



LUMIAR

REVISTA DO PROGRAMA
DE PÓS-GRADUAÇÃO
DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO



Ano 4 • N. 4 • T. 1 | Janeiro a Dezembro - 2022 | ISSN 2237-9339

LUMIAR

**REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO MARANHÃO**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Danilo José de Castro Ferreira

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Regina Maria da Costa Leite

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Themis Maria Pacheco de Carvalho

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf

OUIDORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO TITULARES (2021-2023)

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Themis Maria Pacheco de Carvalho

CORREGEDORA-GERAL

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato

CONSELHEIRO

Lize de Maria Brandão Sá Costa

CONSELHEIRA

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro

CONSELHEIRA

Mariléa Campos dos Santos Costa

CONSELHEIRA

Regina Maria da Costa Leite

CONSELHEIRA

Carlos Jorge Avelar Silva

SUPLENTE

Domingas de Jesus Fróz Gomes

SUPLENTE

Francisco das Chagas Barros de Sousa

SUPLENTE

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

SUPLENTE

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

Presidente

José Antonio Oliveira Bents

Regina Lúcia de Almeida Rocha

Iracly Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lúcia de Mello e Silva Moraes

Lígia Maria da Silva Cavalcanti

Krishnamurti Lopes Mendes França

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

Selene Coelho de Lacerda

José Henrique Marques Moreira

Domingas de Jesus Fróz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Anchieta Guerreiro

Regina Maria da Costa Leite

Flávia Tereza de Viveiros Vieira

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Teodoro Peres Neto

Rita de Cássia Maia Baptista

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro

Sâmara Ascar Saaia

Themis Maria Pacheco de Carvalho

Maria Luíza Ribeiro Martins

Mariléa Campos dos Santos Costa

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato

Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf

Eduardo Daniel Pereira Filho

Carlos Jorge Avelar Silva

Lize de Maria Brandão de Sá Costa

Danilo José de Castro Ferreira

ISSN 2237-9339

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
ESCOLA SUPERIOR

LUMIAR

**REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO MARANHÃO**

LUMIAR, São Luís, ano 4, n. 4, t. 1, jan./dez. 2022

CONSELHO EDITORIAL

Karla Adriana Holanda Farias Vieira
DIRETORA DA ESMP
Ana Luiza Almeida Ferro
COORDENADORA DO PROGRAMA
DE PÓS-GRADUAÇÃO DA ESMP
Maria Esther Martínez Quintero
PROFESSORA DA UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA
Eduardo Augusto Salomão Cambi
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO PARANÁ
José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Lena Cláudia Ripardo Pausis
PROMOTORA DE JUSTIÇA
Ana Teresa Silva de Freitas
PROMOTORA DE JUSTIÇA
Cláudio Luiz Frazão Ribeiro
PROMOTOR DE JUSTIÇA
Sandro Carvalho Lobato de Carvalho
PROMOTOR DE JUSTIÇA
Tatiana Alves de Paula
COORDENADORA DE ORÇAMENTO
E FINANÇAS
Claunísio Amorim Carvalho
SERVIDOR DA ESMP

Coordenação

Karla Adriana Holanda Farias Vieira
Ana Luiza Almeida Ferro

Normalização

Maria Alaide Natali

Revisão

Ana Luiza Almeida Ferro
Claunísio Amorim Carvalho

Capa

Concepção de Karla Adriana Holanda Farias Vieira e Ana Luiza Almeida Ferro
e arte de Wemerson Duarte Macedo e Marcus Theodoro Lima Mendes

Fotografia da capa

Meirelles Jr.

Diagramação

Nonato Penha - Coordenadoria de Comunicação do MPMA

Impressão

Nova Indústria, Comércio e Serviços Ltda. – EPP (NOVAGRAF)

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão

Sede
Av. Prof. Carlos Cunha n.º 3261, Calhau,
São Luís-MA.CEP: 65076-820
Fones: (98) 3219-1600 / (98) 3219-1624
Homepage: <http://www.mpma.mp.br>

Centro Cultural e Administrativo do
Ministério Público do Maranhão
Rua Osvaldo Cruz,1396 - Centro,
São Luís-MA CEP: 65020-910
Fones: (98) 3219-1804 / (98) 3219-1998
Homepage: <http://www.mpma.mp.br>

© 2022 by Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão

As ideias e opiniões emitidas em artigos ou notas explicativas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Lumiar: Revista do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão / Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. - Ano 4, n. 4, t. 1, (jan./ dez. 2022)- . - São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2011-.

v. : il. color.

Anual

ISSN 2237-9339

1. Direito – Periódicos. I. Maranhão. Ministério Público. Escola Superior

CDU 34(05)

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

Perante o Código Civil, o sexo não é atributivo de direito, nem fundamento de incapacidade. O homem e a mulher são seres juridicamente iguais.

Clóvis Beviláqua

(Linhas e perfis jurídicos, 1930)

I swore never to be silent whenever and wherever human beings endure suffering and humiliation. We must take sides. Neutrality helps the oppressor, never the victim. Silence encourages the tormentor, never the tormented.

Elie Wiesel

(Discurso de aceitação do Prêmio Nobel da Paz, 1986)

PREFÁCIO

“Satisfação”, sinônimo de contentamento, de prazer obtido a partir da realização daquilo que se espera, é a palavra que nos soa ao coração ao concluirmos mais uma etapa com a presente publicação da *Lumiar*. Ver este volume publicado, tê-lo em mãos no seu formato impresso ou vê-lo na tela de um aparelho, não dá a ideia exata de quão complicado é chegar a este resultado. Como das outras vezes, não foi fácil organizar o volume, pois várias dificuldades e contratemplos se puseram em nosso caminho; nada que um esforço conjunto e um propósito firme não pudessem levar à sua superação.

E tal sentimento nos vem não só pelo fato de ter superado o desafio, como se fosse um mero alívio ou um peso que tiramos das costas, mas, sobretudo, pelo resultado, o prazer que nos dá oferecer material de grande utilidade, apresentando à comunidade ministerial e aos demais interessados textos que mostram a nossa capacidade de pesquisa e produção de conteúdo, contribuições, sem dúvida, no terreno da doutrina jurídica.

Dito isto, abrimos a presente edição com um artigo em homenagem a Clóvis Beviláqua (1859-1944), famoso jurista e pensador cearense, que legou ao Ministério Público do Maranhão o prestígio do seu nome, ao exercer, no início de sua carreira, o cargo de Promotor Público da Comarca de Alcântara, entre março de 1883 e fevereiro de 1884. Apesar do pouco tempo em nossas terras e dos poucos registros conservados que ali encontramos, a ESMP entende ser justa e oportuna a homenagem, por tudo o que ele fez na seara do Direito, especialmente pela contribuição do autor na elaboração do Código Civil de 1916, que vigorou no Brasil por 86 anos, dando lugar ao novo Código Civil, que este ano completou 20 anos de promulgação.

Visionário para sua época, Clóvis Beviláqua teve um entendimento diferenciado quanto ao papel da mulher na sociedade. Vê-se isto refletido, por exemplo, no seu relacionamento com Amélia Beviláqua, em defesa de quem protagonizou a célebre ruptura com a Academia Brasileira de Letras em 1930, após aquela instituição haver rejeitado a candidatura da escritora a uma cadeira vaga, pelo simples fato de ser mulher, em vez de julgar o conteúdo de sua obra literária. Vê-se isto, também, incorporado na sua teoria civilista/familiarista quando registra, dentre outros textos, no esboço do projeto do Código Civil de 1916, a mulher como integrante, na mesma estatura do marido, do núcleo familiar, tratando-os como “consortes”, uma vez que deveriam compor uma unidade social igualitária ou, nas suas palavras, de modo a justificar “a unidade jurídica pela igualdade dos cônjuges” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado pelo grande jurista).

Na sequência, temos os artigos jurídico-científicos de docentes e colaboradores da ESMP, bem como de alguns alunos do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção, oferecido pela ESMP em parceria com a UFMA, entregues originalmente no formato de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), sobre os mais variados temas, cumprindo, com tais publicações, um dos objetivos principais deste periódico. Salientamos ainda os textos de alunos (Promotores de Justiça) concludentes do Mestrado Interinstitucional (MINTER) em Direito, fruto do convênio da ESMP com a UNDB/PUCRS. A Escola Superior parabeniza a todos os 53 alunos pela conclusão dos cursos, seja da Especialização, seja do Mestrado.

