 foi o primeiro documento a estimular os países a controlar o uso de drogas em seus territórios, entrando em vigor em 1919 após a sua incorporação no Tratado de Versalhes e ao sistema da nascente Liga das Nações. No entanto, a Convenção Internacional do Ópio de 1912 não proibiu a circulação de drogas para os locais onde eram permitidas, segundo Paiva, “desde que sejam objeto de regulação sanitária e exclusivamente para fins científicos e medicinais, uma linguagem que se repetiria em convenções futuras”⁷.

Em seguida, temos a Convenção de 1925 com a qual foi criada a Junta Permanente de Controle do Ópio para monitorar importações e exportações de substâncias controladas, colocando o fornecimento de algumas drogas como a maconha sob um regime de controle internacional. Entre as convenções de 1912 e 1925 com algum perfil de regulação e a primeira convenção expressamente proibicionista de 1961, foi desenvolvido o atual paradigma de controle internacional de drogas, a partir do qual foi mudado o que poderia vir a se tornar um modelo regulatório para o arquétipo atual da proibição.

Nessa direção do atual paradigma proibicionista, ainda sob o regime da Liga das Nações, a Convenção de 1931 restringiu a circulação de drogas apenas para as quantidades necessárias para fins médicos e científicos, em clara influência da Convenção Internacional do Ópio de 1912. No mesmo sentido de proibição, a Convenção de 1936⁸ impôs pela primeira vez a obrigação internacional de criminalizar o tráfico, determinando que “é obrigado a promulgar as disposições legislativas necessá-

⁷ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Panorama internacional das políticas sobre drogas. In: *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)*, 2018.

⁸ O artigo segundo da Convenção de 1936 determina a obrigação internacional de criminalizar o tráfico de drogas, estabelecendo que “*cada uma das Altas Partes Contratantes se obriga a decretar as disposições legislativas necessárias para punir severamente e especialmente com penas de prisão ou outras penas privativas de liberdade*, as seguintes crimes: a) A fabricação, transformação, extração em geral, preparo, oferta, posse, oferta de venda, distribuição, compra, venda, corretagem, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação de drogas não conformes ao disposto neste Acordo; b) Participação dolosa nos crimes referidos neste artigo; c) Conspiração para a prática de um dos crimes atrás referidos; d) Tentativas e, nas condições previstas na legislação nacional, atos preparatórios” (tradução nossa) (grifo nosso) (LIGA DAS NAÇÕES. *Convenio para a supressão do tráfico ilícito de drogas nocivas*, Genebra, 26 de junho de 1936. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ilici_drog_noci_gine.pdf. Sítio consultado em 14.01.2022).

as para punir severamente e especialmente com penas de prisão ou outras penas de privação de liberdade”⁹.

Então, em 1961, já sob o regime da Organização das Nações Unidas (ONU), foi aprovada a Convenção Única sobre Entorpecentes ou Convenção de Viena, a primeira das três convenções que são a base normativa da política criminal proibicionista ainda em vigor. A Convenção de Viena representou a consolidação de tratados e convenções anteriores e, com efeito, a própria consolidação do modelo proibicionista. De fato, PAIVA¹⁰, aponta como exemplo a consolidação da limitação do uso de substâncias para fins exclusivamente científicos e médicos.

Ademais, a Convenção de Viena também reproduziu a obrigação de criminalizar comportamentos relacionados ao tráfico de drogas, bem como colocou novas substâncias sob controle internacional, reproduzindo uma extensão de controle iniciado com o Protocolo de Drogas Sintéticas de 1948 ou o Protocolo de Paris¹¹. Por sua vez, consolidando o estado atual do paradigma proibicionista, foram aprovadas as Convenções de 1971 e 1988, que foram firmados no contexto do aumento do consumo nos países centrais (Estados Unidos e Europa), período em que houve inclusive um aumento do consumo de opiáceos na Espanha.

Com fundamento nesse aumento do consumo, considerado muito importante, desde o início da década de 1970 com o Presidente Richard Nixon dos Estados Unidos, houve um planejamento de uma rígida política de proibição do tráfico de drogas pelos Estados Unidos, que refletiu principalmente nas Convenções de 1971 e 1988. De fato, e aqui, recuperamos a importância da influência internacional dos Estados Unidos, para Collins¹², pelo menos até certo ponto, o

⁹LIGA DAS NAÇÕES. *Convenio para a supressão do tráfico ilícito de drogas perigosas*. Genebra, 26 de junho de 1936. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ilici_drog_noci_gine.pdf. Acesso em 14 jan.2022.

¹⁰PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Panorama internacional das políticas sobre drogas. In: *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)*, 2018.

¹¹Na verdade, o controle internacional de drogas não sintéticas como a maconha começa com a anterior Convenção de 1925, mas o controle internacional de drogas sintéticas está mais bem localizado após o chamado Protocolo de Paris de 1948.

¹²COLLINS, J. Development first: multilateralism in the post-“war on drugs” era. In: *After the drug wars*. London: LSE Ideas, 2016.

paradigma proibicionista das políticas nacionais de drogas a partir da década de 1970 não foi uma consequência isolada das Convenções de 1961, 1971 e 1988.

Na verdade, para esta construção, também foram fundamentais as pressões de Estados Unidos em outros países, fazendo com que a política de drogas de órgãos internacionais reguladores, como as agências da ONU, fosse capturada¹³ pela agenda estadunidense essencialmente de proibição e de endurecimento penal. A pressão chegou a tal ponto que o ex-Presidente uruguaio José Mujica, ao ser entrevistado por Johann Hari, afirmou que "os países evitavam regulamentar drogas por causa de dois temores. O primeiro são os Estados Unidos. O segundo é seu próprio povo"¹⁴.

Da mesma forma, ZILIO questiona que "Colômbia, Brasil e México representam a estupidez de uma política criminal bélica determinada pelos Estados Unidos da América. A administração dos EUA, composta por democratas ou republicanos, pressionou as ditaduras latino-americanas para declarar guerra às drogas"¹⁵. Pois, junto com a agenda de política criminal estadunidense, houve a formulação de um endurecimento penal¹⁶ pela política de guerra às drogas, em que a repressão da oferta passou a caracterizar o sucesso ou falência dos Estados com base em indicadores como quantidade de drogas apreendidas, número de presos por tráfico etc.

Um dos resultados dessa combinação entre a agenda estadunidense e o endurecimento criminal é que a política criminal de muitos países estabeleceu em algum tempo ou ainda estabelece um sistema de repressão às drogas inclusive mais punitivo do que previstos em tratados internacionais. Isso,

¹³ Com a captura dos órgãos reguladores internacionais queremos dizer que, para Paiva, por meio da pressão bilateral dos Estados Unidos, órgãos como o JIFE (Junta Internacional de Fiscalização de Drogas) e até mesmo o secretariado da ONU tornaram-se reproduções da política criminal de drogas dos Estados Unidos.

¹⁴ HARI, Johann. *Na fissura: uma histórica do fracasso no combate às drogas*. Tradução de Hermano Brandes de Freiras. Companhia das Letras: São Paulo, 2018.

¹⁵ ZILIO, Jacson Luiz. El derecho penal de las drogas. In: *Revista Crítica Penal y Poder*. Número 3, 2012 (tradução nossa).

¹⁶ Na verdade, não é possível negar a relação entre as questões do narcotráfico e o endurecimento penal, talvez por isso o ex-Presidente José Mujica tenha nos alertado que os países evitam regular as drogas por medo de seu próprio povo.

porque, de acordo com o Paiva¹⁷, muitos países chegaram a determinar a criminalização do uso de drogas para consumo pessoal – como o Brasil ainda faz – numa atitude de muito mais endurecimento penal do que o paradigma proibicionismo internacional, em que não há previsão normativa.

Portanto, é necessário verificar nos dados a realidade de se proibições de drogas e o endurecimento penal resultaram como uma política criminal útil ou inútil em seu objetivo de remover ou pelo menos diminuir a presença de drogas na sociedade. Assim, com o objetivo de fazer essa verificação empírica do resultado prático do paradigma do proibicionismo, investigaremos no próximo capítulo se foi ou não bem-sucedido em remover ou diminuir a presença de drogas na sociedade, a partir do estudo da presença de drogas na Espanha recentemente.

2 Os dados do resultado do paradigma proibicionista

2.1. A problemática das drogas internacionalmente

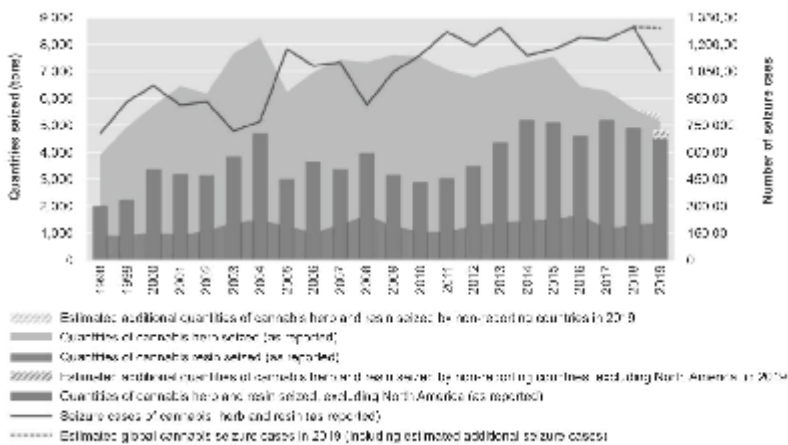
Aproximadamente, 275 milhões de pessoas consumiram drogas em todo o mundo no ano passado, enquanto mais de 36 milhões de pessoas sofreram de transtornos por uso de drogas, de acordo com o Relatório Mundial sobre Drogas da ONU de 2021. As preferências de drogas ilícitas que foram consumidas nos últimos 12 meses no mundo são assim distribuídas: Cannabis, 63,8%; MDMA, 33,0%; cocaína, 29,1%; anfetaminas, 22,1%; LSD, 17,9%; prescrição de opioides, 16,4%; benzodiazepinas, 16,1%; cogumelos mágicos, 14,9%; cetamina, 12,9%; óxido nitroso, 11,9%; conforme Pesquisa Global de Medicamentos de 2019.

Em referência a esses dados mais recentes, nos concentraremos especificamente na cannabis e na cocaína, devido ao seu complexo e perigoso nível organizacional em toda a sua cadeia de produção, logística e oferta. Em relação à cannabis, as quantidades apreendidas foram 44% maior em 2019 do que em 2009 (ver figura 1), fenômeno que é acompanhado de um crescimento sustentável da população consumidora de cannabis, segundo a UNODC, a qual aumentou 18% nos últimos 10 anos (2009-2019).

¹⁷ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Panorama internacional das políticas sobre drogas. In: *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)*, 2018.

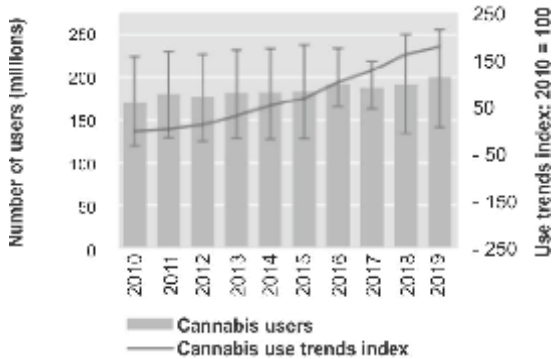
Para aquele cálculo também foi considerado o crescimento demográfico mundial que é avaliado em 10% para o mesmo período de tempo da análise (ver figura 2). Da mesma forma, o componente psicoativo da cannabis teve um aumento aproximado de 6% para 11% na Europa, entre os anos de 2002 e 2019, com o qual se prevê um aumento significativo de transtornos mentais em dependentes químicos nos próximos anos.

Figura 1: Apreensões globais de cannabis: 1998-2019



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Figura 2: tendência mundial de número de personas que usam cannabis e informação de tendências do uso de cannabis, 2010-2019.



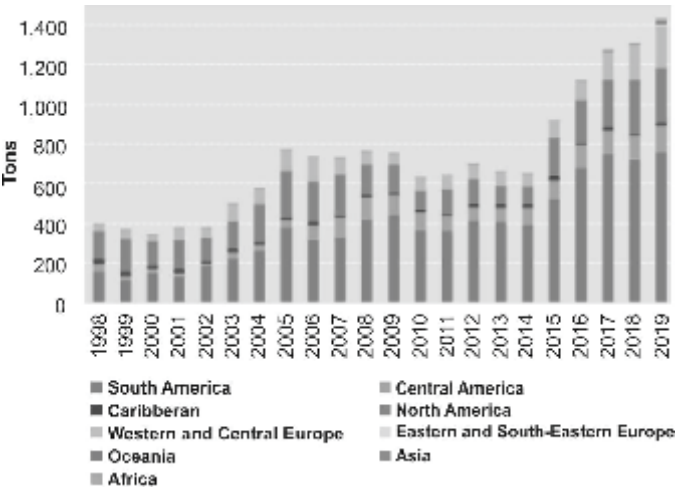
Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Em relação à cocaína, sua produção mundial dobrou entre 2014 e 2019 para atingir uma estimativa de 1.784 toneladas, de acordo com os números da UNODC (2019), com 100% de pureza. Essa última porcentagem gera preocupação, porque abre a porta para que intermediários e vendedores finais possam aumentar a quantidade do produto (cocaína), aderindo componentes como talco, farinha de trigo, entre outros, para aumentar sua matéria-prima e, portanto, elevar seus retornos econômicos, com o que o dano colateral se torna mais grave devido ao grande número de elementos nocivos que a cocaína já contém.

Do outro lado da moeda, se encontram as apreensões realizadas durante o ano de 2019, como resultado de ações de carácter preventivo se produziu um recorde ao impedir a entrada de 1.436 toneladas no mercado ilícito, segundo UNODC (2019). Essas apreensões se concentraram em áreas produtoras como América do Sul e Central e em áreas de destino como América do Norte e Europa (ver figura 3).

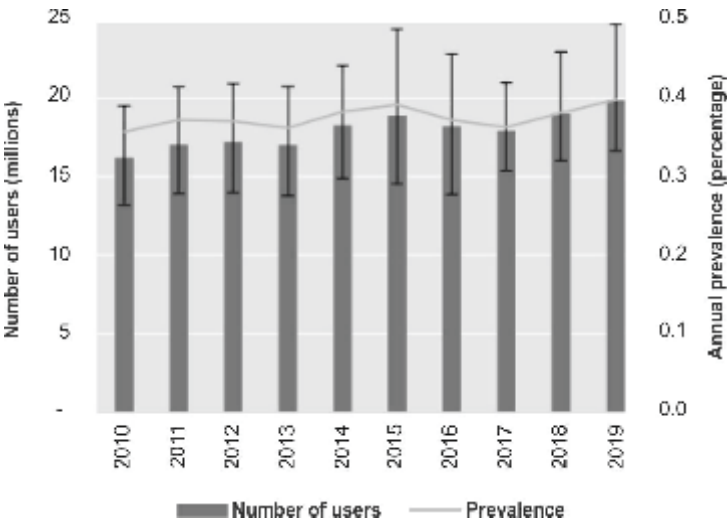
Não obstante esse trabalho árduo, entretanto, a quantidade de cocaína que não pôde ser recuperada ainda é muito elevada, ao que devemos somar as cifras ocultas que na análise desse crime têm patamares muito altos, o que nos dá como resultado uma ampla oferta do narcótico. Tal oferta gerou uma grande procura que manteve uma tendência ascendente desde 2010 (Ver figura 4). Segundo UNODC (2019), aproximadamente 20 milhões de pessoas de todo o mundo usaram cocaína no último ano e seu georreferenciamento de consumo é localizado na Oceania, nos Estados Unidos e na Europa Ocidental.

Figura 3: quantidade global de cocaína apreendida por região, 1998-2019



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Figura 4: estimativa global de pessoas que usam cocaína e la prevalencia do uso de cocaína.



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

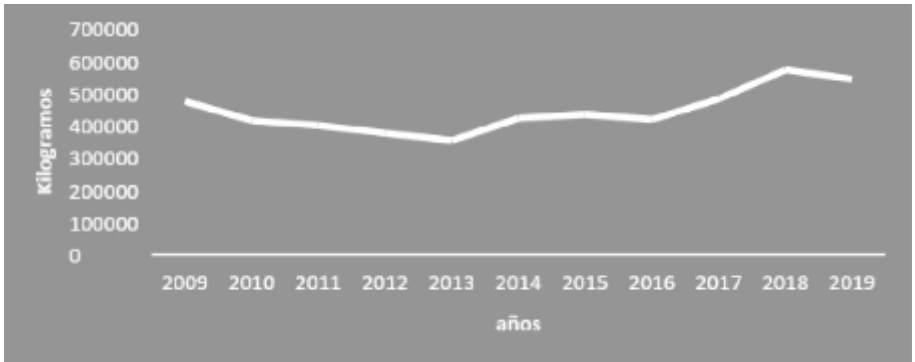
2.2 O Problema das drogas na Espanha

O território espanhol ocupa uma localização geoestratégica para o tráfico de drogas, que o posiciona como um país-chave para se tornar o destinatário ideal no velho continente, além de possuir canais de distribuição perfeitos e fluidos, principalmente no transporte por rodovia, com caminhões que transportam todo tipo de produtos perecíveis e não perecíveis por toda Europa. Conquanto o haxixe (em primeiro lugar) e a cocaína (em segundo lugar) continuem sendo as mais traficadas, a maconha vem ganhando terreno ano após ano, segundo fontes da Polícia Nacional e da Guarda Civil (El País, 2021).

2.2.1 *Cannabis*

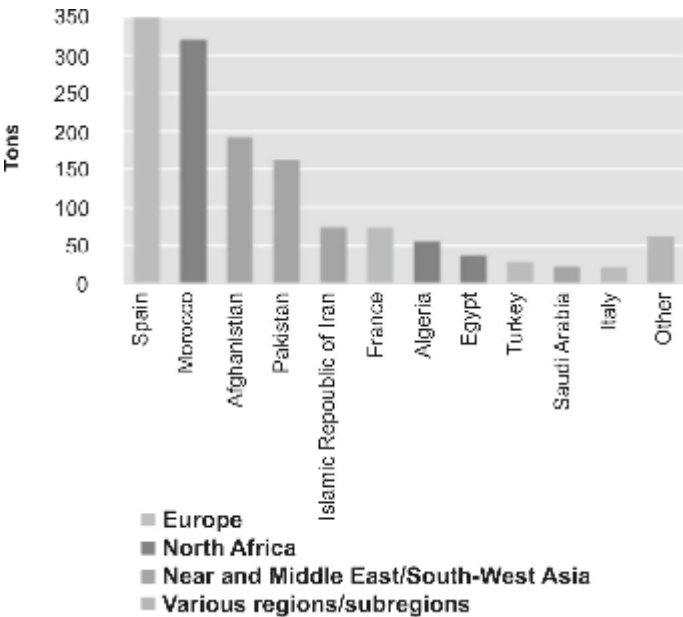
A cannabis tem apreensões que mantém números estáveis no período 2009-2019 (ver figura 5). Contudo, podemos verificar um novo aumento que tem ocorrido no tráfico e no cultivo de maconha a partir de 2016. Essa droga é cultivada em 13 das 17 Comunidades Autônomas espanholas, segundo dados do Centro de Inteligência contra o Terrorismo e o Crime Organizado (CITCO), o que evidencia principalmente a ascensão do que já era uma tendência: o aumento espetacular das plantações de maconha (tanto em ambientes fechados quanto ao ar livre). A resina de cannabis é outro grande desafio, porque 34% da produção mundial foi apreendida em território espanhol em 2019 (ver Figura 6).

Figura 5: apreensões de cannabis e seus derivados na Espanha



Fonte: dados de World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales N° E.21.XI.8) em elaboração própria

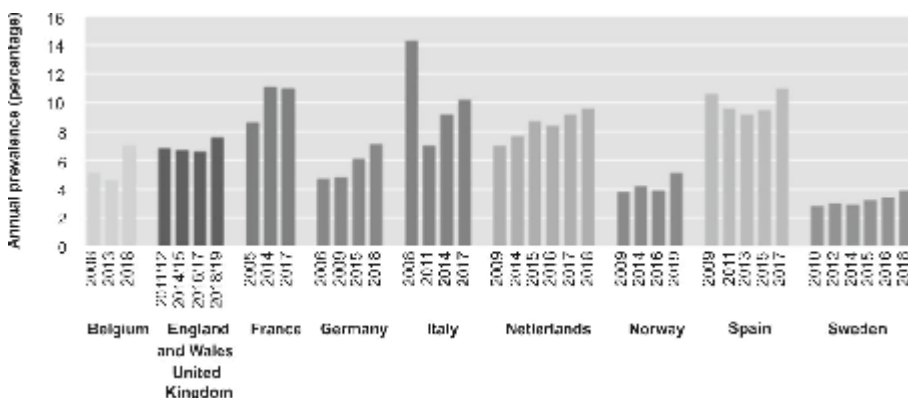
Figura 6: apreensões de resina de cannabis de acordo com os relatórios dos países em 2019



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)

Depois de fazer um mapeamento geral do problema das apreensões, devemos analisar a situação interna do consumo, que de acordo com sua prevalência na Europa Ocidental oscilou entre 6% e quase 8% durante a última década (2010-2019). Nesse contexto, a Espanha tem uma tendência sustentada de consumo com números semelhantes aos da França, que a mantém na posição de tendência número 1 (ver figura 7).

Figura 7: tendência de uso de cannabis, países seleccionados na Europa Ocidental e Central.



Fonte: UNODC e EMCDDA, “Statistical Bulletin 2020: prevalence and patterns of drug use in the general population”

2.2.2 Cocaína

As apreensões indicam que o tráfico de cocaína para e através da Europa vem aumentando. A quantidade total de cocaína apreendida na região em 2019 aumentou mais de 20% e a situação particular da Espanha é preocupante devido à sua exposição como país de trânsito (ver figura 8) e destino do alcalóide (ver figura 9), razão pela qual está no *top dez* dos países que apreenderam a maior quantidade de cocaína (ver Figura 10).

Figura 8: principais países identificados como lugar de origem e trânsito de carregamentos de droga, 2015-2019



A darker shade indicates a larger amount of cocaine being seized with the country as source/transit of the shipment, according to the information on trafficking routes provided by Member States in the annual report questionnaire, individual drug seizures and other official documents, over the 2015-2019 period.

The source may not reflect the country in which the substance was produced. The main countries mentioned as source or transit were identified on the basis of both the number of times they were identified by Member States as departure/transit of seizures, and the annual average amount that these seizures represent during the 2015-2019 period.

Fonte: UNODC

Figura 9: principais países identificados como lugar de origem e destino de carregamentos de droga, 2015-2019.

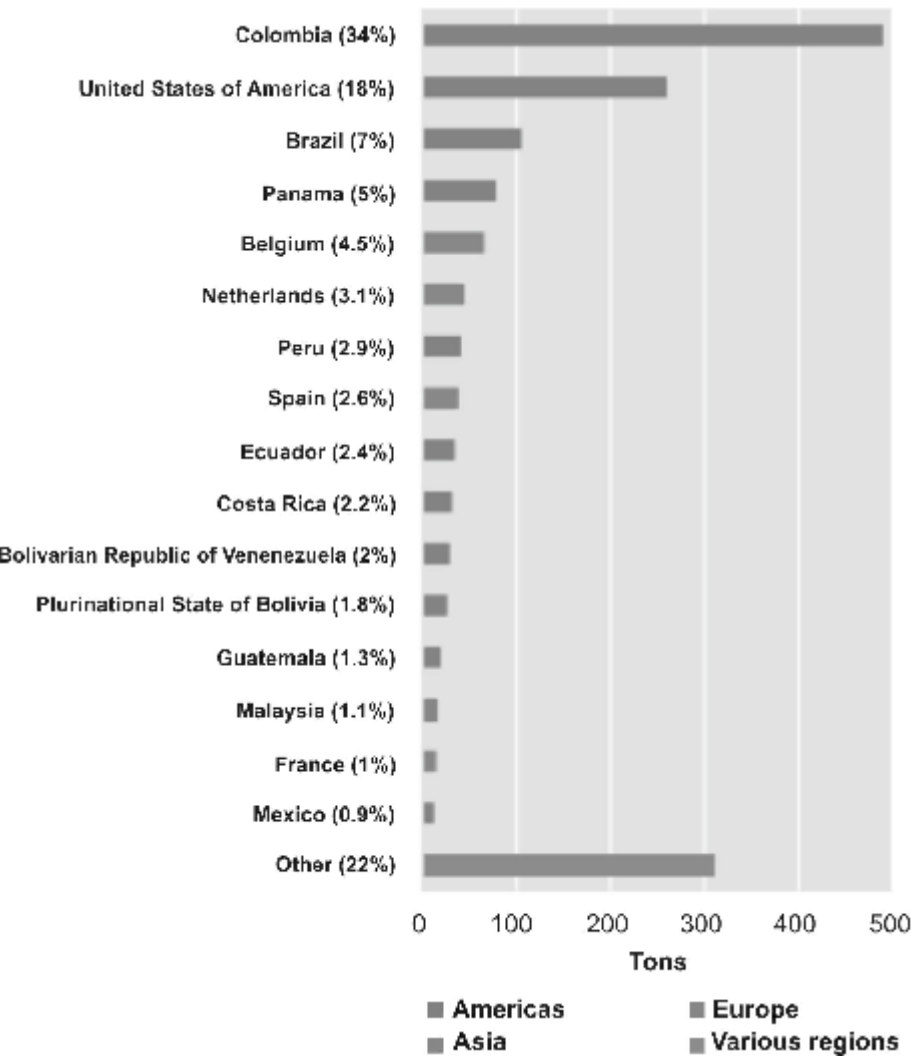


A darker shade indicates a larger amount of cocaine being seized with the country as source/destination of the shipment, according to the information on trafficking routes provided by Member States in the annual report questionnaire, individual drug seizures and other official documents, over the 2015-2019 period.

The source may not reflect the country in which the substance was produced. The main countries mentioned as source or destination were identified on the basis of both the number of times they were identified by other Member States as departure or destination of seizures, and the annual average amount that these seizures represent during the 2015-2019 period.

Fonte: UNODC

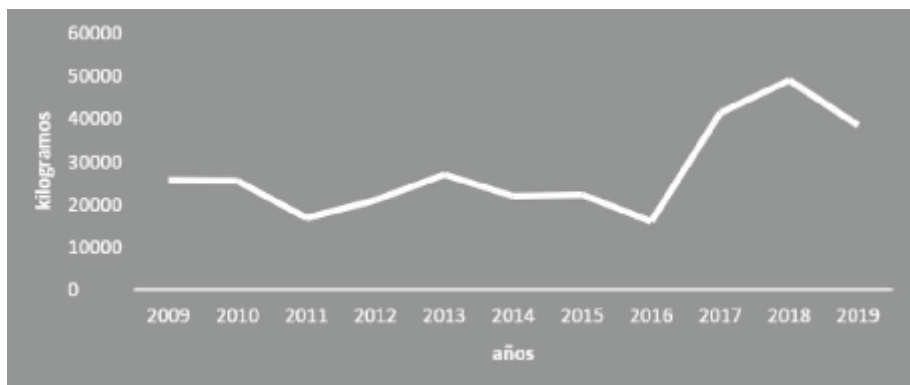
Figura 10: países com mais apreensões de cocaína mundialmente.



Fonte: UNODC

Em geral, podemos dizer que a Espanha tem um número elevado de apreensões (ver figura 11), mas, de certa forma, isso é contraproducente, porque revela que há cada vez mais pontos de acesso às drogas e novas formas de perpetrar o crime.

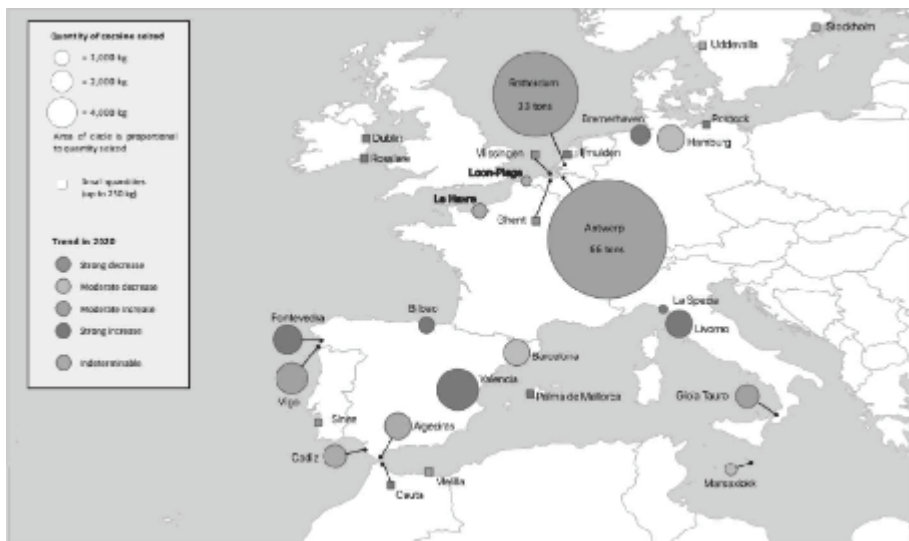
Figura 11: apreensões de cocaína e seus derivados na Espanha



Fonte: Dados da ONU em elaboração própria.