Cumpramos igualmente que a ESMP se orgulha do destaque dado a dois de seus alunos da Especialização, os Promotores de Justiça, Sandro Carvalho Lobato de Carvalho, citado em decisões do STJ, e Lindemberg do Nascimento Malaguetta Vieira, pelo pioneirismo, acompanhado do Promotor de Justiça Júlio Aderson Borralho Magalhães Segundo, na atuação em face de um caso de violência política contra mulheres na Comarca de Pedreiras.

Completam a revista as seções de discursos e entrevistas. A seção de entrevistas compreende a concedida pela Prof.^a Dr.^a Lucylea Gonçalves França, do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão, coordenadora da Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção, ao Promotor de Justiça Dr. Alessandro Brandão Marques, e a reedição do texto de Clóvis Beviláqua em resposta ao jornalista Paulo Barreto (João do Rio), documento que compõe o extraordinário livro *O momento literário*, publicado em 1907, já reeditado outras vezes.

A nossa satisfação, portanto, decorre do sentimento de dever cumprido, pois, como nos ensina a sabedoria secular, ambas as coisas devem caminhar juntas: “*Quando tiveres cumprido teu dever, resta-te ainda outro: mostrares-te satisfeito*” (Goethe).

Nossa gratidão a todos os colaboradores da presente realização.

Uma ótima e proveitosa leitura!

Karla Adriana Holanda Farias Vieira
Diretora da Escola Superior
do Ministério Público do Maranhão

SUMÁRIO

HOMENAGEM A CLÓVIS BEVILÁQUA (1859 - 1944)

CLÓVIS BEVILÁQUA: DE FILHO SACRÍLEGO A CIVILISTA DA REPÚBLICA

Claunísio Amorim Carvalho

15

ARTIGOS

O COMPLIANCE ENQUANTO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Reynaldo Soares da Fonseca

Bruno Fernandes

69

RETROCESSOS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E À CORRUPÇÃO NO BRASIL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

Ana Luiza Almeida Ferro

87

A VALIDADE DA CITAÇÃO POR APLICATIVO DE MENSAGEM NO PROCESSO PENAL

Jorge Romcy Auad Filho

107

O CABIMENTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOMENTE EM RAZÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Tiago Quintanilha Nogueira

121

INTEMPESTIVIDADE PROCESSUAL E AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO

Gabriel Sodré Gonçalves

127

A JUSTIÇA NEGOCIADA EM SENTIDO LATO E O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE ENTRE AS PARTES

Igor Adriano Trinta Marques

141

DIREITOS HUMANOS CONTEMPORÂNEOS E LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA: (IN)CONVENCIONALIDADE, LIMITES DA LIMITAÇÃO, PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS E OUTRAS REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS <i>Joaquim Ribeiro de Souza Junior</i> <i>Marco Túlio Rodrigues Lopes</i>	153
VÍTIMAS (IM)PROVÁVEIS: VIVÊNCIAS DAS MULHERES USUÁRIAS DE CRACK EM DIÁLOGO COM A VITIMOLOGIA E A CRIMINOLOGIA FEMINISTA <i>Ana Luísa Rocha Martins Naslauský</i>	193
A APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE MINNESOTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ENFRENTAMENTO ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS <i>Bárbara Machado Alexandre</i>	209
A INCIDÊNCIA DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MARANHÃO: PERCEPÇÃO E REALIDADE <i>Clodomir Bandeira Lima Neto</i>	227
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E O PAPEL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO NA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA <i>Ednarg Fernandes Marques</i>	243
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OS PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DO REQUISITO DA NECESSIDADE E DA SUFICIÊNCIA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME <i>Gustavo Antônio Chaves Dias</i>	261
CRIMINOLOGIA E PSICANÁLISE: INTERSEÇÃO ENTRE A ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL DE SUTHERLAND E O OUTRO EM PSICANÁLISE <i>João Marcelo Moreira Trovão</i>	283

A (IN) APLICABILIDADE DA <i>EMENDATIO LIBELLI</i> NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RELEITURA DOS ARTIGOS 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E 17, § 10-F, INCISO I, DA LEI Nº 8.429/1992, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021	303
<i>Juizane Sousa de Holanda Oliveira</i>	
REDESCOBRINDO O PROTAGONISMO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL	321
<i>Lindemberg do Nascimento Malagueta Vieira</i>	
O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	339
<i>Samira Mercês dos Santos</i>	
A CONDUÇÃO COERCITIVA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: A NECESSIDADE DE UM OLHAR DIFERENCIADO	357
<i>Sandro Carvalho Lobato de Carvalho</i>	
O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DO DIREITO ANTICORRUPÇÃO	377
<i>Xilon de Souza Júnior</i>	

DISCURSOS

DISCURSO NA CERIMÔNIA DE ABERTURA DO 11º CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO	399
<i>Eduardo Jorge Hiluy Nicolau</i>	
DISCURSO NA CERIMÔNIA DE ABERTURA DO 11º CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO	401
<i>Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	

DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA ABERTURA DA EXPOSIÇÃO ILHADOS <i>Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	403
DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DO WEBINÁRIO “VIOLÊNCIA DE GÊNERO E MULHER COM DEFICIÊNCIA: ASPECTOS DA SITUAÇÃO DE INVISIBILIDADE E DUPLA VULNERABILIDADE” <i>Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	404
DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA PALESTRA “ANCESTRALIDADES, DIREITO E MULHERES NEGRAS” <i>Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	406
DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA ABERTURA DA EXPOSIÇÃO “PARALELAS CONVERGENTES - LAÇOS DE SANGUE” <i>Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	408
DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA 5ª EDIÇÃO DOS DIÁLOGOS PLURAIS COM TEMA TRANSFOBIA <i>Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	409
DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA CONFERÊNCIA INTERMUNICIPAL DE EDUCAÇÃO <i>Karla Adriana Holanda Farias Vieira</i>	411

ENTREVISTAS

ENTREVISTA COM A PROF.^a DR.^a LUCYLEA GONÇALVES FRANÇA (UFMA) MEDIADA PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA DR. ALESSANDRO BRANDÃO MARQUES (MPMA)	415
ENTREVISTA DE CLÓVIS BEVILÁQUA A JOÃO DO RIO, PUBLICADA NO LIVRO <i>O MOMENTO LITERÁRIO</i>, DESTE ÚLTIMO (RIO DE JANEIRO: GARNIER, 1907)	418



**HOMENAGEM A
CLÓVIS BEVILÁQUA (1859 - 1944)**

CLÓVIS BEVILÁQUA: DE FILHO SACRÍLEGO A CIVILISTA DA REPÚBLICA

Claunísio Amorim Carvalho¹

1 INTRODUÇÃO

Clóvis Beviláqua (1859-1944), jurista e pensador cearense, mestre de uma geração de brasileiros, é daquelas figuras históricas cuja fama corre à frente do *indivíduo*. Quer dizer, muitos podem não saber quem foi ele, mas já devem ter ouvido falar no seu nome. Foi Promotor Público no Maranhão entre 1883 e 1884, em sua primeira experiência na carreira jurídica, e consagrou-se como civilista e principal elaborador do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º/1/1916), vigorando, com todos os sucessivos ajustes, de 1º/1/1917 a 10/1/2003, atravessando décadas e governos distintos na turbulenta história republicana brasileira.

Duas décadas são passadas desde que o velho Código indicou, pela última vez, que o Brasil de Clóvis Beviláqua e Rui Barbosa já não existia havia tempos e as adequações a um novo século eram necessárias.² E veio um novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002), forjado longamente nas arenas do Congresso Nacional,³ indo agora para os 20 anos de vigência; mas ele também, embora relativamente novo,

-
- 1 Servidor do Ministério Público do Maranhão, historiador, ensaísta, revisor e editor. Doutorando em História (Universidade de Passo Fundo/RS), mestre em História Social (UFMA), especialista em Ciências da Religião (FATEH/MA), bacharel em História (UFMA), licenciado em Letras/Português (Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP), bacharel em Teologia (FATEAD/FATEH/MA) e Administrador de Negócios (UEMA). E-mail: claunisio@mpma.mp.br
 - 2 O Código Civil de 1916 foi alterado (redação dada, inclusão, revogação, renumeração, suspensão) 28 vezes, nos 86 anos de sua vigência, pelos Decretos 3.725/1919 e 20.330/1931; Decretos-Leis 5.860/1943, 8.207/1945, 9.461/1946 e 857/1969; e Leis 1.768/1952, 2.437/1955, 2.923/1956, 3.133/1957, 3.167/1957, 3.447/1957, 4.121/1962, nº 5.652/1970, 5.827/1972, 6.515/1977, 6.952/1981, 6.969/1981, 7.104/1983, 7.841/1989, nº 8.049/1990, 8.560/1992, 8.648/1993, 9.096/1995, 9.307/1996, 9.610/1998, 10.050/2000 e 10.192/2001. Se fosse possível fazer uma média, é como se o Código fosse alterado uma vez a cada 3 anos.
 - 3 O projeto do novo Código Civil foi apresentado ao Congresso Nacional em 1975, sob a coordenação e supervisão do jurista Miguel Reale (1910-2006). A Câmara dos Deputados aprovou o projeto em 1984, fazendo-lhe diversas emendas, assim como o Senado Federal em 1997. O texto final foi sancionado em janeiro de 2002.

já sentiu a dinâmica das cada vez mais rápidas mudanças.⁴ Quando ele passou a viger, em 11/1/2003, o nome de Clóvis Beviláqua permaneceu assentado em vasta historiografia, como um dos mais importantes juristas do país. Quem nunca ouviu falar dele, por suas atuações na seara do Direito e contribuições, de modo geral, à cultura brasileira? Se não por isso, seu nome aparece em logradouros, entidades e prédios públicos, em todo o Brasil, incluindo, para citar um exemplo maranhense, a sede do Tribunal de Justiça do Maranhão: *Palácio da Justiça Clóvis Beviláqua*.