As facilidades oferecidas pelo transporte marítimo para o tráfico de cocaína provocam um foco de insegurança nos portos europeus e, por consequência, nos espanhóis, porque, no ano de 2020, houve um aumento de 18% nas apreensões nos diferentes portos da Europa Ocidental e Central, conforme a UNODC (2019). Em território espanhol, os portos mais atrativos para o desenvolvimento dessa atividade ilícita são: Algeciras, Barcelona, Bilbao, Cádiz, Mallorca, Pontevedra, Tenerife, Valência e Vigo (ver figura 12).

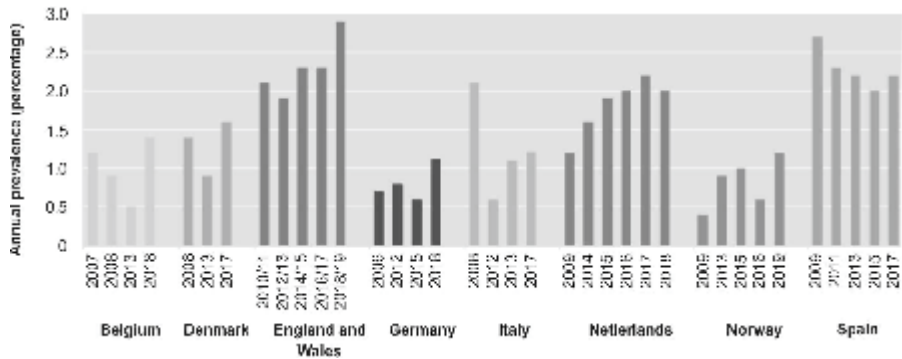
Figura 12: portos europeus de origem, destino e trânsito de cocaína.



Fonte: UNODC

A prevalência do consumo de cocaína, no ano passado na Europa Ocidental, esteve em 0,9% UNODC (2019) e a Espanha mostra especificamente uma tendência reducionista no consumo dessa droga no período 2009-2017. Por isso, aprioristicamente, poderíamos classificá-lo como uma conquista na luta contra a droga do país ibérico. No entanto, se fizermos uma análise comparativa com o resto dos países europeus, percebemos que, não obstante os números reduzidos que a Espanha mantém, a relação com seus vizinhos é numericamente semelhante, e só está abaixo da Inglaterra e do País de Gales. Portanto, apesar de sua tendência de queda, o consumo na Espanha ainda é muito alta (ver Figura 13).

Figura 13: uso de cocaína nos países da Europa Ocidental e Central.

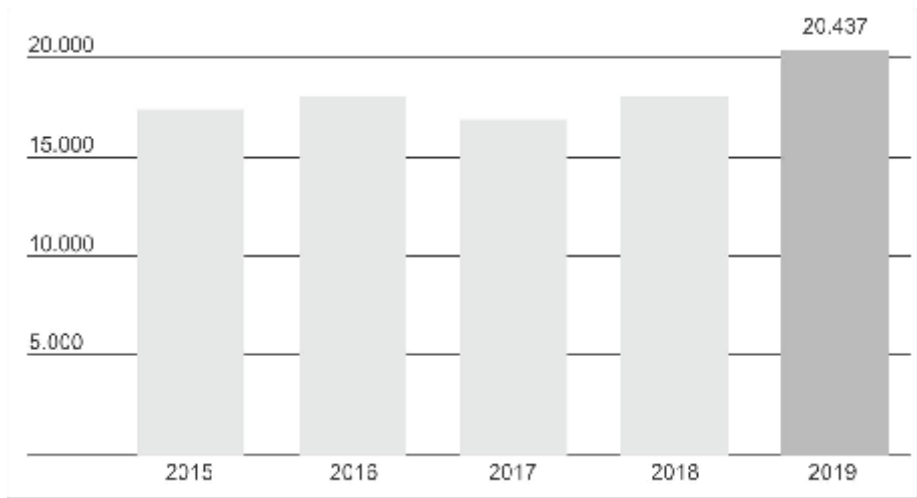


Fonte: UNODC

2.2.3 Número de presos

É significativo o aumento das prisões, elas cresceram 12% com relação a 2018 (ver figura 14), principalmente de: I) marroquinos, dedicados principalmente ao tráfico de haxixe e em consequência das ações policiais realizadas no Campo de Gibraltar e áreas adjacentes; II) colombianos, cuja principal atividade criminosa é o tráfico de cocaína; e III) albaneses, que se quadruplicaram, dedicados, entre outras atividades ilícitas, ao tráfico de maconha, segundo Relatório CITCO.

Figura 14: evolução das detenções na Espanha por narcotráfico



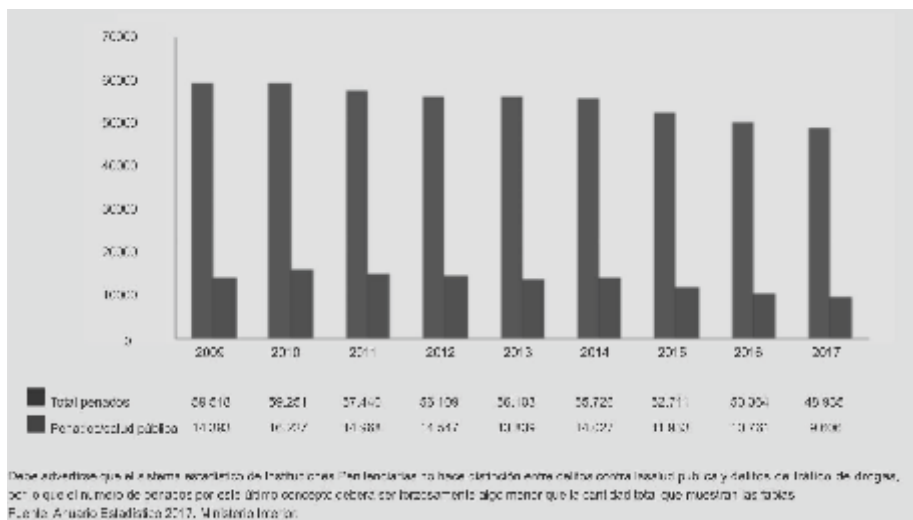
Fonte: Ministério do Interior

Figura 15: evolução das detenções na Espanha por narcotráfico por nacionalidade.

	Detenciones 2016	Detenciones 2017	% variación 2016-2017
Detenciones nacionales	14.113	13.122	-7,02
Detenciones extranjeros	7.066	7.300	3,31
Detenciones sin constar nacionalidad	7.066	7.300	3,31
	1	0	-100
Total	21.180	20.422	-3.58

Fonte: Ministério do Interior

Figura 16: número de presos por delitos contra la saúde pública em relação ao total de presos na Espanha, 2009-2017



Fonte: Anuário estatístico do Ministério do Interior

3 Conclusões

O objetivo deste trabalho é estudar o desenvolvimento do paradigma proibicionista internacional em relação ao tráfico de drogas e qual foi seu resultado relativo ao cumprimento de seus objetivos de retirada ou diminuição da presença de drogas na sociedade. Assim, nossa hipótese se concentra na seguinte afirmação o paradigma do proibicionismo internacional das drogas não foi bem-sucedido em sua tentativa e, portanto, é necessário estabelecer modelos alternativos de redução de danos dentro dos quais uma eventual legalização.

Pretendeu-se investigar, a partir da análise das regulamentações internacionais que são fundamento para o paradigma de proibição de drogas, a avaliação dos dados de presença de drogas na sociedade espanhola nos últimos dez anos. Devido à delimitação do tema, analisamos duas substâncias que têm mantido um crescimento sustentado em nível

internacional e no território espanhol durante o período de análise, que são a cocaína e a cannabis.

Como foi observado no capítulo um, há uma tendência internacional de carácter proibitivo em matéria de tráfico e de consumo de droga, em consequência de vários tratados e convenções assinados por diversos países, formando uma coalizão internacional com o objetivo de eliminar ou, pelo menos, reduzir o uso e o tráfico de drogas em escala global.

Verificando os dados da presença de drogas na sociedade expostos no capítulo dois, observamos que o objetivo do paradigma proibicionista de remover ou, pelo menos, reduzir a oferta e a demanda de drogas na sociedade espanhola não foi bem-sucedido. Em verdade, foi totalmente contraproducente e, como vemos nos dados estatísticos, tanto a produção, quanto os consumidores e as apreensões mantêm uma tendência ascendente. Portanto, nossa hipótese inicial foi confirmada.

Tanto na Europa em geral como na Espanha especificamente, verifica-se que existem uma tendência maior de repressão aos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Então, existe um aumento das apreensões de drogas e prisões por tráfico de drogas de questionável resultado, haja vista que "a política criminal atual (mundial) de drogas afronta um grande princípio político-dogmático: a adequação da criminalização como método útil para proteger o bem jurídico-penal e controlar determinado problema social"¹⁸.

Assim, há um aumento nas apreensões de drogas, em consumidores e em detentos por crimes relacionados ao objeto de estudo, com a criminalização dessas pessoas (tanto consumidores como traficantes). No entanto, o proibicionismo impede políticas de controle sobre drogas, tanto sobre a qualidade delas quanto sobre consumo que se faz delas.

De tal sorte, deve-se pensar na coerência da permanência ou da ruptura do sistema ainda internacionalmente dominante do proibicionismo. A partir da observação dos dados sobre o objetivo da política criminal de proibição das drogas e de seu resultado na sociedade, se induz a pensar na necessidade de romper com o proibicionismo dominante para tender a uma legislação regulacionista da matéria exposta.

¹⁸ ZILIO, Jacson Luiz. El Derecho penal de las drogas. In: *Revista Crítica Penal y Poder*. N.3, 2012 (tradução nossa).

Em tal caminho, conquanto alguns países tenham aumentado a política criminal de repressão, outros já consideram que é melhor mudar o atual modelo proibicionista internacional no sentido da regulação de, pelo menos, alguns dos mercados de drogas, como o da maconha, em uma política de redução de danos.

A partir disso, vale analisar as consequências que estão tendo para esses países o fato de haverem legalizado alguns dos mercados de drogas, ainda tendo em conta o mundo globalizado em que vivemos, embora isso já seja tema para outro trabalho de pesquisa.

Em suma, os dados extraídos e expostos nos levam a pensar que uma regulação do mercado de drogas poderia ter consequências globais e locais mais positivas quanto à diminuição da circulação de drogas, enquanto o paradigma proibicionista evidentemente já fracassou.

Afinal, como bem ressaltou o Min. Barroso, em seu voto sobre a descriminalização de drogas no Brasil, “insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. É preciso ceder aos fatos. As certezas equivocadas foram bem retratadas em um belo poema de Bertold Brecht, intitulado ‘Louvor à dúvida’: ‘não creem nos fatos, creem em si mesmos. Diante da realidade, são os fatos que devem neles acreditar’”¹⁹.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Repercussão Geral 506 da Suprema Corte do Brasil*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Em juízo desde 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 28 fev. .2022.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Repercussão Geral 506 da Suprema Corte do Brasil*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Em juízo desde 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 28 fev. 2022.

COLLINS, J. Development first: multilateralism in the post-“war on drugs” era. In: *After the drug wars*. London: LSE Ideas, 2016.

ESPANHA. Ministerio del Interior, Secretaria General Técnica. *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*. ISSN 1988-8619, 2020. Disponível em: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2020_126150729_VF.pdf/cffdab5c-9f67-48e8-b89b-5e3df45866cf. Acesso em: 27 fev. 2022.

ESPANHA. *Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones*. Informe 2020. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España. Madrid: Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas; p.260, 2020.

ESPANHA. *Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones*. Informe 2021. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España. Madrid: Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas; p.243, 2021.

HARI, Johann. *Na fissura: uma histórica do fracasso no combate às drogas*. Tradução de Hermano Brandes de Freiras. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LIGA DAS NAÇÕES. *Convênio para la supressão do tráfico ilícito de drogas nocivas*. Genebra, 26 de junho de 1936. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ili_ci_drog_noci_gine.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

MCALLISTER, W. B. Reflections on a century of international drug control. In: *Governing the global drug wars*. London: LSE Ideas, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção única de 1961 sobre entorpecentes*. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971*. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção da ONU contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988*. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)*. Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf. Acesso em: 27 fev. 2022.

ORTEGA, P. España Territorio Narco. In: *El país*. 2021. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2021/espana-territorio-narco/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Panorama internacional das políticas sobre drogas. In: *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)*, 2018.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.. *Derecho penal español: parte especial*. 7. ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2015.

RODRÍGUEZ Jaime Rodrigo. *Delito de tráfico de drogas: el Subtipo Atenuando del artículo 268.2*. Universidad Comillas Pontificia, Facultad de Derecho.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Lei antidrogas comentada: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VALOIS, Luíz Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

WINSTOCK AR; *et al.* *Global Drug Survey (GDS)*. Key Findings Report; 2021.

ZILIO, Jacson Luiz. El derecho penal de las drogas. *In: Revista Crítica Penal y Poder*. Número 3, 2012.



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

Câmara de Mediação e Negociação de Conflitos Coletivos

Presidente: Procurador de Justiça Francisco Paula Ferreira Lavor

Coordenadora: Promotora de Justiça Liana Espínola Pereira de Carvalho

Membros: Promotor de Justiça Carlos Davi Lopes Correia Lima

Promotora de Justiça Fabiana Maria Lobo da Silva

Promotora de Justiça Danielle Lucena da Costa Rocha

Promotora de Justiça Fábila Cristina Dantas

Promotora de Justiça Ricardo Alex Almeida Lins

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

EFEITOS PENAIS DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM AÇÃO FISCAL

Valério Moreira de Santana

Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar as consequências penais ao instituto do depósito do montante integral do tributo, que se trata de causa legal de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com base na legislação nacional relacionada ao parcelamento e pagamento de tributos, em precedentes das Cortes Superiores e premissas e princípios basilares das Ciências Penais. Conclui-se que não podem ser negados efeitos penais ao depósito do montante integral, seja na análise da materialidade da conduta, seja na análise do dolo, uma vez que a estruturação do Direito Penal exige exame rigoroso dos elementos constituidores da figura delitiva, os quais são afetados pelas normas e estruturas do Direito Tributário na hipótese dos crimes tributários.

Palavras-Chave: crime tributário; efeitos penais depósito; exigibilidade tributo; perseguição penal.

Abstract

The present study aims to analyze the criminal consequences of the full deposit of the tax amount, a legal cause for the suspension of the enforceability of tax credits, based on national legislation related to tax installment plans and payments, precedents from Superior Courts, and foundational premises and principles of Criminal Sciences. It concludes that the full deposit of the tax amount can't be denied criminal effects, whether in a analysis of the materiality of the conduct or the assessment of intent, as the structure of Criminal Law requires a rigorous examination of the constituent elements of the offense, which are influenced by the rules and frameworks of Tax Law in cases in involving tax crimes.

Keyword: tax crime; deposit criminal effects; tax liability; criminal prosecution.

1 Introdução

Nada é mais certo neste mundo do que a morte e os impostos. O conhecido ditado popular foi reproduzido por Benjamin Franklin em carta datada de 1789 destinada a Jean-Baptiste Leroy.

De fato, a cobrança e o recolhimento de tributos constituem atividades intrínsecas e indissociáveis do Estado, materializadas por meio de exercício de poder estatal em face daqueles que se inserem em seu território. Especificamente no Brasil, os valores recolhidos a título de tributo, por representarem espécie de receita pública, são destinados ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas pelas entidades estatais, nos termos do art. 9º da Lei Federal nº 4.320/1964.

Não se pode negar a importância da atividade tributária para manutenção do Estado e, em razão dessa relevância, o Poder Constituinte optou por elevar condutas fraudulentas, destinadas à supressão ou redução do tributo, a espécie de ilícito penal.

Foram editadas leis destinadas a coibir práticas delitivas tributárias, com previsão de condutas típicas, antijurídicas e ilícitas; e, no contraponto da pretensão punitiva estatal, outras diversas leis foram editadas para o fim de se fomentar a arrecadação dos valores tributários devidos em razão da prática delitiva, fazendo refletir no processo penal situações ocorridas na esfera fiscal.

No bojo das leis benéficas, vieram à tona dispositivos a prever a extinção da punibilidade penal por decorrência do pagamento do tributo em sede fiscal. Tal previsão, contudo, faz surgir celeuma jurídica pertinente: somente o pagamento do tributo constitui circunstância apta a gerar efeitos na persecução penal?

E, ingressando tema do presente trabalho, quais seriam os efeitos penais do depósito do montante integral do valor do tributo? Teria potencialidade de afastar a persecução penal? Poder-se-ia conferir efeito penal similar ou diverso daquele conferido ao pagamento do tributo?

2 Tributo, crédito tributário e cobrança do valor devido

Apesar da incerteza de quando alvoreceu a figura do Estado, hodiernamente não há dúvidas de que este se trata de pessoa jurídica, isto

é, de sujeito de direitos e deveres, formado por elementos caracterizadores próprios (povo, território e governo)¹. Aponta José Geraldo Brito Filomeno ainda elemento final para configuração do Estado²: a consecução do bem comum. Conforme o autor³:

Desde logo se pode constatar que a existência da sociedade política com território e população definidos, governo soberano e normas comportamentais não se justifica como um fim em si mesma, mas, sim, para que se alcance o bem-estar da mesma população.

Ocorre que o alcance da nobre finalidade estatal depende do dispêndio de recursos financeiros, o que, por sua vez sua devida captação. Em um ciclo retroalimentado pela necessidade de custear sua própria sobrevivência e a de se alcançar sua finalidade existencial, o Estado assume o exercício da atividade financeira, destacando-se a figura do tributo.

Ensina Tathiane Piscitelli⁴:

O poder de tributar é fundamental para a existência o Estado tal qual conhecemos. A receita tributária, objeto de intensa disputa de poder ao longo da história, é o elemento financeiro central que viabiliza a existência do Estado, do ponto de vista material, mas, também, e na mesma medida, permite a concretização dos valores e objetivos eleitos como fundamentais por esse mesmo Estado.

¹MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 83. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553610020/pageid/4>.

²PINTO, Kleber Couto. *Curso de teoria geral do estado: fundamento do direito constitucional positivo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480616/>

³BRITO, Filomeno José. G. *Teoria geral do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986858/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

⁴PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 13. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022728/>.

Conforme Leandro Paulsen⁵ “resta clara a concepção da tributação como instrumento da sociedade quando são elencados os direitos fundamentais e sociais e estruturado o Estado para que tenha instituições capazes de proclamar, promover e assegurar tais direitos”. Ensina esse autor que “a tributação, em Estados democráticos e sociais, é instrumento da sociedade para a consecução dos seus próprios objetivos”.

Em nossa legislação, o Código Tributário Nacional⁶ estabelece que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (artigo 3º).

Como se vê, é a lei que institui o tributo, estabelecendo sua hipótese de incidência, isto é, a previsão abstrata da situação jurídica a que atribui efeito jurídico de gerar a obrigação de pagar⁷. Instituído o tributo, possibilita-se a ocorrência do fato gerador, conceituado no art. 116 do Código Tributário Nacional, como situação de fato (momento em que se verificam as circunstâncias materiais necessárias à produção dos efeitos que normalmente lhe são próprios) e como situação jurídica (momento em que definitivamente constituída nos termos do direito aplicável).

Nota-se que a hipótese de incidência se refere à previsão legal e abstrata das causas de incidência do tributo; o fato gerador, à situação concreta, isto é, à conduta praticada pelo agente, que fez incidir a norma abstrata, gerando obrigação de pagar o tributo.

Com o fato gerador nasce a obrigação tributária, mas o pagamento do tributo somente se mostra exigível após a constituição do crédito tributário. Conforme Hugo de Brito Machado⁸:

⁵PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. p. 25. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616282/>.

⁶BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm.

⁷PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. p. 224. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616282/>.

⁸MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Pág. 127. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020717/>.

(...) diversamente do que se dá no Direito Privado, no âmbito do Código Tributário Nacional o vínculo obrigacional recebe dois nomes diferentes, a depender do momento em que é considerado e do grau de formalização a ele atribuído.

Diante da ocorrência, no mundo fenomênico, dos fatos descritos na norma jurídica tributária, a ela *incide*, o que significa que colore ou carimba esses fatos, tornando-os “geradores” de direitos e obrigações, vale dizer, de uma relação no âmbito da qual alguém pode *exigir* o cumprimento da consequência prevista na norma, e outra pessoa é obrigada ao cumprimento dessa consequência. Surge, assim, da ocorrência do fato, e da incidência da norma tributária sobre ele, a *obrigação tributária*. Essa obrigação, depois de liquidada e acertada, adquire uma roupagem formal própria, que lhe atribui exigibilidade, passando a ser chamada de *crédito tributário*.

O crédito tributário, por sua vez, constitui-se pelo lançamento, nos termos preconizados pelo art. 142 do Código Tributário Nacional, que define esse instituto como procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

A relevância da figura do lançamento se evidencia inclusive pelo enunciado nº 24 da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

A análise cronológica das circunstâncias atinentes ao surgimento da obrigação e ao pagamento do tributo, portanto, revela que: (a) inicialmente, a lei institui o tributo e prevê sua hipótese de incidência; (b) após, o agente pratica o fato gerador, de forma a ensejar o nascimento da obrigação tributária; (c) na sequência, a Administração Pública efetua o lançamento, constituindo o crédito tributário de forma definitiva e o tornando exigível; (d) após a constituição definitiva do crédito tributário, compete ao responsável efetuar o pagamento do tributo, já que exigível.

Observa-se que a conduta com relevância penal-tributária tende a se inserir na primeira etapa da caminhada da relação tributária, isto é, no nascedouro da obrigação tributária, circunstância na qual o agente adota de artifícios para evitar a constatação do (real) crédito tributário a ser lançado de forma definitiva.

O não pagamento do tributo após o lançamento definitivo do crédito tributário autoriza a adoção, por parte da Administração Pública, de medidas coercitivas a acarretar o respectivo adimplemento.

Persistente o inadimplemento, possibilita-se à Administração Pública a cobrança administrativa do tributo, com destaque à inscrição em dívida ativa, ou ainda a cobrança judicial da dívida em determinados casos.

Sobre o tema, ensina Hugo de Brito Machado⁹:

Após a conclusão de um processo administrativo de controle do lançamento, caso seja mantido, no todo ou em parte, o crédito tributário, este se considera, nos termos do CTN, “definitivamente constituído”. Deve ser feita, então, a chamada cobrança amigável, depois da qual, caso não haja sua quitação, a quantia devida deve ser inscrita em dívida ativa e executada judicialmente.

No bojo das medidas de cobrança do tributo, a demanda judicial assume feição de interesse na presente análise.

A cobrança judicial do tributo ocorre no âmbito da execução fiscal, regulada na esfera federal pela Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), a qual estabelece em seu artigo 16 que o executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do depósito, da juntada da prova de fiança bancária ou do seguro garantia ou da intimação da penhora.

Já o § 1º do artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais dispõe que “Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a

⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. P. 408. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020717/>.

execução”. Nota-se que o manejo da ação de embargos à execução fiscal, isto é, o manejo de medida judicial destinada a contestar a cobrança judicial do tributo, exige a garantia do juízo, que, na visão do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de requisito de admissibilidade e de desenvolvimento válido dos embargos¹⁰.

O Código Tributário Nacional, por sua vez, elenca em seu artigo 151 causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a qual protege, temporariamente, o devedor do tributo de atos de cobrança da autoridade administrativa¹¹.

Dentre tais causas, encontramos no inciso II desse artigo “o depósito do seu montante integral”.

Vê-se que o depósito do montante integral do valor devido, em sede de embargos à execução fiscal, além de constituir um dos requisitos de admissibilidade da ação (art. 16, inciso I, da Lei de Execução Fiscal), também se refere a uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inciso II, do CTN).

Cumprе destacar que o depósito parcial em sede de execução fiscal não satisfaz a exigência do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Realizada garantia do juízo, processam-se os embargos à execução que visam contestar a própria cobrança judicial. Ao fim da demanda, se a execução fiscal for julgada em favor da Fazenda Pública, reconhecendo-se a dívida tributária, a garantia reveste-se em benefício do Estado e é utilizada para adimplemento do débito, isto é, o depósito é convertido em renda, nos termos do art. 156, inciso VI, do Código Tributário Nacional, que elenca uma das hipóteses de extinção do crédito tributário.

Não somente nos embargos à execução fiscal pode o devedor contestar o débito.

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1801603/SE*. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2021, DJe 31/08/2021.

¹¹AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 159. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592993/>.

Por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, alberga-se ao devedor do tributo a faculdade de manejar ação judicial para fins de buscar anulação do ato administrativo que efetou o lançamento do crédito tributário ou ainda manifestação jurisdicional a reconhecer a inocorrência do fato gerador, dentre outras possibilidades.

Em quaisquer das demandas judiciais que visam discutir a dívida tributária pode o devedor efetuar o depósito do montante integral, a fim de se aplicar a regra prevista no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, para afastar a exigibilidade do crédito tributário.

E, nessas demandas judiciais – nas quais houve depósito do montante integral do débito em discussão –, caso a Fazenda Pública logre êxito, o depósito é convertido em renda e utilizado para adimplemento do débito, nos termos do art. 156, inciso VI, do Código Tributário Nacional.

Tem-se, portanto, que o depósito do montante integral em demanda judicial garante o adimplemento do débito, caso este venha a ser reconhecido em sede jurisdicional, e é utilizado para extinguir o crédito tributário, seja no âmbito da cobrança do tributo em execução fiscal, seja no âmbito da discussão da legalidade do crédito ou da existência da obrigação tributária em ação fiscal diversa.

3 Leis tributárias sobre o parcelamento fiscal e o pagamento do tributo com seus reflexos no âmbito penal

Como visto alhures, a cobrança do tributo depende da constituição definitiva do crédito. Há hipóteses nas quais não há a adequada constituição definitiva do crédito tributário devido a condutas fraudulentas do contribuinte, destinadas a suprimir ou reduzir o respectivo valor. Nestes casos, verifica-se a ocorrência de ilícito penal.

A fraude a acarretar a supressão ou a redução do pagamento do tributo se trata de conduta a ser reprimida, em vista da importância da temática ao próprio Estado e da estruturação do ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, identificam-se em nosso ordenamento jurídico diversas leis destinadas a efetivar a recuperação do valor sonegado, ainda que em detrimento do sancionamento penal.

Nessa linha, a Lei nº 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, estabelecia na redação original de seu art. 14 a extinção da punibilidade do agente que promovesse o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia.

Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. (Revogado pela Lei nº 8.383, de 30.12.1991).

O dispositivo estabelecia política criminal marcada por forte caráter arrecadatório (certamente devido à relevância da efetiva arrecadação tributária aos cofres estatais). Não obstante, esse artigo foi revogado em 1991, por intermédio da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

No ano de 1995, a previsão de extinção da punibilidade de delitos tributários pelo pagamento do tributo voltou a vigorar, por intermédio do art. 34 da Lei nº 9.249/1995.

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

A partir do ano 2000, foram instituídos programas de recuperação fiscal que passaram a prever a possibilidade de suspensão da pretensão punitiva estatal em relação a delitos tributários na hipótese de parcelamento da dívida.

Anota-se que o parcelamento, nos termos do art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, constitui instituto a acarretar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, assim como o depósito do montante integral do valor devido. O parcelamento, então, passou a possuir reflexos penais por expressa previsão da legislação tributária.

Assim, foi instituído o Programa de Recuperação Fiscal, com a finalidade de se promover a regularização dos créditos da União, possibilitando o parcelamento da dívida, por meio da Lei nº 9.964/2000. Essa Lei passou a

disciplinar a suspensão da pretensão punitiva estatal em relação a delitos tributários durante o período de parcelamento da dívida, bem como a extinção da punibilidade dos referidos crimes com o pagamento integral da dívida.

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

(...)

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

No ano de 2003, sobreveio nova legislação acerca do parcelamento de débitos fiscais com a Lei nº 10.684/2003, a qual passou a prever a suspensão da pretensão punitiva estatal em relação aos crimes tributários durante o período de parcelamento do débito, sem a limitação temporal relacionada ao recebimento da denúncia. Também possibilitou a extinção da punibilidade no caso do pagamento integral do tributo.

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

(...)