Apresentamos, a seguir, uma síntese da vida e da obra do famoso jurista, a convite da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, órgão que, reconhecendo a importância histórica do autor e o prestígio do seu nome na galeria de membros do *parquet* maranhense, lhe presta justa homenagem em sua *Revista Lumiar*. Nosso propósito, além da homenagem e exposição de informações sobre o autor (destacando sua passagem pelo Maranhão e o projeto do Código Civil de 1916), é compreender o porquê dos acontecimentos e propor reflexões.

2 SÍNTESE BIOGRÁFICA

Obviamente, nossa intenção não é escrever uma nova biografia de Clóvis Beviláqua, com a certeza de que isso demanda tempo, técnica apropriada, objetivos estabelecidos e muito mais páginas. Mas como nosso texto tem um caráter biográfico, não ignoramos os limites e as possibilidades desse tipo de escrita, como ensina o historiador François Dosse em *O desafio biográfico: escrever uma vida* (DOSSE, 2009).

No caso específico de Clóvis Beviláqua, a tese de livre docência de Wilton Silva (2013) demonstra isso na prática, pois ele, a partir da leitura de quatro biografias sobre o autor cearense, mostra que cada uma construiu a imagem do personagem histórico por diferente ângulo. Como não podemos confundir uma vida (existência real, objetiva, imensurável, sendo grande parte inacessível, intraduzível, não interessante e não possível de registro) com a história que dela é contada (construção textual, narrativa fragmentária, subjetiva, seletiva, circunstancial, indiciária e falível), por mais fidedigno que seja o texto, vale lembrar que o Clóvis *real* não estará aqui nem em qualquer outro lugar, pois a biografia, nesse sentido, não passa de uma *ilusão biográfica*, para lembrar o famoso ensaio de Pierre Bourdieu (2006).

4 O novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), prestes a completar 20 anos de vigência, até a presente data (set/2022), já foi alterado 42 vezes, o que dá uma média de mais de duas vezes por ano. Somente no ano de 2016 não houve nenhuma alteração ao Código.

2.1 De filho sacrílego⁵ a Dr. Clóvis

Clóvis Beviláqua nasceu no dia 4/10/1859, na cidade de Viçosa, região noroeste do Ceará, quase na estrema com o Piauí. Foram seus pais o padre cearense José Beviláqua e a piauiense Martiniana Maria de Jesus, com quem o padre viveu em regime de concubinato por duas décadas. “Por volta de 1857 Martiniana Maria de Jesus já convivia, de portas a dentro, com o amoroso vigário” (MEIRA, 1990, p. 31), relacionamento que durou até a morte dela, em julho de 1879. Clóvis foi o segundo dos seis filhos do casal, tendo ascendência materna luso-brasileira e indígena (tabajara); já seu avô paterno, Ângelo Beviláqua, era italiano e fincara raízes definitivas no Ceará após um naufrágio (MEIRA, 1990, p. 33,36).

Apesar de proibido pela Igreja,⁶ o concubinato sacrílego era de conhecimento público e um tipo de relação não incomum naquele tempo.⁷ “Seu pai, o padre José Beviláqua, era estimado por seus paroquianos. O fato de viver em concubinato não lhe afetou o prestígio na comunidade. Era habitual na época, nos sertões do Brasil, os sacerdotes criarem e educarem ostensivamente os seus filhos” (MEIRA, 1990, p. 32).⁸

Quando o padre Beviláqua faleceu (1905), aos 87 anos, deixou vultosa fortuna aos herdeiros, vários imóveis, todos comprados legalmente e possuindo escritura pública, além de outros bens e dinheiro. Como acumulara ele essa fortuna? Vocacionado também aos assuntos financeiros, o padre emprestava certas quantias, “Recebia bens em penhor, especialmente jóias de ouro, relógios, instrumentos e máquinas” (MEIRA, 1990, p. 30). Daí proveio sua prosperidade material, pois, sendo padre diocesano, dispensou-se do voto de pobreza.

5 A designação “filho sacrílego” fazia parte do linguajar jurídico de antigamente. Consta no art. 210 da *Consolidação das Leis Civis* (1858), organizada por Teixeira de Freitas, da qual falaremos mais adiante: “Art. 210. São sacrílegos os filhos de clérigo, religioso, ou religiosa. [...]”. A nota que referencia tal preceito indica sua inscrição no Regimento do Desembargo do Paço, § 118.

6 Quanto ao celibato clerical, à época vigoravam as decisões do Concílio de Trento (1545-1563), além das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707), que se mantiveram como principal código jurídico-eclesiástico em vigor no Brasil até 1899, quando foram substituídas pelo Concílio Plenário da América Latina.

7 Podemos citar como exemplo, no contexto de História do Maranhão, o livro *Padres e concubinas: sacrílegas famílias no bispado do Maranhão no século XVIII* (São Luís: EDUFMA; Café & Lápis, 2022), da professora e historiadora Pollyanna Gouveia Mendonça Muniz, dentre outros trabalhos de sua autoria.

8 Na lista de alguns conhecidos personagens brasileiros, encontramos, além de Clóvis, outros ilustres “filhos de padre”, como o romancista José de Alencar (1829-1877), o jornalista José do Patrocínio (1853-1905) e o engenheiro e pesquisador Teodoro Sampaio (1855-1937).

Mas nesse ambiente familiar em que o leito dos pais não pode ser oficializado; a filiação paterna não pode ser legitimada⁹ (somente no seu testamento, o padre reconheceu legalmente os filhos); as necessidades materiais não são um problema; a cuidadosa criação materna forja o caráter dos filhos; o pai, segundo as fontes, também lhes dispensa cuidado e providencia a instrução; há harmonia entre os pais à vista da prole; a natureza (Serra da Ibiapaba) e a cidade de hábitos rurais são a paisagem cotidiana da família; “Teria a origem e o meio ambiente, da infância, marcado para sempre a psicologia de Clóvis, homem tímido, retraído, apegado à vida do lar?” (MEIRA, 1990, p. 32). O biógrafo acredita que sim.

Clóvis frequentou, entre 5 e 10 anos, as aulas da professora Francisca Silvina das Virgens e do mestre-escola Marcelino Freire das Virgens, e recebeu do pai instruções de latim e francês. Este, porém, vendo que não haveria “futuro” para Clóvis em Viçosa, encaminhou-o a Sobral, uma cidade maior, para continuar os estudos. Dois anos depois, Clóvis fixava-se na capital, Fortaleza, onde vivia a avó paterna, Luísa Gaspar Beviláqua, àquela altura viúva, e ali se matriculou no colégio Ateneu Cearense; seus pais permaneceram em Viçosa. Aos 14 anos, foi para o Liceu do Ceará, no qual estudou por três anos, sendo colega de Capistrano de Abreu e Paula Ney (MEIRA, 1990, p. 51-53). Numa época em que se exigia bastante dos alunos – longe das facilidades, recursos, opções e distrações atuais –, Clóvis soube remir o tempo para formar as bases do homem culto que viria a ser: “Estudava-se muito [...] todo um vasto conhecimento alicerçava a formação cultural e moral do adolescente” (MEIRA, 1990, p. 53).