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

No ano de 2009, nova legislação acerca de parcelamento de débitos tributários foi editada: a Lei nº 11.941/2009, a qual também previu a suspensão da pretensão punitiva estatal relacionada aos delitos tributários em decorrência do parcelamento (sem limitar ao recebimento da peça acusatória), bem como a extinção da punibilidade com o pagamento integral da dívida.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

(...)

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

No ano de 2011, editou-se a Lei nº 12.382/2011, que, dentre outras medidas, alterou o art. 83 da Lei nº 9.430/1996, para que este passasse a prever a suspensão da pretensão punitiva estatal em relação aos delitos tributários em decorrência do parcelamento do débito, desde que formalizado até o recebimento da denúncia, bem como extinção da punibilidade pelo pagamento integral da dívida.

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

(...)

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

Cumpra-se observar que a Lei nº 9.430/1996 trata de normas gerais da legislação tributária federal, e não de programa específico de refinanciamento e/ou de parcelamento do débito tributário. Sua previsão de suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo parcelamento, portanto, constitui-se cláusula geral, não vinculada a regime de parcelamento ou de recuperação fiscal específico, desde que realizado até o recebimento da denúncia, assim como ocorria antes de 2003.

Tem-se, assim, o panorama normativo acerca da suspensão da pretensão punitiva estatal em decorrência da adesão a programa de parcelamento do débito tributário, bem como da extinção da punibilidade do agente pelo pagamento do tributo devido.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça possui diversos precedentes no sentido de que o parcelamento dos débitos tributários, mesmo em data posterior à sentença condenatória, mas antes do seu trânsito em julgado, suspende a pretensão punitiva estatal até o integral pagamento da dívida, nos termos do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003 e da Lei nº 11.941/2009.

Não obstante, diante da reiterada normatização do tema no âmbito do parcelamento fiscal, o mesmo Superior Tribunal de Justiça formou jurisprudência no sentido de que a garantia aceita na execução fiscal não possui natureza jurídica de pagamento do tributo e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal dos crimes tributários, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal, e de que a impugnação do débito na seara cível não obsta a persecução penal.

4 A figura do delito e a extinção da punibilidade

Para se identificar os efeitos penais do depósito do montante integral do valor do tributo, necessária suscinta análise acerca da figura do delito, bem como do instituto da extinção da punibilidade.

Conforme Nucci¹² “o conceito de crime é artificial, isto é, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível apontar uma conduta, ontologicamente criminosa”. Ensina o autor que a sociedade identifica as condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo e o legislador transforma tais condutas em figuras típicas.

O estudo da conduta constitui premissa à análise do delito, uma vez que “o delito só existe enquanto *ação humana* (direito penal do fato) e não como estado, condição, modo de ser ou atitude (direito penal do autor)”¹³.

A evolução epistemológica do Direito Penal revela a existência de formas diversas de pensamento a explicar a conduta delitiva, contudo, a Teoria Finalista mostrou-se caminho pertinente a explanar sua essência. Com o método finalista chegou-se à concepção de que a

¹²NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 246. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/>.

¹³PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 442. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640447/>.

ação humana é um exercício de atividade final, isto é, uma atividade dirigida para um fim¹⁴.

Conforme Luiz Reges Prado¹⁵:

A estrutura ontológica da *finalidade* condiciona a concreta imputação de resultados. Por esse motivo, na ação (ou na omissão) finalista deve figurar como base material o *ser* sobre o qual incidem juízos de valor que lhe conferem plenitude de sentido. Isso significa que a estrutura da conduta humana é a condição fundamental de possibilidade para juízos de valor que, para adquirirem sentido, devem ter como objeto de incidência exatamente aquela, dando-lhe *significação social*.

Tal pensamento irradiou-se sobre diversas legislações penais e o Código Penal Brasileiro estabeleceu em seu artigo 18, inciso I, que se considera crime doloso quando o agente “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, aproximando-se da teoria finalista.

Conforme Capez, somente a exteriorização do pensamento por intermédio da conduta, isto é, de uma ação ou omissão, é que possui relevância para o Direito Penal¹⁶.

Em seu conceito analítico, delito é formado por conduta típica, antijurídica e culpável, isto é “uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade, onde estão conditos os elementos subjetivos dolo e culpa), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato ou seu autor”¹⁷.

¹⁴BITENCOURT, Cezar. R. *Tratado de direito penal 1*: parte geral. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Pág. 63. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>.

¹⁵PRADO, Luiz Reges. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume Único. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 123. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994136/>.

¹⁶CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 188. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619184/>.

¹⁷17NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral. V. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/>.

Convém observar que, na hipótese dos delitos tributários, a análise científica do crime segue os parâmetros gerais da ciência penal, empregando-se, contudo, institutos próprios inerentes ao direito tributário para fins de constatação da materialidade delitiva.

Assim, há de se perquirir se a conduta do agente foi praticada com a finalidade exigida pelo tipo penal, isto é, em regra para o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo, tendo em vista a análise dos delitos materiais.

Inexistindo a finalidade exigida pela norma – suprimir ou reduzir o pagamento de tributo –, não se constata o dolo do agente e, por conseguinte, afasta-se a incidência do Direito Penal.

Não se pode confundir o simples inadimplemento tributário, decorrente de questões cíveis, com a figura do delito tributário, decorrente de conduta destinada a suprimir ou reduzir o pagamento de tributo: em ambos os casos surge a dívida tributária, mas somente no segundo se constata a existência do dolo exigido pela norma penal, materializado, normalmente, por ação ou omissão fraudulenta.

Não há dúvidas, portanto, que a conduta constitui elemento essencial à constatação do crime: mas não único. Há também de se analisar a existência de materialidade delitiva, a qual, no caso dos delitos tributários materiais exige a comprovação de existência de crédito tributário devidamente lançado de forma definitiva pelo Fisco.

Observa-se que o conceito de crime não abrange a figura da punibilidade do agente.

Parte da doutrina entende que esta não é requisito do crime, mas sua consequência jurídica¹⁸. As hipóteses de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo se trata de efetivação de política criminal, sem qualquer relação com os elementos caracterizadores do delito.

Pacelli¹⁹ leciona que “A punibilidade de um fato definido como crime não repousa na criminalização da conduta e do resultado jurídica-

¹⁸ JESUS, Damásio D.; ESTEFAM, André. *Direito penal 1: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 189. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹⁹ EUGÊNIO, Pacelli. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 542. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025132/>.

mente relevante, mas no campo da política criminal” e defende que somente a lei pode dispor sobre causas ou fatos extintivos de punibilidade, uma vez que se trata de matéria exclusiva de competência do poder público responsável pela gestão da política criminal.

Nucci, por sua vez, ensina que há causas extintivas da punibilidade previstas em rol exemplificativo no artigo 107 do Código Penal, podendo existir causas implícitas, desde que possível verificar a ocorrência da extinção da punibilidade em decorrência de consequências normativas previstas na legislação²⁰.

5 Efeitos penais do depósito do montante integral do valor do tributo

Conforme visto em item anterior, o Superior Tribunal de Justiça possui forte jurisprudência no sentido de que a garantia ofertada em ação fiscal, por não possuir natureza jurídica de pagamento do tributo, não fulmina a justa causa para persecução penal, uma vez que não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo prevista em lei.

As diversas leis tributárias que disciplinam a sistemática do parcelamento – e do pagamento – do tributo nada mencionam acerca de eventual efeito penal da garantia do juízo em processo fiscal ou do depósito do montante integral do valor do tributo devido.

Não se pode desconsiderar que se mostra coerente e consonante com o Estado Democrático de Direito a conclusão no sentido de que as hipóteses de extinção da punibilidade, por revelar faceta de política criminal do ente detentor do direito de punir, devem ser veiculadas por instrumentos normativos a expressar a vontade desse ente, não cabendo aos aplicadores do direito tal tarefa.

Desta feita, cabe à lei disciplinar as causas de extinção da punibilidade do agente.

Sob a ótica, pois, da expressa previsão das leis que regulam o parcelamento do tributo, somente o pagamento do tributo possui o condão de ensejar a extinção da punibilidade do agente que aderiu a regime de parcelamento da dívida.

²⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral. V. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 851. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611201/>.

Não obstante, a interpretação da norma jurídica não deve se limitar ao restrito texto das leis indicadas acima sobre o parcelamento do crédito tributário, tampouco a análise do delito tributário subordina-se unicamente ao instituto da extinção da punibilidade.

Conforme Ricardo Maurício Freire Soares²¹:

O ordenamento jurídico rege-se por um princípio estático-material, que reflete a coerência material (*o que se prescreve*), e por um princípio dinâmico-formal, relativo à coerência formal entre as normas (*quem prescreve* – competência – e como se prescreve – procedimento). Com base no princípio dinâmico-formal, pode-se afirmar inclusive que o direito regula sua própria criação e aplicação.

Ainda sobre o tema, Paulo Hamilton Siqueira Jr.²² ensina:

A interpretação jurídica é dinâmica. “Na interpretação jurídica, dá-se um passo à frente, pois a norma não se esgota em sua primeira formulação, tem vigor atual em relação com o ordenamento de que forma parte integrante e está destinada a permanecer e a transformar a vida social. Com efeito, o jurista deve considerar o ordenamento jurídico dinamicamente, como uma viva e operante concatenação produtiva, como um organismo em perene movimento que, imerso no mundo atual, é capaz de autointegrar-se, segundo um desenho atual de coerência, de acordo com as mutáveis circunstâncias da sociedade. A interpretação não deve limitar-se em um reconhecimento meramente contemplativo do significado próprio da norma considerada em sua abstração e generalidade. A tarefa de interpretar que afeta ao jurista não se esgota com o voltar a conhecer uma manifesta-

²¹SOARES, Ricardo Maurício F. *Teoria Geral do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 119. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611201/>.

²²JR., Paulo Hamilton S. *Teoria do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 164. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609192/>.

ção do pensamento, mas busca também a realidade social em relação com a ordem e a composição preventiva dos conflitos de interesses previsíveis”.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico, portanto, leva à conclusão de que o depósito do montante integral do valor do tributo se trata de instituto a, potencialmente, gerar efeitos em âmbito penal, para além das taxativas causas de extinção da punibilidade, ainda que as leis sobre parcelamento tributário se encontrem omissas neste ponto.

5.1 Depósito do montante integral e seus reflexos na constatação da materialidade delitiva

O primeiro efeito decorrente da garantia do juízo em ação fiscal com depósito do montante integral refere-se ao impacto na constatação da materialidade dos delitos tributários.

De fato, a análise da materialidade delitiva possui tanta relevância quanto à da própria conduta do agente. Não por outro motivo o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento no sentido de que a tipificação do crime material contra a ordem tributária depende do lançamento definitivo do crédito tributário.

Conforme o Tribunal, esse entendimento baseia-se na estruturação das leis tributárias, que concedem ao contribuinte o direito de discutir o débito tributário até a última instância, além de possibilitar o parcelamento e o pagamento do tributo devido.

Nas palavras do Exmo. Senhor Ministro Dias Toffoli, quando do debate para aprovação do enunciado nº 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal²³:

Nós temos, para a sonegação e os crimes relativos à arrecadação tributária, os tipos previstos na legislação, mas o cidadão que

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de súmula vinculante 29 Distrito Federal*. Sessão Plenária de 02/02/2009, DJe. 232 de 11/12/2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSúmulaVinculante/anexo/SUV_24__PSV_29.pdf.

eventualmente tenha praticado um ato de sonegação tem o direito dado pela lei federal de pagar e quitar esse tributo até o lançamento tributário; evitando, com esse pagamento, que venha a ser processado e punido. É uma política tributária que foi estabelecida pelo Estado brasileiro. Podemos divergir dessa política, mas, como julgadores, nós não podemos refazê-la.

Dessa forma, o entendimento agora externado pelo Ministro Cezar Peluso – no sentido de ser necessário o lançamento fiscal para a finalidade da tipificação do delito previsto na legislação tributária – é consentâneo com uma política tributária que, inclusive, há várias leis de parcelamento (...)

Conforme voto do Exmo. Senhor Ministro Carlos Brito²⁴:

Então, para mim, eu fiquei pacificado, no meu entendimento, de que, de fato, sem o lançamento não se pode concluir pela tipicidade penal tributária. Não se pode. Até porque seria um processo jurisdicional atropelar o processo administrativo que ainda está no meio caminho. Ou seja, o administrado contribuinte tem o direito de ver o seu processo administrativo fiscal chegar ao fim. Esse processo não pode ser abortado pelo jurisdicional paralelo. As duas instâncias, a administrativa e a jurisdicional, em matéria fiscal, são realmente apartadas por desígnio constitucional, que fala de jurisdição fiscal no âmbito da administração e vontade decisória do Estado, no sentido de cobrar tributo de alguém, é necessariamente processualizada.

(...)

Então, Sr. Presidente, cheguei à conclusão, enfim, de que não há interdependência, aliás, há independência, há autonomia do processo administrativo e do processo jurisdicional em matéria tributária, não só em matéria tributária, como outras matérias. Mas, no caso de matéria tributária, me parece que não há

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de súmula vinculante 29 Distrito Federal*. Sessão Plenária de 02/02/2009, DJe. 232 de 11/12/2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSúmulaVinculante/anexo/SUV_24_PSV_29.pdf.

interdependência. É preciso deixar que o processo administrativo tributário chegue ao seu término que é um direito do contribuinte levar os meios e recursos de que fala o inciso LVV do art. 5º da Constituição às últimas consequências, pena de se transformar uma ampla defesa numa curta defesa.

Tem-se, pois, que a tipificação do delito material depende da comprovação do resultado naturalístico da conduta, o qual, nos delitos tributários, repousa no lançamento definitivo do crédito tributário.

E define-se tal marco – lançamento definitivo do crédito tributário – para constatação da materialidade delitiva em razão de seus efeitos jurídicos: é por meio do lançamento definitivo que o crédito tributário torna-se exigível, exigibilidade esta que atesta (se houve) a redução ou supressão do pagamento do tributo para fins penais.

Sobre o tema, ensina Leandro Paulsen²⁵:

Daí por que é condição objetiva de punibilidade dos crimes materiais contra a ordem tributária a constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa, ou seja, que já tenha restado firme, após o julgamento da impugnação e dos recursos do contribuinte, que o fato gerador ocorreu e que o tributo efetivamente devido não foi pago. Desse modo, a pertinência de impugnação ou recurso administrativo no âmbito do processo administrativo-fiscal implica ausência de justa causa à ação penal. De outro lado “enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo”.