Aos 17 anos, chegou ao Rio de Janeiro, onde se matriculou no Externato Jasper e depois no Mosteiro de São Bento. Eram estudos preparatórios para o curso superior. “Por trás dessa ascensão estava a mão protetora do padre Beviláqua” (MEIRA, 1990, p. 53). Fez, então, amizade com Silva Jardim, Pereira Franco e Paula Ney, e juntos fundaram o jornalzinho *Labarum Literário*, que teve apenas três números. Escrevia ele, naqueles textos adolescentes, conteúdo de cunho literário, filosófico e político, já dando sinais do futuro homem de letras, então conhecido por sua determinação nos estudos, especialmente da doutrina positivista. “Aproximou-

9 Constava na certidão de batismo de Clóvis apenas a filiação materna: “Clóvis, branco, filho natural de Martiniana Maria de Jesus, nascido a 4 de outubro deste ano, padrinhos João Beviláqua e sua mulher Mariana Beviláqua, fiz este lançamento que assino. O Vigário J. Beviláqua” (MEIRA, 1990, p. 51). O sobrenome Beviláqua dado a Clóvis e seus irmãos viria, ao que parece, por subterfúgio, do padrinho, o qual na verdade era o tio paterno. Consta também, por evidências documentais, que Martiniana se casou, em 10/5/1855, com o comerciante Antônio Severiano da Silveira, provavelmente um primo dela, em cerimônia celebrada pelo próprio padre Beviláqua. O casal separou-se logo em seguida, sem ter coabitado, tendo o comerciante ido embora depois de receber, em dinheiro, sua parte no plano arquitetado pelo padre, que pouco depois passou a conviver maritalmente com Martiniana. Mais detalhes sobre esse casamento podem ser vistos em Meira (1990, p. 30-31).

se da obra de Augusto Comte, que investigou em profundidade. Silva Jardim incentivava-o. Todos o estimavam” (MEIRA, 1990, p. 54).

O positivismo de Comte já experimentara mudanças na Europa, com Littré e Stuart Mill, que se afastaram da feição religiosa dada pelo mestre francês à doutrina (“religião da humanidade”). Desse modo, ao se irradiar pelo Brasil, desde os anos 1850, já havia no país, ao tempo do Clóvis estudante, dois ramos diversos do positivismo, representados nos dois principais centros onde ele mais se destacou: no Recife (“Escola do Recife”), o positivismo heterodoxo, tendo como centro a Faculdade de Direito, e nomes expressivos como Tobias Barreto e Sílvio Romero, difundido por meio da literatura, depois evoluindo para outras correntes, como o monismo de Haeckel, o evolucionismo de Herbert Spencer e o positivismo cientificista de Littré; no Rio de Janeiro, o positivismo ortodoxo de Miguel Lemos e Teixeira Mendes, de perfil religioso, atraindo estudiosos da matemática e repercutindo no meio dos militares, entre os quais Benjamin Constant, tendo como centro a Escola Politécnica, sobretudo nos cursos militares e de engenharia (MEIRA, 1990, p. 222-223).

Ao fim dos estudos preparatórios, Clóvis tomou uma decisão:

Terminados os preparatórios, alguns colegas seus, como Silva Jardim, preferiram prosseguir os estudos no Curso Jurídico de São Paulo; Clóvis preferiu Recife, o afamado curso em que pontificava Tobias Barreto.

Fatores sentimentais e culturais devem ter concorrido para a preferência de Clóvis. Perdia a convivência amiga de colegas que seguiram para a paulicéia, mas, em compensação, volta-va ao seu nordeste [...] (MEIRA, 1990, p. 54).

Desse modo, Clóvis matriculou-se no curso de Direito na Faculdade do Recife, em 1878. Verdade é que Tobias Barreto (1839-1889), filósofo, crítico e jurista sergipano, um dos líderes da “Escola do Recife” e introdutor da leitura de vários autores alemães no Brasil, embora muito conhecido no meio intelectual àquela época, não tinha vínculo com a Faculdade em 1878, donde saíra formado em 1869 e onde ainda não ingressara como professor, fato que só se daria em 1882, no último ano do curso de Clóvis. Por essa razão, a escolha deste por Recife não deve ter entre os motivos, para fugir do anacronismo, a presença de Tobias como docente da faculdade, mas, se for o caso, a sua influência intelectual no ambiente.¹⁰

10 Posteriormente, Tobias e Clóvis foram colegas na Faculdade do Recife, o primeiro como professor e o segundo como bibliotecário (1884-1889), mas não chegaram a ser colegas de cátedra, pois Clóvis, após aprovação em concurso público, só foi nomeado professor em 15/6/1889, doze dias antes da morte de Tobias, o qual já se afastara das atividades por causa da derradeira enfermidade.

Durante o curso, Clóvis foi atraído pela leitura de Comte, Haeckel, Büchner, Noiré, Jhering, Littré, Post, muitos deles propagados por Tobias, além de poetas e romancistas. Desses, o pensador positivista francês Emile Littré (1801-1881) e o jurista alemão Rudolf von Jhering (1818-1892), com sua concepção realista e evolucionista do Direito, foram os autores que mais o influenciaram em suas convicções filosóficas naquele período. À época, Clóvis integrava sociedades literárias/filosóficas e clubes estudantis, ministrava aulas de História no Gabinete Português de Leitura e palestras, colaborava em vários jornais do Recife e até do Rio de Janeiro (*A Nova Aurora*, de Quissamã), destacando-se ainda como editor de alguns folhetos, entre os quais *Vigílias Literárias* (1879-1882) e *Ideia Nova* (1880), com Clodoaldo Freitas e Martins Júnior (MEIRA, 1990, p. 55, 58). Em vários desses textos, distinguia-se, entre outras coisas, por discursos abolicionistas e republicanos, com duras críticas ao Império.

Muito interessado em filosofia e literatura, Clóvis mostrou-se, nesse período, com tirocínio para filósofo e crítico literário, mas não parecia dar mostras de vir a ser um jurista. Seu gosto pela ciência jurídica só viria depois de formado. Isto ele o confessa ao jornalista João do Rio, na década de 1900:

Depois de concluído o meu curso de Direito foi que, por assim dizer, comecei a interessar-me por essa bela ciência, ao lado da qual passara cinco anos sem lhe perceber os encantos. Devo a Tobias esse inestimável serviço de me ter aberto a inteligência para ver o Direito. Durante o curso acadêmico, estudei apenas para cumprir as minhas obrigações e transitar pelas solenidades escolares sem apoio estranho, mas não podia dedicar afeição profunda a uma ciência na qual não descobria o influxo das idéias que me davam a explicação do mundo (RIO, s.d., p. 35).

Apesar de ter publicado, em agosto de 1882, um artigo exaltando o valor da Jurisprudência (MEIRA, 1990, p. 124), tal estima tardia pelo Direito pode ser refletida na sua produção bibliográfica, pois seu primeiro livro jurídico só apareceu 4 anos depois de formado (*Estudos de Direito e Economia Política*, Recife, 1886), enquanto textos de filosofia e ensaios literários já o ocupavam bem antes (*A Filosofia Positiva no Brasil*, Recife, 1883; *Esboço sintético do movimento romântico brasileiro*, Recife, 1882; para ficar em dois exemplos).

Sendo Tobias Barreto fundamental para que Clóvis passasse a nutrir gosto pelo Direito, se isso não se deu durante o curso ou só parcialmente, deve ter ocorrido após o retorno do cearense para a Faculdade (1884), onde assumiu o cargo de bibliotecário.

Tobias Barreto foi o principal nome da chamada “Escola do Recife”, movimento sociocultural ocorrido na capital pernambucana, especialmente na Faculdade de Direito. Pode ser dividido em três fases: a primeira, que vai de 1862 a 1870, é a fase poética, quando foram lançadas as bases da poesia filosófico-científica, com nomes expressivos como Tobias Barreto, Castro Alves, Sílvio Romero, dentre outros; a segunda é a fase crítico-filosófica, de 1870 a 1882, em oposição ao romantismo, com a presença de nomes como Celso Magalhães, Sousa Pinto, Inglês de Sousa, etc.; e a terceira, a fase jurídica, iniciada em 1882, com nomes como Clóvis Beviláqua, Martins Júnior e Arthur Orlando (HOLANDA, 2021, p. 37-42). O professor e jurista Mario Losano, por sua vez, divide o movimento em quatro fases.¹¹ Tobias Barreto influenciou o movimento em diferentes fases.

Tamanha era a admiração por Tobias, que, no seu *Juristas filósofos* (1897), Clóvis dedicou-lhe um capítulo inteiro, no qual falou do poeta, do filósofo e do jurista reunidos no mesmo indivíduo (BEVILÁQUA, 1897, p. 107-130). Clóvis conhecia os autores preferidos do mestre Tobias, mas enxergava também os aspectos originais do pensamento dele:

Em philosophia do direito, os mestres predilectos de Tobias fôram os dois insignes juristas allemães, Rudolf von Jhering e Hermann Post. Mas não era ele um espirito que se contentasse com reproduzir idéas alheias, por mais grandiosas que fossem, e ainda que tivesse a consciênciã de apresentar no convívio, para que convidava os seus ouvintes e leitores, uma iguaria nunca dantes saboreada por elles. Tomou dos mestres a orientação scientifica e as idéas fundamentaes, para fazer por sua conta as applicações que julgou necessarias (BEVILÁQUA, 1897, p. 114-115).

11 “1) Primeira fase (final dos anos de 1860 até 1875): caracterizada pela reação inicial ao ecletismo espiritualista então dominante no Brasil; 2) Segunda fase (de 1875 a 1885): fase iniciada com a reprovação de Sílvio Romero ao concurso pela cátedra de filosofia da Faculdade de Direito do Recife. [...] Trata-se de um momento de abandono ao positivismo comteano; 3) Terceira fase (de 1885 ao fim do século XIX): período de apogeu da Escola do Recife. Caracteriza-se pelo combate vigoroso ao espiritualismo e ao positivismo comteano. Com a morte de Tobias (1889), desenvolvimento de um cientificismo não dogmático e muito peculiar, de origem neokantiana. Lentamente, a Escola do Recife sai da linha traçada por Tobias Barreto, e investe no estudo da sociologia [...]; 4) Quarta fase (de 1906 a 1914): fase de decadência ou dissolução da Escola do Recife. A Revista **cultura acadêmica** deixa de ser publicada em 1906, ano em que não se pode apontar a produção de monografia filosófica na FDR. Diz-se que é a fase “jurídica” da Escola do Recife, por ser marcada pelo abandono da filosofia e migração para o Direito. Clóvis Beviláqua e Arthur Orlando seriam os grandes representantes desta última fase” (apud COSTA FILHO, 2013, p. 195-196).

Dentre as influências de Tobias, Clóvis elegeu, como a grande contribuição do sergipano ao Direito brasileiro, a desnaturalização do Direito, colhida aos juristas alemães, para compreendê-lo como criação humana, fruto de processo histórico:

O direito é, portanto uma criação humana que se desenvolve com a civilização, ao contrario do que pensavam os theoristas do direito natural, que no-lo apresentavam, em sua essência, como uma scentelha divina, destinada a nos illuminar nas trevosidades da vida, ou como uma idéa universal e necessária, obtida pela razão, pela intelligencia emquanto capaz de comprehender o absoluto (BEVILÁQUA, 1897, p. 118).

Não se nasce com direito, direito se conquista. Era o que pensava. Graça Aranha (1931, p. 153-154), também discípulo de Tobias, faz a mesma observação: “Onde Tobias Barreto não vacilou, foi na repulsa do direito natural. Para elle o direito não é anterior á sociedade, é um producto cultural desta. Só por isso, o seu serviço ao pensamento juridico foi incomensuravel”. E tal contribuição, por influência do germanismo adotado por Tobias, passou também à grande obra de Clóvis: “O Codigo Civil brasileiro, construcção de Clovis Bevilaqua, se filia á inspiração de Tobias” (ARANHA, 1931, p. 152).

Orador da turma de 1882, Clóvis teve como colegas formandos Benedito Leite, Manoel Lopes da Cunha e Urbano Santos (BEVILÁQUA, 1977, p. 164-166), expressivas figuras da política maranhense. É interessante notar que estes quatro homens tiveram no Ministério Público do Maranhão a sua primeira experiência jurídica profissional.¹²

O Dr. Clóvis, feito bacharel em Direito, com um leque de possibilidades de trabalho e carreira, podia orgulhar-se do título, um ideal de vida muito valorizado naquele século:

Com a criação dos primeiros cursos jurídicos, o aparecimento do bacharel em Direito acabou impondo-se como uma constante na vida política brasileira. Tratava-se não só da composição de cargos a serviço de uma administração estatal em expansão, mas, sobretudo, representava um ideal de vida com reais possibilidades de segurança profissional e ascensão a um *status* social superior. Isso se revestia de demasiado significado numa sociedade escravocrata em que o trabalho

12 Benedito Leite (1882-1883), Manoel Lopes da Cunha (1882-1886), Urbano Santos (1882-1886) e Clóvis Beviláqua (1883-1884).

manual era desprezado em função de letrados urbanos que se iam ajustando e ocupando as crescentes e múltiplas atividades públicas (WOLKMER, 2002, p. 98-99).

Ele podia satisfazer-se ainda mais com a conquista, ao rever a sua trajetória até ali, as dificuldades desde a saída de Viçosa, o constante afastamento da família, a morte prematura da mãe (1879), o sustento às vezes falho das mesadas, as primeiras remunerações, morando em pensões e repúblicas, estudando em condições desfavoráveis, o círculo restrito de amigos, etc. História semelhante à de muitos outros no seu tempo e à de muitos no nosso também.

2.2 A construção de uma carreira

Quando vemos o nome de Clóvis Beviláqua entre os antigos membros do Ministério Público maranhense, logo nos perguntamos em que circunstâncias ele, sem ter nenhuma relação anterior com o Maranhão, veio a exercer o cargo de Promotor Público na comarca de Alcântara, interior da província. Por não ser um trânsito esperado, como o foi para seus três colegas citados no tópico anterior, devemos atentar para tal questão. A resposta encontramos na própria natureza do que era a “instituição”¹³ naquele século, extensão do Poder Executivo, época anterior aos concursos públicos para o cargo e à estruturação de carreira, bem como nas relações sociais estabelecidas com pessoas proeminentes do meio social e político.

Como intelectual em formação, nos tempos de secundarista, depois acadêmico de Direito, articulista de jornais, crítico de literatura, estudioso da filosofia e nome cada vez mais conhecido no meio intelectual, vemo-lo alçando-se paulatinamente no interior de uma “rede de sociabilidades”, da qual falou o historiador Jean-François Sirinelli (2010), onde se fez par de importantes intelectuais brasileiros e criou amizades que lhe abriram portas no Ministério Público do Maranhão, na Faculdade de Direito do Recife, na Academia Brasileira de Letras, no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, no Ministério da Justiça (convite para elaborar o projeto do Código Civil), no Ministério das Relações Exteriores, etc.

Antes, porém, da experiência em Alcântara, Clóvis passou por uma decepção. Bacharelado-se, quis voltar ao Ceará e requereu ao presidente daquela província, Domingos Antônio Rayol (Barão de Guajará), o cargo de Promotor Público na

13 “Nas fases colonial e monárquica, o Ministério Público não era propriamente uma Instituição, mas um aglomerado de atribuições que recaía sobre agentes dissociados entre si e que não gozavam de quaisquer garantias, sendo nítida a subordinação à Chefia do Executivo” (GARCIA, 2008, p. 31). O autor aponta o Decreto nº 848, de 11/10/1890, que regulamentou a Justiça Federal, como sendo o marco legal a partir do qual se pode dizer que o Ministério Público brasileiro passou a ter organização e um perfil institucional.

Comarca de Aquiraz, a cerca de 32 km da capital, pois quem ocupava o cargo era um leigo. Pela lei,¹⁴ os Promotores seriam nomeados pelo Imperador ou pelo Presidente da Província, preferindo-se os bacharéis em Direito, desde que fossem idôneos. A resposta de Rayol foi que aquele promotor leigo era íntegro e cumpria bem sua função, a preferência por bacharéis não era necessariamente uma obrigatoriedade, e naquela região, em tempos de secas, os bacharéis costumavam abandonar o posto, diferentemente dos leigos. Clóvis protestou, escreveu em um jornal a sua insatisfação, alegando injustiça. Seria uma retaliação por ser um crítico do Império? Houve respostas. A polêmica se tornou conhecida. Foi-lhe oferecida a comarca de Maria Pereira, mas Clóvis não quis. Acabou ficando sem a promotoria desejada (MEIRA, 1990, p. 68-71).

Já a relação com o Maranhão começou pela amizade, desde a faculdade, com o escritor João Alfredo de Freitas (1862-1892), filho do desembargador José Manoel de Freitas (1832-1887), que em 1883 era o Presidente da Província do Maranhão.¹⁵ Mediante essa amizade, Clóvis conheceu a irmã de João Alfredo, a piauiense Amélia Carolina de Freitas (1860-1946), que se tornou sua noiva. Não seria difícil conseguir do Presidente do Maranhão e futuro sogro uma nomeação como Promotor na província. Clóvis nunca quis ser juiz, inclusive, já consagrado, rejeitou uma cadeira no Supremo Tribunal Federal em duas ocasiões, a convite dos presidentes Hermes da Fonseca e Washington Luís. Sílvio Meira suspeita que fosse algo próprio do temperamento dele. Clóvis seria Promotor em Alcântara. Mas por quê?