Se a exigibilidade do tributo constitui marco essencial à constatação da materialidade delitiva, então, logicamente, circunstâncias a afetar essa exigibilidade devem se mostrar aptas alcançar a persecução penal. Nessa linha²⁶:

²⁵PAULSEN, Leandro. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 197. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596465/>.

²⁶PAULSEN, Leandro. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 199. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596465/>.

Se o lançamento definitivo restar anulado, seja por vício material ou seja por vício formal, teremos a desconstituição do crédito tributário. É certo que o reconhecimento de vício material implica a anulação definitiva, enquanto o vício formal não impede o novo lançamento, no prazo decadencial. Ainda assim, já não teremos certeza e liquidez quanto à efetiva existência do crédito, tampouco terá exigibilidade, de modo que restará insubsistente a condição objetiva de punibilidade.

Desta feita, o depósito do montante integral do valor do tributo em ação fiscal tendente a discutir o desacerto do lançamento definitivo, porque enseja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, constitui circunstância a fender a comprovação da materialidade do delito tributário.

Não se pode perder de vista que, apesar de o lançamento definitivo constituir marco de exigibilidade do crédito tributário, este não se reveste da qualidade da coisa julgada, que é restrita a pronunciamentos jurisdicionais. Assim, a fim de combater a decisão administrativa desfavorável, alberga-se ao contribuinte a possibilidade de se socorrer do Poder Judiciário para pronunciamento final, nos termos do princípio do constitucional da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário em decorrência do depósito do montante integral, nos termos do Código Tributário Nacional, constitui medida de proteção do contribuinte, enquanto este se insurge contra a decisão administrativo-tributária a ele desfavorável, devendo produzir efeitos não somente no âmbito tributário.

Trata-se de dispositivo a concretizar e instrumentalizar o princípio da inafastabilidade jurisdicional em âmbito tributário.

Assim, se a comprovação do delito tributário depende da constatação da exigibilidade do crédito tributário, que se opera pelo lançamento definitivo, então a suspensão dessa exigibilidade afasta a certeza que se exige para a constatação da materialidade delitiva, de forma a afetar a persecução penal.

Em tais casos, a persecução penal deve aguardar a resolução da questão na instância adequada.

Sobre o tema²⁷:

O depósito do montante do tributo em ação anulatória, embora não corresponda ao pagamento, suspende a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, inciso II, do CTN, e fica indisponível, sujeito à decisão final que venha a transitar em julgado, de modo que, se devido for o crédito tributário, sua satisfação já estará garantida. O STJ, por isso, em face de depósito integral, entende que deve ser suspensa a ação penal respectiva, nos termos do art. 93 do CPP, até o julgamento definitivo a esfera cível.

Pensamento contrário poderia gerar a inusitada situação na qual o contribuinte não pode ser cobrado pela Administração Tributária, por se encontrar suspensa a exigibilidade do crédito tributário (exatamente pela ausência de certeza acerca da redução ou supressão do tributo – pois pendente pronunciamento jurisdicional sobre o caso), mas pode ser condenado por prática do crime tributário relacionado ao mesmo tributo em discussão, ainda que a persecução penal exija maior rigor para seu sancionamento.

Tratar-se-ia de situação paradoxal, contrária às premissas do Estado Democrático de Direito e diametralmente oposta aos princípios basilares do Direito Penal, que se constitui na última instância de atuação estatal para repressão de ilícitos.

Cumpra observar que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito do montante integral do tributo possui efeito *ex lege*, que se aplica independentemente do elemento subjetivo do agente que efetuou o depósito e independente do objeto de fundo discutido na ação fiscal, manejada com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

²⁷ PAULSEN, leandro. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 200. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596465/>.

Principalmente nos casos de ações fiscais manejadas contribuinte, antes mesmo do início da execução fiscal, assume o depósito do montante integral do valor do tributo especial circunstância a gerar reflexos significativos na persecução penal, uma vez que apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário.

5.2 Depósito do montante integral e seus reflexos na constatação do dolo do agente

Outro ponto que não deve ser ignorado reside na análise do elemento subjetivo do agente contra o qual se imputa a prática de delito tributário material.

Como já mencionado, a constatação do ilícito penal, em razão da Teoria Finalista, depende da comprovação do dolo na conduta do agente, isto é, da constatação de que a conduta foi praticada com a finalidade de produzir os feitos previstos no tipo penal.

No caso dos delitos tributários, exige-se a demonstração de que a conduta do agente foi praticada com a finalidade de reduzir ou suprimir o pagamento de tributo, nos termos de cada tipo penal previsto na legislação de regência.

Surge, então, o seguinte questionamento: o agente que, diante do ato administrativo de constituição do crédito tributário, socorre-se ao Poder Judiciário para buscar a reversão dessa decisão, depositando integralmente o valor do tributo em debate, age no intuito de suprimir ou de reduzir o pagamento de tributos?

Obviamente a resposta a esse questionamento depende da análise das circunstâncias do caso concreto. Não obstante, há de se convir que o depósito do montante integral do tributo constitui circunstância a militar em favor do contribuinte na análise de possível ilícito penal, notadamente no que se refere na presença do elemento subjetivo exigido pela norma penal.

Em outras palavras, mostra-se crível crer que a conduta de depositar integralmente o montante do tributo definitivamente laçando pelo Fisco para fins de discutir a legalidade do ato administrativo em Juízo antagoniza com o dolo de suprimir ou reduzir o pagamento do tributo.

Ora, é exatamente a exteriorização da conduta do agente que possui relevância penal, inclusive no que se refere a circunstâncias

relacionadas ao não recolhimento do tributo ainda que posteriores aos fatos atinentes ao nascimento da obrigação tributária.

E, nesse ponto, há de se observar que o depósito do montante integral do tributo não se refere a medida necessária ao manejo de ação fiscal e sequer constitui única hipótese de garantia do juízo nessas ações.

Em outras palavras, o contribuinte pode valer-se do pronunciamento judicial sobre a constituição do crédito tributário (ou da existência da obrigação tributária), cabendo a este decidir se garantirá o juízo, seja por meio do depósito do montante integral, seja por qualquer outro meio admitido em lei.

Anota-se que, ainda na hipótese da execução fiscal, pode-se buscar a garantia do juízo por formas diversas, nos termos do art. 16 da Lei de Execuções Fiscais, as quais não possuem o condão de gerar os efeitos previstos no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Poder-se-ia alegar a absoluta ausência de reflexos do depósito do montante integral do valor do tributo na análise do dolo do agente, uma vez que a garantia do juízo ocorre, em regra, em momento posterior à prática da conduta penalmente relevante. Contudo, não se pode negar que a análise da conduta do agente pode abarcar circunstâncias que tangenciam o momento da alegada redução ou supressão do pagamento do tributo, ainda que deslocadas temporalmente.

Significa que mesmo atos posteriores à prática da conduta ensejadora do fato gerador, conforme as circunstâncias do caso concreto, podem afetar a constatação do dolo do agente necessário à configuração do crime tributário.

Não se trata de solução fechada, isto é, de estabelecimento do molde da irresponsabilidade penal a ser aplicado a todo e qualquer caso envolvendo a prática de crime tributário e o depósito do montante integral o valor do tributo devido, mas de apelo aos aplicadores do direito, notadamente ao órgão de acusação: tais elementos devem ser analisados e avaliados conforme as circunstâncias do caso concreto, pois pertinentes à persecução penal.

5.3 Depósito do montante Integral e seus reflexos no processo penal

Conforme indicado em linhas anteriores, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito do montante integral pode produzir efeitos penais.

No âmbito processual penal, por sua vez, mostra-se pertinente destacar o disposto do art. 93 do Código de Processo Penal, o qual estabelece a suspensão do processo enquanto pendente solução da demanda cível-tributária aduzida na ação fiscal que visa discutir a existência do crédito tributário.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

Anota-se que a declaração de (in)existência de crédito tributário se trata de “questão de difícil solução”, a impossibilitar sua resolução diretamente pelo juiz criminal, afastando, portanto, a previsão do § 1º do artigo 93 do Código de Processo Penal, que possibilita ao juiz criminal prosseguir o processo, se não resolvida a questão do juízo diverso, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda matéria da acusação e da defesa.

Ademais, perfeitamente possível – e recomendável – a suspensão do processo penal quando há a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por decorrência do depósito do montante integral no âmbito da ação fiscal movida pelo contribuinte, uma vez que pendente pronunciamento final quanto à própria existência do crédito tributário.

Há de se observar que a suspensão do processo acarreta a suspensão da prescrição da pretensão punitiva estatal, por força do artigo 116, inciso I, do Código Penal, que estabelece que não corre a prescrição enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. *In verbis*:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

Obviamente a solução empregada acima refere-se aos casos de oferecimento e consequente recebimento da peça acusatória no juízo criminal, a imputar a prática de crime tributário em face do agente que discute judicialmente a decisão administrativa relacionada ao lançamento definitivo do crédito tributário.

Se ainda em fase de investigação policial, forçoso reconhecer que a discussão na instância cível-tributária, com a garantia do juízo por meio do depósito do montante integral, afasta a justa causa para a ação penal. Isso porque ausente prova da materialidade delitiva para início do processo-crime.

Sobre o tema, ensina Mougenot²⁸:

Além das três condições genéricas abordadas, mencionou-se a existência de um quarto elemento, constituído pela justa causa para o ajuizamento da ação penal. A justa causa – identificada por parte da doutrina como uma condição da ação autônoma – consiste na obrigatoriedade de que existam, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indícios razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito.

Vê-se que a garantia do juízo em ação fiscal com depósito do montante integral constitui circunstância a afastar a justa causa para propositura da ação penal, pois ausente prova da materialidade do delito tributário – consubstanciada na especificação do crédito tributário – e, no caso de processo-crime já instaurado, possibilita a suspensão do processo com a consequente suspensão da prescrição, até a resolução da demanda cível-tributária.

Há ainda fator relevante que não pode ser ignorado: possibilita-se ao contribuinte aguardar o resultado do processo administrativo fiscal

²⁸ BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 235. 9788553610631. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610631/>.

para, somente após, discutir a existência/validade do crédito tributário no âmbito judicial.

Se o pagamento do tributo no curso do processo administrativo fiscal e antes do lançamento definitivo afasta a figura do delito tributário, então o pagamento judicial, por meio da conversão do depósito do montante integral em renda, em ação fiscal movida logo após o lançamento definitivo também não teria relevância penal? Ou deveria o contribuinte sempre manejar a ação fiscal antes do encerramento do processo administrativo fiscal para não figurar no polo passivo da persecução penal?

Nota-se que na hipótese de manejo da ação fiscal com depósito do montante integral, o crédito tributário passaria da condição de inexigível (devido à suspensão de sua exigibilidade pelo depósito do montante integral quando do manejo da ação fiscal pelo contribuinte) à de adimplido na hipótese de insucesso da ação fiscal.

5.4 Precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

Apesar da sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a garantia aceita na execução fiscal não possui natureza jurídica de pagamento do tributo e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal dos crimes tributários, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal, identifica-se precedente da lavra da 5ª Turma da Corte Superior, autorizando a suspensão do inquérito policial devido ao manejo de ação anulatória com depósito do montante integral do valor do crédito tributário.

Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME TRIBUTÁRIO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. 2. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. DEPÓSITO INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. ART. 151 DO CTNº POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ART. 93 DO CPP. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, "havendo lançamento definitivo, a propositura de ação cível discutindo a exigibilidade do crédito tributário não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das esferas cível e penal". (AgRg no REsp 1390734/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/3/2018) 2. Nada obstante a independência das esferas, a hipótese dos autos apresenta particularidade que deve ser analisada de forma diferenciada. Com efeito, consta dos autos que o paciente ajuizou ação anulatória, efetuando o depósito integral do valor do crédito tributário como garantia, o que ensejou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTnº Nesse contexto, revela-se prudente a suspensão da investigação, nos termos do art. 93 do CPP, até o julgamento definitivo na esfera cível.

- Embora não se possa falar em trancamento do inquérito ou da ação penal, uma vez que o crédito tributário não foi desconstituído nem houve o efetivo pagamento do tributo, com a consequente extinção da punibilidade, tem-se que o depósito integral do valor como garantia enseja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, autorizando, portanto, a suspensão do inquérito policial ou da ação penal.

3. Recurso em habeas corpus a que se dá provimento para determinar a suspensão do inquérito policial, até o julgamento da ação anulatória.

(Stj, rhc 139.563/ce, rel. ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta turma, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021)

Trata-se de precedente tímido, mas revelar do raciocínio agora defendido, a levar a discussão a possibilidade de reflexos penais no depósito do montante integral do valor do tributo devido.

6 Conclusão

Não se pode negar a importância do tributo para a estruturação do Estado brasileiro, o que motiva a adoção de medidas diversas

destinadas à recuperação de valores não recolhidos. Não obstante, a estruturação do ordenamento jurídico na forma como se encontra acarreta consequências não previstas – talvez até não projetas – pelo poder constituinte.

Essas consequências são fruto da aplicação de princípios basilares do direito e da comunhão de direitos fundamentais ao direito positivado.

Não cabe ao intérprete negar a consequência jurídica advinda da análise da legislação produzida de forma geral e abstrata, desde que não ofensivas a direitos e garantias fundamentais. Se por um lado, tais consequências podem se mostrar aptas a fragilizar a persecução penal, por outro, compete ao Poder Legislativo, representante do povo, adotar as medidas necessárias à adequação do ordenamento jurídico.

Nessa linha, não resta dúvida que a adesão a regime de parcelamento fiscal, nos termos da legislação tributária, constitui medida a influir na persecução penal; no que se refere ao depósito do montante integral, a omissão da legislação fiscal não deve ser óbice à irradiação dos efeitos conferidos pelo Código Tributário Nacional.

A análise dos elementos constituidores do delito revela a possibilidade de produção de efeitos penais ao depósito do montante integral do valor do tributo devido.

Seja pela análise da materialidade delitiva, seja pela do elemento subjetivo necessário à configuração do tipo penal, o depósito do montante integral do valor do tributo em ação fiscal não constitui irrelevante penal, devendo este ser examinado com seriedade, notadamente diante das características do Direito Penal e do Direito Tributário.

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que dispõe de forte jurisprudência no sentido de negar efeitos penais à garantia ofertada no juízo fiscal possui precedente a conferir efeitos penais ao depósito do montante integral do valor do tributo devido. Precedente este que revela a cautelosa análise do tema, com viabilidade jurídica das premissas acima expostas.

Com efeito, não se busca a solução definitiva da questão no presente trabalho, mas apenas o fomento da discussão sobre o tema, com análise de questões tributárias – não raramente afastadas do dia a dia dos

operadores que lidam com Direito Penal – em compasso com a ciência penal, em seu ponto de confluência.