Que haveria de movimento forense em Alcântara, àquele tempo? Quase nada. População escassa em uma cidade que já tivera grandeza e ainda conservava os seus traços, os crimes deveriam ser os mais vulgares, homicídios bárbaros, furtos às caladas da noite, uma seqüência de fatos semelhantes que fazem cair em rotina os órgãos processantes. Estaria essa atividade de acordo com as tendências de Clóvis? Cremos que seu propósito era apenas o de obter um ponto de apoio financeiro, modesto embora, que lhe permitisse estudar – essa sua grande vocação – ler os seus filósofos, seus juristas, compulsar as obras de Spencer, de Littré, de Comte, de Haeckel, de Büchner, ler o seu Jhering [...] (MEIRA, 1990, p. 77).

Alcântara havia sido uma comarca muito maior e mais importante do que o era em 1883, dela se originando tantas outras comarcas na região (LOPES, 2022, p. 239-244). Não obstante, para Clóvis, a cidade trazia algumas vantagens: “[...] estaria

14 Art. 22 da Lei nº 261, de 3/12/1841 (Reforma do Código de Processo Criminal).

15 Sobre a família Freitas, oriunda do Piauí, indicamos a leitura da dissertação de Miridan Lima (2016, p. 29-42).

perto da capital, lugar ameno e agradável, proporcionar-lhe-ia ambiente para estudos e... ficava perto de sua amada, Amélia Carolina de Freitas, filha do Presidente da província” (MEIRA, 1990, p. 78).

A circunstância que abriu a vaga na Promotoria de Alcântara foi a saída do Dr. Francisco da Cunha Machado, conforme seu ofício de 12/3/1883, transcrito abaixo:

Alcantara, 12 de Março de 1883

Illmo. Exmo. Snr. / Em resposta ao officio de V. Exa. de 14 de Fevereiro proximo passado, em que manda que eu declare se acceito ou não o cargo de Juiz Municipal e de Orphãos do termo de São Bento, para o qual fui nomeado por Decreto Imperial de 19 de Janeiro do corrente anno, visto como ja se acha na Secretaria do Governo o meu título respectivo, cumpre-me declarar à Va. Exa. que acceito o dito cargo; e que n’esta dacta deixo o exercicio do logar de Promotor Publico d’esta Comarca. / Deus Guarde á V. Exa. Illmo. Exmo. Snr. Dor. José Manoel de Freitas. / Muito Digníssimo Presidente da Provincia do Maranhão. / Francisco da Cunha Machado / Accuse e nomeie-se o Bacharel Clovis Bevilaqua / Respondido e passou-se portaria nomeando o Bacharel Clovis Bevilaqua em 12 de Março de 1883 / Á Thesouraria em 13 de março (MARANHÃO, 2019, doc. 808, p. 2.063; MEIRA, 1990, p. 79).

Como se vê, no despacho do Presidente, ali aposto, o nome de Clóvis Beviláqua já aparece anunciado. Nessa mesma data, foi expedida a portaria de nomeação e feita esta comunicação (Ofício nº 151), lavrada pelo Presidente da Província, ao bacharel nomeado:

nº 151 2ª Seç.

Pal. 12 de março de 1883

Tendo por portaria desta data nomeado a V. Mce. para o cargo de Promotor Público da Comarca de Alcântara, assim lh’o comunico para seu conhecimento, a fim que manda solicitar na Secretaria do Governo o respectivo título. / Deus guarde a V. Mce. / José Manoel de Freitas

Sr. Bel. / Clóvis Beviláqua (MEIRA, 1990, p. 79-80).

No mesmo dia, o presidente expediu os Ofícios nº 148 e nº 150, ao juiz da comarca e ao Tribunal da Relação, respectivamente, comunicando o fato, documentos transcritos por Meira (1990, p. 80). A notícia apareceu na imprensa de São Luís:

“*Alcantara*. – Foi nomeado o bacharel Clovis Bevilaqua para o cargo de promotor publico desta comarca, vago por ter sido despachado para o de juiz municipal e d’orphãos de S. Bento o bacharel Francisco da Cunha Machado” (O PAIZ, 14 mar. 1883, p. 2). E Clóvis comunicou sua chegada:

Promotoria Publica da Comarca de Alcantara em 17 de Março de 1883

Tenho a honra de participar á V. Exa. que nesta data assumi o exercicio do cargo de promotor publico da comarca de Alcantara, para o qual fui nomeado por portaria de 13 de Março. Aproveito a occasião para fazer a V. Exa. os meus protestos da mais alta consideração e respeito. / Deus Guarde a V. Exa. Illmo. Sr. Dr. José Manoel de Freitas. / Muito Digníssimo Presidente da Provincia do Maranhão. / O Promotor Publico / Clovis Bevilaqua

Communique. Accuse. / Respondido 21 de Março de 1883 / Á Thesouraria em 21 de 1883 [sic]

(MARANHÃO, 2019, doc. 809, p. 2.064; MEIRA, 1990, p. 78).¹⁶

Um mês depois, Clóvis iniciou sua primeira licença, de 30 dias, concedida pelo presidente, cujo início informou pelo officio de 16/4/1883 (MARANHÃO, 2019, doc. 810, p. 2.065; MEIRA, 1990, p. 83). Sem acesso ao teor da portaria, acreditamos que, provavelmente, tinha a ver com o seu casamento, pois, nesse ínterim, Clóvis casou-se com Amélia em São Luís. O anúncio está no jornal *Diário do Maranhão*, de 2/5/1883: “Casamento. – Sabbado, pela manhã, deverá ser celebrado na igreja do convento de S. Antonio, o consorcio do Sr. Dr. Clovis Bevilaqua, promotor de Alcantara, com a Exma. Sr. D. Amelia Carolina de Freitas, filha do Exmo. Sr. Dr. José Manoel de Freitas, presidente da província. [...]” (DIÁRIO DO MARANHÃO, 2 maio 1883, p. 2). Depois do evento, o jornal *O Paiz* noticiou o fato.¹⁷

16 Na versão desse mesmo officio, citada por Lima (2016, p. 53), encontra-se este trecho, ainda no primeiro parágrafo do texto: “Estimo por sua confiança de entregar a um inexperiente recém-formado estudante esse cargo de tão grande prestígio e responsabilidade”. Como a autora não indica a origem do documento, não sabemos a razão da diferença.

17 “Casamento. – Casou-se hontem na igreja de S. Antonio, ao meio dia, o Sr. Clovis Bevilaqua com a Exma. Sra. D. Amelia Carolina de Freitas, filha do Exmo. Sr. Dr. José Manoel de Freitas, presidente da provincia. / Foi ministro do acto o Rvm. Sr. padre Dr. Dorotheu Dias de Freitas e testemunhas os srs. Dr. Fabio Augusto Bayma e sua Snra. e Dr. Manoel Bernardino da Costa Rodrigues e sua Snra., estando presentes muitas senhoras e cavalheiros, amigos dos paes da noiva e do noivo. / A cerimonia foi celebrada no altar mór da igreja, ricamente ornado. A benção foi dada ao som do órgão tocado no coro, e quando os noivos sahião do templo uma

A conjugalidade, o amor e o companheirismo entre Clóvis e Amélia Beviláqua, além da instituição de uma família que fugia um pouco dos padrões da época, tendo a esposa mais autonomia do que era comum, e das parcerias entre ambos na produção e divulgação literárias, têm merecido estudos à parte, caso da dissertação de mestrado *Aos encantos do lar: amor e companheirismo entre Amélia Bevilaqua e Clóvis Bevilaqua*, de Miridan Lima (2016), cuja investigação se deu a partir do estudo de cartas pessoais, biografias e testemunhos.

Voltando à licença, Clóvis dispensou o restante, retornando às atividades, conforme o ofício de 7/5/1883 (MARANHÃO, 2019, doc. 811, p. 2.066; MEIRA, 1990, p. 84). Dois meses depois, em ofício de 10/7/1883, comunicou, sem dar mais informações: “Tenho a honra de participar a V. Exa. que, atendendo ao chamado, que, por ofício de Dez de julho, me fez V. Exa., me acho actualmente nesta capital, onde V. Exa. poderá utilizar de meus serviços como melhor for do interesse publico” (MARANHÃO, 2019, doc. 812, p. 2.067; MEIRA, 1990, p. 84). No dia 14/7/1883, novamente avisou o retorno ao trabalho em Alcântara (MARANHÃO, 2019, doc. 813, p. 2.068; MEIRA, 1990, p. 84). Em 22/9/1883, por ofício, informou ao vice-presidente Carlos Fernando Ribeiro que se afastaria por dois meses, por licença concedida na véspera (MARANHÃO, 2019, doc. 814, p. 2.069; MEIRA, 1990, p. 85). Sílvio Meira (1990, p. 85) supõe o motivo: “Ao que parece Clóvis ou adoecera em virtude de suas viagens a Alcântara ou se sentia impossibilitado de permanecer na pequena comarca, de acesso difícil”. Oficialmente, foi por motivos de saúde, pois no documento seguinte, sem data e dirigido ao novo presidente, Ovídio João Paulo de Andrade, ele escreveu: “Cumpr-me participar a V. Exa. que, por continuar doente, não posso ainda reassumir o exercicio de promotor publico da comarca de Alcantara (MARANHÃO, 2019, doc. 815, p. 2.070). No dia 2/10/1883, o Sr. Antônio de Sousa Rubim foi nomeado promotor interino da comarca (MARANHÃO, 2019, doc. 816, p. 2.071; MEIRA, 1990, p. 85).