Busca-se incentivar a análise racional do ordenamento jurídico, de forma a possibilitar sua aplicação coerente e sistemática, e jamais isolada, sob pena de se atentar contra a evolução do direito e bases do sistema jurídico.

Referências

AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Baure-ri, São Paulo: Manole, 2010.

BARRIONUEVO, Fabretti, H.; POGGIO, Smanio, G. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2019.

BITTAR, Walter B. *A punibilidade no direito penal*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584930722/>.

BITENCOURT, Cezar. R. *Tratado de direito penal 1: parte geral*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRANDÃO, Claudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRITO, Filomeno José. G. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

JESUS, Damásio D.; ESTEFAM, André. *Direito penal 1: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

KFOURI, Anis. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1

PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva.

PAULSEN, Leandro. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2022.

PINTO, Kleber Couto. *Curso de teoria geral do estado: fundamento do direito constitucional positivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

S. JR., Paulo Hamilton. *Teoria do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SABBAG, Eduardo. *Direito tributário essencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2020.

SOARES, Ricardo Maurício F. *Teoria geral do direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



Órgãos Auxiliares do Ministério Público da Paraíba

Namit - Núcleo de Atuação e Mediação em Ilícitos Tributários

Coordenadora: Promotora de Justiça Renata Carvalho da Luz

Membro: Promotor de Justiça Lúcio Mendes Cavalcante

(Arquivo de foto digital da Assessoria de Imprensa)

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA AGILIDADE DO PROCESSO JUDICIAL: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Anthony Pedro da Silva Lucena

Acadêmico de Direito na UFCG

Rian Gomes do Nascimento

Acadêmico de Direito na UFCG

Resumo

Quando se ingressa na justiça, em casos delimitados, são apresentados os métodos alternativos de resolução de conflitos, alguns desses métodos é a conciliação e a mediação, ambos os métodos procuram tornar não só a justiça eficaz quanto a satisfação daqueles participantes ativos no processo, mas também a agilidade processual. Essa agilidade é garantia constitucional qualificada como princípio da celeridade, portanto, todo e qualquer processo precisa passar pela velocidade adequada, outros princípios como o da razoável duração do processo, também dita a condução dos processos por uma linha de prazo razoável. É com base das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, abarcada pela pesquisa qualitativa que será elaborada a pesquisa envolta da Conciliação e Mediação, buscando assentir a relação de efetiva e célere justiça por meio de métodos alternativos, intervencionado o sistema judiciário para o convencimento do uso desses métodos de resolução dos conflitos, além de impulsionar por meio da pesquisa, resultados que mostram como a implementação de normas para a criação de um sistema normativo mais célere, torna efetiva a satisfação pessoal dos agentes que se inserem na justiça, fazendo com que possam passar pelo sistema judiciário sem dificuldades e ressentimento da decisão judicial que fora tomada.

Palavras-chave: celeridade; mediação; conciliação.

Abstract

When entering into justice, in delimited cases, alternative methods of conflict resolution are presented, some of these methods are conciliation and mediation, both methods seek to make not only justice effective in terms of the satisfaction of those active participants in the process, but also procedural agility. This agility is a

constitutional guarantee qualified as the principle of celerity, therefore, each and every process needs to go through the appropriate speed, other principles such as the reasonable duration of the process, also dictate the conduct of processes within a reasonable time frame. It is based on bibliographical and documentary research techniques, encompassed by qualitative research, that the research on Conciliation and Mediation will be developed, seeking to establish the relationship of effective and rapid justice through alternative methods, intervening in the judicial system to convince the use of these conflict resolution methods, in addition to promoting, through research, results that show how the implementation of norms for the creation of a faster normative system, makes the personal satisfaction of agents involved in justice effective, enabling them to pass through the judicial system without difficulties and resentment of the judicial decision that had been taken.

Keywords: celerity; mediation; conciliation.

1 Introdução

O procedimento de ingressar na justiça e se obter um processo rápido e eficaz em que as partes se sintam realizadas quanto ao resultado, é inescrutável, visto que o andamento do processo é de certa forma lenta, esse entendimento é repassado por grandes doutrinadores e escritores que entendem a finalidade e importância da celeridade como norteadores da garantia de dignidade da pessoa humana em um processo, alguns autores ao relatar certa lentidão do poder judiciário conseguem dissertar a importância de métodos alternativos, como a mediação e conciliação.

Ao ingressar nos métodos alternativos de resolução de conflitos, são apresentadas as hipóteses de conciliação e mediação, esses dois métodos possuem diferentes aplicações, mas ambas convergem na rápida efetivação dos princípios de acesso à justiça, celeridade e dignidade da pessoa humana.

A importância de um processo célere, não é somente pelo papel do estado de garantir que os direitos da população em geral sejam reconhecidos, mas garantir que todo aquele que ingressar na justiça possa ter garantia de eficiência e de dignidade, fato que pode ser entendido como verossímil por qualquer que seja, além de

possuir reconhecimento das disposições legais, como as expressas na Constituição Federal de 1988.

O objetivo geral deste artigo se pauta na lubricidade de tornar o sistema judiciário brasileiro eficaz e célere, fazendo com que aqueles que acessam a justiça, possam passar pelo sistema judiciário sem a dificuldades, sem a amolação de encontrar mitigações em decurso do tempo ou da falta de saciedade quanto a busca de seus direitos.

Em objetivo específico, é regrado que o legislativo brasileiro possa tencionar a implementação de normas para a criação de um sistema normativo mais célere, com a efetiva satisfação pessoal dos agentes que se inserem na justiça cotidianamente, é assim que se pauta essa pesquisa, tornando de maneira positiva e participativa para a justiça brasileira.

Sob natureza da pesquisa pura ou básica que é, “orientada para o aprofundamento de um conhecimento científico que já foi estudado.” (Muniz, 2024). Desta forma é compreensível que “o pesquisador que faz um estudo com essa finalidade busca complementar algum aspecto ou alguma particularidade da pesquisa anteriormente feita.” (Muniz, 2024).

Interligando a temática abordada neste artigo, é possível observar que estudos científicos ou materiais aos quais serão analisados aqui, possuem um conteúdo que já foi anteriormente estudado e portanto esse estudo será aperfeiçoado para futuras aplicações expressadas nos objetivos.

Consistido pela pesquisa qualitativa no método exploratório, este artigo buscará incorporar as principais perspectivas de entendimento acerca de, como a mediação e a conciliação como métodos alternativos atingem diretamente o sistema judiciário quanto a agilidade dos processos judiciais, junto desse panorama a efetividade do princípio da celeridade é uma dos objetos que se devem ser avaliados durante a pesquisa como fonte de fundamento. Dessa forma, será utilizado, neste trabalho, as técnicas de pesquisa bibliográfico-documental, nas quais todos os objetos de pesquisa serão remetidos à análise.

Sendo documental aquilo que “O pesquisador trabalha a partir das contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes dos textos” (Severino, 2013, p. 106). E bibliográfica onde entende-se que “É toda forma de registro e sistematização de dados, informações,

colocando-os em condições de análise por parte do pesquisador.” (Severino, 2013, p. 107). Serão constituídas nesse artigo as duas técnicas de pesquisa, juntas elas prosseguem na elaboração dos resultados que apresentam como conteúdo a agilidade dos processos judiciais que envolvam a conciliação e mediação.

2 Da inserção da conciliação e mediação

Ao realçar acerca do funcionamento e de como é determinada a forma que se chega a conciliação e a mediação, é considerável frisar, o surgimento e porquê estas modalidades de resolução de conflitos são projetadas como céleres diante da jurisdição, que pode ser vista como resolução comum de justiça, portanto, é importante entender como foram adotadas no sistema jurídico brasileiro.

A evolução e adaptações humanas são exemplos de que as condições aos quais os humanos se inserem também criam sistemas que proporcionam a facilitação dele no ambiente que está inserido, dessa forma a justiça também toma frente quanto às constantes mudanças que ocorrem na sociedade, com as mudanças e com o crescimento populacional é comum que o judiciário esteja anafado de processos. “Ocorre que esse excesso de litigiosidade, somados à precariedade estrutural, acabou fazendo da Justiça um espaço moroso e muitas vezes inefetivo para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, ocasionando uma verdadeira crise no Poder Judiciário”. (Ferreira, 2024, p. 3).

Para a solução dos conflitos no sistema judiciário, por exemplo, são requeridas frequentemente decisões rápidas, tanto que surgem as chamadas saídas alternativas para a inserção de um sistema mais rápido e eficaz de justiça. Diante desses requerimentos é feita a inserção do chamado Sistema Multiportas, esse conceito pode ser definido por Solano no seu abalizado trabalho intitulado “A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos” de 2018.

O Sistema Multiportas é um modelo alternativo para solução de conflitos que prevê a integração de diversas formas de resolução dos litígios, sejam judiciais ou extrajudiciais. Por meio dele, o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolver o conflito, a melhor porta, dentre as já citadas. Assim, para cada

tipo de conflito, deve ser adotada a via adequada à sua abordagem a partir da consideração de fatores como as intenções das partes, o perfil da controvérsia e as possibilidades inerentes a cada meio. (Solano, 2018).

O sistema multiportas é, em síntese, as diversas formas de resolução dos conflitos que divergem do poder da jurisdição, além de que também possam de alguma forma acrescentar um abordagem que escute os desejos e mitigações das partes envolvidas, levando possivelmente a um resultado mais proveitoso para as partes participantes do processo.

Ao destrinchar acerca do surgimento de novos métodos de justiça rápida e como os esses métodos se integrariam na justiça brasileira, Porto no trabalho intitulado “Mediação e Conciliação: da análise histórica e da evolução normativa no Brasil” em 2021 enfatiza esse surgimento.

[...] Os litígios são fenômenos presentes em toda trajetória civilizatória e em se tratando de uma sociedade cada vez mais estruturada, surge a necessidade de órgão que aprecie de forma justa e sentencie os litígios de maneira célere e humana. Por outro lado, nota-se que o Judiciário Brasileiro detém grandes números de processos estáticos, fomentando assim, um terreno fértil para o surgimento de injustiças.[...] (Porto, 2021, p. 6).

É plausível que os avanços que ocorrem na sociedade afetam diretamente na aplicação do direito, desde decisões mais humanas, quanto às decisões que são rápidas na busca da justiça, seguindo o pensamento de Porto, é possível exclamar que as resoluções de conflitos como a mediação e conciliação surgiram pela necessidade exacerbada que a sociedade presenciou de evoluir e assistir um sistema adequado às suas condições humanas¹.

Portando de alguns referenciais teóricos, Mauro Cappelletti² reflete em sua abalizada obra “Acesso à justiça” o quanto a qualidade da

¹Terminologia usada pelo autor para qualificar aquilo que é prestado com qualidade pela condição de ser humano.

²Mauro Cappelletti, foi um jurista e acadêmico italiano, que desenvolveu sua carreira na Universidade de Florença, no Instituto Universitário Europeu. Dentro da teoria jurídica, ele é considerado um proeminente estudioso do direito processual comparado, neste trecho se fala acerca de sua abalizada obra “Acesso à justiça”.

prestação da justiça deve ocorrer, seguindo dessa qualidade, Cappelletti faz um grande arrazoado acerca da conciliação o colocando como uma solução para as sobrecargas dos tribunais além dos custos.

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. (Cappelletti, 2002, p 31).

Inserido no sistema de justiça brasileiro, essas soluções particulares, para Cappelletti não só se mostram como benéficas para a celeridade do processo, mas demonstra que, processos em que ocorre a mediação e as partes participam efetivamente de suas escolhas, se sintam mais confortáveis com o resultado alcançado, pois gera o sentimento de autonomia em suas próprias decisões.

Ao mencionar a precisão de um meio alternativo, pode ocorrer eventos adversos a esses meios, acontecimentos esses que estão ligados a não participação ou a rejeição do modelo de resolução, pela crença de que tal modalidade não possua tanta ênfase resolutiva em comparação a jurisdição. Esses eventos adversos podem ser entendidos como “Fuga da Autocomposição”³.

O novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, começa a tratar das soluções consensuais dos conflitos logo no § 2º do art. 3º, destrinchando que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.” (Brasil, 2015). É subentendido que o legislador quando procurou elaborar tal norma pensou em como promover a solução consensual dos conflitos poderia de alguma forma desafogar o sistema judiciário.

Adiante, é possível ver no § 3º ainda do art. 3º, a explicitação de como tais métodos de resolução dos conflitos não só deverão ser estimuladas pelo estado mas segundo o § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (Brasil, 2015).

³Sigla usada para o Código de Processo Civil.

Ao compartilhar do mesmo entendimento, Koury⁴ no seu trabalho intitulado *mediação e conciliação no novo código de processo civil - seus desdobramentos no direito processual do trabalho*, explicita que essa implicação dos métodos consensuais no CPC⁵, se tomou de certa forma proporções de princípios processuais constitucionais fazendo com que o estado imponha sempre que possível essas modalidades. Fixa a solução consensual como norma fundamental do processo, no mesmo patamar dos princípios processuais constitucionais, impondo essa modalidade de solução de conflito como prioridade para atuação do Estado. (Koury. 2016. p 4).

Ao fazer a diferenciação entre suas particularidades e quando são usadas em diferentes hipóteses, o texto normativo do código de processo civil consegue fazer essa distinção e também uniformizar a organização, no art. 165, dispõe que “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (Brasil, 2015).

É claro que o caput do artigo trata da organização que os tribunais tomarão para as conciliações e mediações, além de reafirmar que esses espaços deverão estimular a solução por meio desses métodos alternativos, adiante são retomadas as principais características nos parágrafos do artigo, no § 3º, é explorada quando usada a mediação.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (Brasil, 2015).

⁴É o conflito de interesses que leva à instauração de um processo judicial. A lide é o elemento fundamental que orienta a condução e resolução do processo.

⁵A sigla significa “Resoluções de conflitos online” é a resolução de litígios, que são comuns nas vias judiciais, feitas de forma virtual, pelos meios digitais, procurando garantir celeridade e efetivação da lei. O autor, nessa ocasião, menciona a terminologia como novo meio de integração da tecnologia na justiça brasileira.

Em síntese, a mediação será usada nos casos em que as partes possuam um vínculo anterior a lide⁶, dessa forma, a justiça disponibiliza a figura do mediador que ajudará na facilitação do conflito das partes. “Este método demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro, com referência à inter-relação existente entre as pessoas envolvidas em conflito. É bom lembrar que ela não visa pura e simplesmente ao acordo, visa sim atingir a satisfação das motivações das pessoas”. (Neto. 2011, p.3).