Clóvis não se dera bem em Alcântara:

Casado e Promotor, Clóvis não teria condições de permanecer em Alcântara. Cidade de acesso difícil, seria um tormento a travessia constante da agitada Baía de São Marcos. Sua vida no nobre burgo seria uma solidão terrível, só suportável em períodos de lua de mel. / Daí porque Clóvis, durante o ano de 1883, viveu em constantes licenças [...]. (MEIRA, 1990, p. 83).

chuva de pétalas de rosas os cobrio. / Aos convidados foi oferecido um opiparo lunch no palacio da presidencia. / Os noivos partiram para Alcantara ás 3 horas da tarde” (O PAIZ, 6 maio 1883, p. 2).

Os dias de Clóvis como Promotor no Maranhão estavam se esgotando. Depois que seu sogro José Manoel de Freitas deixou a presidência do Maranhão, indo instalar-se com toda a família em Recife, em junho de 1883, onde assumiria a presidência de Pernambuco, Amélia, a jovem esposa de Clóvis, ficou inconformada em não ter acompanhado de imediato os familiares, como das outras vezes. Qual seria o futuro de Clóvis no Maranhão? Nunca saberemos. Mas sabemos que a nova situação o pressionava, e ele, enfim, tomou a decisão. A próxima e última correspondência de Clóvis é a datada de 23/2/1884, enviada já de Recife:

Illmo. e Exmo. Sr. Presidente da Provincia do Maranhão / Clovis Bevilaqua, promotor publico da Comarca de Alcantara, não podendo mais continuar no exercicio do mesmo cargo, pede a V. Exa. que se digne conceder sua demissão. / Nestes termos Espera Receber Merce. / Recife de [sic] Fevereiro de 1884. / Clovis Bevilaqua

Como requer. / Palácio da Presidência do Maranhão 22 de Fevereiro 1884.

Ovidio de Andrade / Passe. / [ilegível] 23 de Fevereiro de 1884

Á thesouraria na mesma data (MARANHÃO, 2019, doc. 902, p. 2.303).

Onze meses apenas após sua nomeação, Clóvis foi exonerado do cargo: “*Alcantara*: – Do cargo de promotor publico desta comarca foi exonerado, a pedido, o bacharel Clovis Bevilaqua” (O PAIZ, 26 fev. 1884, p. 2). Tinha ele 24 anos àquela época.

Da passagem dele pela Promotoria não restou muita informação, nem um grande caso, que o pudesse notabilizar naquele momento, como aconteceu, por exemplo, com os promotores Celso Magalhães (“o julgamento da Baronesa”) e Dunshee de Abranches (“a esfinge do Grajaú”). Sílvio Meira reclama não ter encontrado nem mesmo um processo no qual ele tenha funcionado (MEIRA, 1990, p. 87). Isso, contudo, não significa que a passagem pelo Maranhão tenha sido infrutífera; não do ponto de vista da gestão da carreira idealizada:

Beviláqua foi promotor público como também o foi Farias Brito, sem nenhuma vocação, apenas por motivos de sobrevivência. Mas não perdeu tempo. Em suas licenças para tratamento de saúde não largou os livros. Aprofundou-se no estudo da filosofia positivista, leu autores estrangeiros e nacionais e logo mais daria à publicidade um dos seus mais sólidos trabalhos da época a respeito do positivismo no Brasil. Onde buscara tempo para as pesquisas e para escrevê-lo?

O livro “O POSITIVISMO NO BRASIL” foi editado em Recife [...]. Tudo indica que Clóvis o escreveu em 1882 no último ano do curso e o publicou em 1883, o mesmo ano de atribuladas licenças no Maranhão. Como conciliou as duas coisas, numa época de comunicações difíceis? Cremos que aproveitava as licenças para dedicar-se à redação final e publicação da obra em Pernambuco [...] (MEIRA, 1990, p. 87).

Pouco depois de deixar o Maranhão, certamente com nova ajuda do sogro, Clóvis foi nomeado, em 31/5/1884, para o cargo de bibliotecário na Faculdade de Direito do Recife, no qual tomaria posse um mês depois.¹⁸ Pode parecer estranho, mais ainda se visto pelo prisma hodierno, que uma autoridade do Império tenha abdicado do seu cargo, salário e status para ser bibliotecário – com todo respeito aos profissionais desta área –, cujo trabalho consistia, no geral, em servir alunos e professores na biblioteca, sem o *glamour* de outras profissões naquele século. Sem nos precipitarmos, temos de problematizar a questão:

- 1) A opção de Clóvis por Recife, naquela ocasião, não obedeceu a um plano primário, embora estivesse muito mais familiarizado com a capital pernambucana do que com qualquer outra cidade, mas foi consequência da mudança da família da esposa, algo que escapou ao seu controle;
- 2) Clóvis não trocou um cargo por outro: a vaga na biblioteca se deu por morte do bibliotecário, cônego Francisco Brito Medeiros, pouco depois da chegada de Clóvis a Recife (MEIRA, 1990, p. 93), um evento decerto não previsto pelo cearense;
- 3) O cargo de bibliotecário daquela tradicional faculdade tinha a sua devida importância, tanto que sua nomeação ocorreu por via imperial;
- 4) Ser um bacharel em Direito garantia enorme status social, e Clóvis, formado por aquela instituição, seria respeitado, sobretudo ali, onde era conhecido. Quando ele deixou o cargo, em 1889, foi substituído por outro bacharel em Direito, o pernambucano Manoel Cícero Peregrino da Silva (1866-1956) (O CEARENSE, 13 jul. 1889, p. 1);
- 5) Talvez mais importante, Clóvis adorava a ideia: “Estava em seu ambiente favorito. Livros em redor à sua disposição, tempo para leituras, convivência agradável do meio estudantil recifense e dos professores da tradicional Faculdade, na qual estudara e se fizera respeitado e admirado” (MEIRA, 1990, p. 93). Sem falar na remuneração pelo trabalho.

18 “Ministério do Imperio. – Por despacho de 31 de maio proximo findo: / Foi nomeado o bacharel Clovis Bevilaqua para o lugar de bibliothecario da Faculdade de direito do Recife” (O PAIZ, 3 jul. 1884, p. 3).

E foi tão forte esse laço, que Clóvis ficou no cargo por cinco anos, até 30/6/1889, tempo no qual não ambicionou nenhuma potestade no serviço público. Deixou a biblioteca após aprovação em concurso e nomeação, em 28/6/1889, como professor de Filosofia do Curso Anexo e, a partir de 1891, de Legislação Comparada, na mesma Faculdade (MEIRA, 1990, p. 128).

Entre 1889 e 1899, com pequenos intervalos em que foi Secretário no governo do Piauí (1889) e congressista no Ceará (1891), um dos 24 signatários da constituição estadual, Clóvis fez fama como professor na tradicional Faculdade de Direito, ganhando notoriedade e respeito no Brasil, sendo aqueles anos também tempos de muita produtividade intelectual. Duas grandes portas se abriam para ele naquela década de 1890, estando ainda em Recife: foi convidado para ser um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras (1897), unindo-se à maior plêiade da intelectualidade nacional, e para ser o elaborador do projeto do Código Civil (1899), aos 39 anos, em ambos os casos à frente de outros consagrados.

2.3 Renome, instituições e legado

2.3.1 Na Academia Brasileira de Letras

Quando Clóvis foi convidado a ser um dos 40 fundadores da Academia Brasileira de Letras (ABL), em 1897, ladeado com autores famosos como Machado de Assis, Aluísio Azevedo, Bilac, Coelho Netto, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa, Patrocínio, Raimundo Correia, etc., ele ainda morava em Recife, rumando para morada alternativa no Rio de Janeiro em 1899 e ali fixando residência definitiva somente em 1906 (MEIRA, 1990, p. 391). Isso mostra que, mesmo ainda fora do eixo Rio-São Paulo, já era um nome de fama nacional.