Adiante o parágrafo anterior §2º, destina o conceito acerca da conciliação e também da diferença que há no funcionamento entre a mediação e a conciliação. §2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes possam conciliar. (Brasil, 2015).

Já Neto (2011), consegue trazer uma visão mais doutrinária acerca da conciliação, o autor inicia abordando que a conciliação é, “considerada pela doutrina jurídica brasileira como a autocomposição indireta ou triangular, posto existir um terceiro que as auxilia na composição.”(Neto, 2011, p 1). Completa a sua visão colocando a conciliação como o método que, “não requer o conhecimento aprofundado da interrelação das partes em conflito, já que é inexistente. É o caso de um abaloamento de veículos, uma relação de consumo, onde as pessoas não possuem vínculos afetivos”. (Neto, 2011, p 1).

3 Eficiência e celeridade da conciliação e mediação

Analisando fatores que impulsionam o pensamento de eficiência e celeridade no processo de conciliação e mediação, podemos mencionar diferentes ocorrências que podem levar a resultados positivos quanto a realização desses principais meios alternativos de resolução dos conflitos.

Alguns desses fatores foram as realizações diante de momentos de crise, o trabalho intitulado “Mediação e conciliação em tempos de covid-19 (ou além dele) e procedimentos de online dispute resolution:

⁶ Conceito usado pelo autor para demonstrar que está ligado à ideia de evitar a resolução de conflitos por meio de acordo. Muitas vezes, isso se refere a situações em que as partes optam por não buscar uma solução conciliatória, seja por desinteresse, desconfiança ou mesmo pela vontade de impor suas próprias vontades.

vantagens e desvantagens das interações síncronas e assíncronas” 2020, de Feliciano, assume um papel importante na busca de conhecimentos que fortalecem esse pensamento.

O trabalho fala abertamente da covid -19, período em que o Brasil enfrentou uma crise sanitária, os sistemas econômicos e sociais foram exponencialmente atingidos, mas um dos meios que precisou adaptar-se para andar em conjunto com as sequelas da crise, foi o sistema judiciário. Observa-se que o Artigo visa justamente relacionar estas consequências jurídicas do isolamento social ao *online dispute resolution*⁷, demonstrando como o uso dos meios digitais pode facilitar e acelerar as formas de resolução da lide através da conciliação e mediação.

O principal objetivo do trabalho de Feliciano que fora mencionado anteriormente, de forma hermética, menciona a Covid-19, essa alusão é feita principalmente para expressar o resultado positivo que o poder judiciário obteve diante do resultado da aceleração que esses métodos puderam proporcionar. O autor segue com a sua compreensão acerca desses resultados, mencionando que a justiça deve saber aproveitar as novas tecnologias que continuam sendo introduzidas na justiça brasileira, conclui também que deve garantir direitos processuais expressos as partes no processo:

Nessa alheta, os novos modelos de resolução de conflitos devem saber aproveitar, o tanto quanto possível, as facilidades das novas tecnologias, “si et quando” permitam respeitar as garantias processuais das partes, a qualidade das respectivas manifestações de vontade e, na espécie trabalhista, o caráter próprio do direito material em perspectiva (que admite transações, mas não admite, em tese e princípio, meras renúncias. (Feliciano, 2020, p. 25).

A necessidade mencionada é a efetivação da lei e garantia de um processo moderno, utilizando destes novos meios como forma de exercer jurisdição para que as resoluções da lide sejam mais rápidas, na forma

⁷ Koury ingressou na magistratura trabalhista em 1987, por meio de concurso público. foi presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região, no biênio de 1995/1997. Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos.

que os princípios processuais não sejam ignorados. Esta modernização do processo, facilita que os envolvidos tenham suas garantias protegidas, assegurando a todas as áreas do Direito, a devida adequação a seus princípios, no sentido de garantir uma resolução garantista e a igualdade das partes.

Observando que a finalidade da autocomposição é justamente a eficiência e celeridade da solução, logo não existe no nosso ordenamento jurídico, uma resolução processual eficaz, que não proteja os direitos assegurados e a igualdade entre as partes. Por isso que estes meios de resolução de conflitos, foram construídos com mecanismo jurídicos que garantem sua devida eficácia:

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015¹⁹ (Lei da Mediação) impõe em seus artigos 1º, 2º e 3º, em síntese, ser a mediação o meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, sendo esta uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, que tem por atribuições auxiliá-los e estimulá-los a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, orientada pelos princípios da imparcialidade, da isonomia entre os litigantes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca pelo consenso, da confidencialidade e da boa fé, podendo ser objeto da negociação, a mediação do conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. (Feliciano, 2020, p 5)

Ao adentrar ainda mais nas afirmações e sistemáticas pesquisas que utilizaram da mesma temática para mostrar resultados positivos, o site de comunicação de interesses jurídicos informativos, reuniu estudos que correspondem a efetividade da mediação e conciliação. Nessa reunião de dados, Marina Soares Vital Borges apresentou dados relativos à cidade do interior do Mato Grosso, tal estudo revelou que “quando as técnicas de resolução autocompositivas são utilizadas em sessões pré-processuais o índice de acordo é alto (77,4%). Das 93 audiências realizadas, houve acordo em 72 (Redação Conjur, 2022).

Fundamentando ainda mais essas abordagens, Borges ressaltou que “as ferramentas usadas nas soluções autocompositivas têm contribuído

para diminuir a sobrecarga processual e resolver os conflitos, mas não servem para todos os casos.”(Redação Conjur, 2022) Tal pensamento é inevitável quando diferentes perspectivas acerca do modelo são visualizadas. Borges acrescenta ainda mais o incentivo dessas modalidades, toda essa prospecção de incentivos surge da junção dos resultados que obteve

“As sessões pré-processuais ocorrem em casos que ainda não chegaram à Justiça e o incentivo para todos os envolvidos é exatamente esse: evitar os custos da judicialização e a demora da tramitação. As partes têm mais disposição para fazer o acordo. É um recurso que deve ser cada vez mais incentivado. (Redação Conjur, 2022).

Ainda que a pesquisa realizada por Borges tenha se limitado a uma cidade do interior do Mato Grosso, é possível equiparar essas pesquisas a todo o funcionamento de um sistema de pesquisa, outro grande trabalho que dita o funcionamento e embasa estudos concretos acerca da mediação e conciliação é o *“eficácia da conciliação e mediação no âmbito do tjdf”* 2017.

O trabalho de Cardoso consegue conversar quanto à perspectiva de uma efetividade e também de um cumprimento de princípios processuais, ao discernir que em sua análise houve a acentuação de aumento nas conciliações no TJDF⁸, esse aumento todo deu-se em virtude “tudo em virtude da adaptação do Tribunal à nova política pública de conflitos de interesses estabelecidas tanto pela Resolução nº 125/2010, do CNJ, quanto pela vigência do CPC/2015”.(Cardoso, 2017).

O fato principal é que ambos os estudos encontrados evidenciam ainda mais que os métodos alternativos de resolução dos conflitos, possuem preparo para arguir com os principais desafios do sistema judiciário atual, como o congestionamento judicial e a participação mais complexa das partes no processo, todas essas complexidades sanadas conseguem tornar o judiciário brasileiro eficaz, não só quanto a soluções rápidas, mas também aquelas que carregam frequentes mitigações temporais quando se fala de resultados e perspectivas.

⁸Síglas utilizadas para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

4 Considerações finais

As novas formas de resolução de conflitos e seus efeitos práticos no ordenamento jurídico brasileiro, demonstram que as modalidades conseguiram adequar-se a um judiciário lento e as adversidades que surgiram com a evolução do tempo, essas modalidades acabam protegendo os princípios adotados pelo judiciário brasileiro, diminuindo o risco da morosidade nos processos e promovendo uma justiça que garante a devida satisfação dos envolvidos, tal como desafogue o poder judiciário.

A evolução da tecnologia teve repercussão direta nas novas formas de resolver os conflitos. No momento que o Brasil passa adotar os meios digitais como um instrumento diante da lide, a *online dispute resolution* (Resolução de disputa online) fortalecem a conciliação e a mediação, novas maneiras de garantir sua eficácia e prevalecer a celeridade.

São os meios digitais que asseguram a execução da autocomposição diante da pandemia do covid 19, mesmo que o isolamento social impedisse um acesso físico aos ambientes da jurisdição, as formas virtuais levaram para o cidadão uma conciliação e a mediação a distância. Observe que estes novos instrumentos de acesso ao judiciário garantem ao Direito brasileiro sua devida eficácia diante de adversidades e naquele momento, garantiu a sociedade formas democráticas de acesso a resolução dos seus litígios e agilidade do processo judicial.

Ao compreender o acesso à justiça, mencionado por Cappelletti e a democratização quanto a aplicação de princípios constitucionais, é possível entender como a facilitação do resultado e a rapidez, deduz também efetividade. Portanto, é legal que tamanhas contextualizações primitivas mencionadas anteriormente, sejam vistas como acesso a uma formação para a fundamentação de algo que se complementa aos meios de resolução dos conflitos e, mesmo desvinculadas do atual funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro, ainda assim se apresenta válida.

O intuito deste artigo, versa em levar a comunidade jurídica a essencialidade de observar novos meios de resolução dos problemas jurídicos brasileiros. disserta-se acerca da conciliação e mediação como instrumentos eficazes conquanto aos litígios no ordenamento jurídico, demonstrando desde de sua natureza jurídica, o intuito que teve o legislador em estimular a autocomposição, como forma de resolução célere da lide, até dados que demonstram a eficácia da execução de audiências de conciliação e mediação, concluindo que a

efetivação do processo judicial é fortalecida e evoluída quando resolvida pelos meios de autocomposição.

Durante o desenvolvimento desta pesquisa, foram encontradas dificuldades em relacionar os dados existentes, acerca da autocomposição, quanto aos números de satisfação do feito, dados comparados de conciliação para a mediação, considerando que todo caso tem sua especificação, assim como demonstrar em números a definitiva satisfação.

Considerando os fatores que mencionamos, desde da eficiência da conciliação e mediação e as formas digitais de acesso, urge uma necessidade de aprimoramento destes instrumentos, primeiro que considerando a realidade de nosso país, é necessário que os tribunais observem a execução das audiências de autocomposição, considerado suas especificações essencialmente nos casos em que os envolvidos estejam em vulnerabilidade social, considerando isto, surgem novas problemáticas.

A problemática do acesso à tecnologia pelas partes, mesmo que os tribunais disponibilizem em suas sedes, devemos considerar que é necessário que a parte sem a tecnologia ou até com desconhecimento de sua existência, possa entender e ficar tranquila diante da audiência, assegurando a ela o devido respeito e garantindo que a autocomposição seja efetiva.

Cabe aos tribunais, estimular com veemência a autocomposição, no sentido em que não entenda as partes, como somente uma forma de resolver rapidamente, gerando a ela qualquer prejuízo, deve sempre rememorar, que a autocomposição é a forma consensual e efetiva na melhor resolução da lide.

Com estímulos e o devido respeito e conhecimento, conseguimos desenvolver maneiras de fortalecimento da autocomposição, em entendimento direto de tudo isso, vem a figura do advogado, que também deve reconhecer a importância da autocomposição e levar a seus clientes, como forma de democratizar o acesso, que os instrumentos de resolução de conflitos podem assegurar meios céleres e necessários, diante de um processo moroso e denso, protegendo os seus direitos e garantindo um acesso igualitário.

Referências

BARROS, Juliana Letícia. *Conciliação e mediação: a celeridade da efetivação extrajudicial nos trâmites processuais e a proteção do princípio da garantia da dignidade da pessoa humana*. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/conciliacao-e-mediacao-a-celeridade-da-efetivacao-extrajudicial-nos-tramites-processuais-e-a-protecao-do-principio-da-garantia-da-dignidade-da-pessoa-humana/1525316884>. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. *Código de processo civil de 2015*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 out. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. 1988, v 2002. Sergio Antonio Fabris Editor Porto Alegre, 1988. Reimpresso em 2002.

CARDOSO, Jéssica Ferreira. *Eficácia da conciliação e mediação no âmbito do tjdf*. 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/convenios-e-credenciamento/programa-de-suporte-a-pesquisa-academica/monografias/eficacia-da-conciliacao-e-mediacao-no-ambito-do-tjdft-por-jessica-ferreira-cardoso-bacharel-em-direito-pelo-centro-universitario-estacio-de-brasilia>. Acesso em: 29 out. 2024.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. BRAGA, Taís Batista Fernandes. *Mediação e conciliação em tempos de covid-19 (ou além dele) e procedimentos de online dispute resolution: vantagens e desvantagens das interações síncronas e assíncronas*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6 (2020), N.º 6. 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_0635_0659.pdf. Acesso em 17 out. 2024.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. MOTTA, Ana Bárbara Barbuda Ferreira. *O sistema multiportas como propulsor do acesso à Justiça no âmbito do juizado de Fazenda Pública*. 2020. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/imagens/>

pdf/REVISTA_NOVATIO/07_REVISTA_NOVATIO_1a_EDICAO_ARTIGO_05.pdf. Acesso em: 16 out. 2024.

KOURY, Luiz Ronan Neves. Mediação e Conciliação no novo código de processo civil: seus desdobramentos no direito processual do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região*. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 179-189, jan./jun. 2015. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 80, n. 4, p. 414-419, abr. 2016.

MUNIZ, Carla. *Tipos de pesquisa*. 2024. Disponível em: <https://www.significados.com.br/tipos-de-pesquisa/>. Acesso em: 12 out. 2024.

NETO, Adolfo Braga. *A mediação de conflitos e suas diferenças com a conciliação*. 2011. Disponível em: . Ace Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6 (2020), N.º 6. 2020. Acesso em: 16 out. 2024.

PORTO, Marcos Ítalo De Araújo. *Mediação e Conciliação: da análise histórica e da evolução normativa no Brasil - Curso de direito*. Trabalho de Conclusão de Curso, Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC. 2021.

REDAÇÃO CONJUR. *Estudos apontam eficiência do uso da mediação e da conciliação*. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-12/estudos-apontam-eficiencia-uso-mediacao-conciliacao-justica/>. Acesso em: 26 out. 2024.

SEVERINO, Antônio Joaquim. 1941. *Metodologia do trabalho científico [livro eletrônico]* Antônio Joaquim Severino. 1. ed. São Paulo : Cortez, 2013.

SOLANO, Luisa Maria Moreira. *A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos*. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos/575316098>. Acesso em: 16 out. 2024.