Na ABL, Clóvis Beviláqua fundou a cadeira nº 14, escolhendo como patrono o seu conterrâneo e escritor Franklin Távora (1842-1888), e ali fez a recepção do acadêmico Pedro Lessa (1859-1921), jurista como ele e que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sempre discreto e acompanhado da esposa e escritora Amélia Beviláqua em todos os eventos de que participava, inclusive na ABL, há dois episódios envolvendo Amélia que marcariam profundamente a relação entre o acadêmico e a instituição, culminando com a sua ruptura. Em 1915, foi eleito Osório Duque-Estrada (1870-1927) para ocupar a vaga deixada por Sílvio Romero; Clóvis foi o escolhido para recebê-lo, na posse que ocorreria em outubro de 1916. Mas ele declinou do convite. “A motivação para a desistência deveu-se à deliberação de que Beviláqua recepcionaria Osório Duque Estrada, um conhecido desafeto por criticar negativamente um dos livros de sua esposa, a escritora piauiense Amélia Beviláqua” (ALMEIDA, 2014, p.

83). Na carta de recusa, sem nada que indicasse qualquer desagrado ao novo imortal, Clóvis, em tom de humildade, anunciou seu afastamento da ABL.¹⁹

O segundo episódio, mais conhecido, ocorreu em 1930. É o relativo à candidatura de Amélia à cadeira 23, fundada por Machado de Assis, vaga por morte de Alfredo Pujol. Amélia já fora pioneira, em 1918, ao ingressar na Academia Piauiense de Letras (LIMA, 2016, p. 23), na segunda leva de fundadores. Tentaria na ABL quebrar mais um tabu. A questão da mulher na ABL não era nova. Em 1897, o nome da escritora Júlia Lopes de Almeida (1862-1934) fora vetado para ser fundadora da Casa, apesar de ter colaborado nos bastidores, e, em 1911, igualmente vetaram o nome da filóloga alemã Carolina Michaëllis (1851-1925) para a cadeira 17 de sócio-correspondente, vaga após a morte de Tolstói (FANINI, 2010). Clóvis, embora afastado da Academia, incentivou a candidatura da esposa, a qual, desde muito jovem, buscou o seu espaço, produzindo conteúdo próprio, com destaque para ensaios e prosa de ficção.²⁰ Mesmo sempre ao lado do marido, inclusive em vários projetos e parcerias, como a fundação da revista *Ciências e Letras*, na qual muitos conhecidos escritores colaboraram, e a publicação do livro *Literatura e Direito* (Bahia, 1907), a primeira parte escrita por ela e a segunda por ele, Amélia não vivia à sombra de Clóvis:

Amélia Bevilaqua destaca-se justamente porque, através de sua trajetória, conseguiu formular estratégias que pudessem lhe garantir, no meio social prescrito pela sintaxe masculina, um lugar onde conseguiu ser percebida com um próprio distinto. Tal estratégia deu origem a táticas que puderam viabilizar proveitos, expansões em face de circunstâncias contraditórias (LIMA, 2016, p. 17).

19 Na carta aos acadêmicos, Clóvis alega que já era do seu plano ir aos poucos se afastando do convívio da Academia, e a razão estaria na sua personalidade tímida e retraída. Eis alguns trechos do documento: “[...] Sinto que não me favoreceu o destino com os requisitos de um acadêmico. Além de não ter merecido a distinção, que me conferiram, aliás sem que o solicitasse ou sequer a tivesse sonhado, confrades nominamente benévolos, não soube modificar as minhas tendências de solitário, retraído e tímido, que adora o silêncio, o retiro e a sombra, para colaborar modestamente que fosse, na tarefa que vão levando por diante os meus preclaros confrades e amigos. / Tenho sido, assim, um acadêmico inútil, e pesa-me continuar nesta incômoda situação de quem se sente inapto para o posto de relevo, que a inconsciência do destino lhe reservou. / Ora, neste momento, em que a Academia me dá a honra de ser seu integrante, não posso remeter-me ao silêncio. É forçoso que apele para a sua benevolência, e solicite a graça de considerar, sem ocupante, a cadeira onde mal se deletreia o meu apagado nome. / Afastado, continuarei a acompanhar, com vivo interesse e muita simpatia, o trabalho dos acadêmicos. A glória da Academia Brasileira encher-me-á, sempre, de orgulho, no recanto obscuro, onde me devo conservar” (MEIRA, 1990, p. 318-319).

20 Contam-se entre as obras de Amélia: *Alcyone* (1902), *Aspectos* (1906), *Instrução e Educação da Infância* (1906), *Através da Vida* (1906), *Silhouettes* (1906), *Literatura e Direito* (1907, com Clóvis), *Vesta* (1908), *Angústia* (1913), *Açucena* (1921), *Jeannette* (1923), *Impressões* (1929), *A Academia Brasileira de Letras e Amélia de Freitas Beviláqua* (1930), *Flor do Orfanato* (1931), *Divagações* (1931), *Recordação do dia 7 de Agosto* (1933) e *Alma Universal* (1935).

Mas nem mesmo a mera inscrição de Amélia foi aceita pelos acadêmicos. Detalhes do escrutínio que rejeitou a inscrição e o seu contexto podem ser vistos nos trabalhos de Algemira Mendes (2007), Michele Fanini (2010) e Miridan Lima (2016). Os acadêmicos que vetaram a inscrição dela, em vez de pôr sob análise sua produção literária, já contada em mais de dez livros àquela altura, valeram-se do argumento (sexista) de que o estatuto previa o ingresso de “brasileiros” apenas, dando a entender que as mulheres (“brasileiras”) não estavam incluídas nessa categoria. Sílvio Meira (1990, p. 302) resume: “A questão é tão elementar que não necessita de grandes comentários e é lamentável que intelectuais de tão alta expressão se tivessem levado por tal interpretação”. Clóvis Beviláqua reclamou, mas em vão. Defendia ele em sua doutrina jurídica que homem e mulher são juridicamente iguais, inclusive e sobretudo no casamento, convicção que levou para o seu projeto de Código Civil, depois alterado no Congresso Nacional. Sobre os direitos da mulher no pensamento e obra de Clóvis Beviláqua, recomendamos a leitura de Holanda (2021, p. 224-241). Quando aconteceu esse fato, já era ele um ancião de quase 71 anos. Golpeado no moral, rompeu definitivamente com a Casa, ainda que continuasse membro vitalício. Agraciado com seu nome incluído no Livro do Mérito Nacional, Clóvis não compareceu à cerimônia na Academia, em 1942, para receber sua respectiva medalha (MEIRA, 1990, p. 312), alegando doença. A honraria, que servia também como reparação, foi-lhe entregue em casa. Antes dele, Graça Aranha e Oliveira Lima também haviam rompido em definitivo com a ABL.

Amélia, por sua vez, uma senhora de 70 anos, publicou naquele mesmo ano de 1930 o livro *A Academia Brasileira de Letras e Amélia de Freitas Beviláqua*, no qual se defendia e desabafava. Sobre o lugar que ela ocupa na literatura brasileira, indicamos a leitura da tese de Algemira Mendes (2007). Somente em 1977, quando a ABL completou 80 anos, estava madura o suficiente para aceitar no seu quadro a escritora Rachel de Queiroz (1910-2003), mulher como Amélia, cearense como Clóvis. Com a recente eleição e posse da atriz Fernanda Montenegro, são agora 9 mulheres²¹ na ABL apenas, ao longo de 125 anos de história, enquanto os homens, incluindo-se os patronos, são em número de 294.

2.3.2 Nos institutos: IAB e IHGB

Desde 1893, há registro da relação de Clóvis com o Instituto dos Advogados Brasileiros, fundado em 1843 e que tinha o objetivo de estabelecer a Ordem dos Advogados, a atual OAB, relação essa que se tornou frequente a partir de 1900, quando ele já residia no Rio de Janeiro (MEIRA, 1990, p. 263-288). O IAB participou

21 Rachel de Queiroz (1977), Dinah Silveira de Queiroz (1980), Lygia Fagundes Telles (1985), Nélida Piñon (1989), Zélia Gattai (2001), Ana Maria Machado (2003), Cleonice Bernardinelli (2009), Rosiska Darcy (2013) e Fernanda Montenegro (2021). A atriz Fernanda Montenegro foi empossada em 25/3/2022 na cadeira 17.

ativamente de muitos debates, no Império e na República, inclusive com pareceres e revisão sobre o texto constitucional de 1891 e o próprio Código Civil de 1916. “Levantar toda a participação de Clóvis Beviláqua no Instituto dos Advogados Brasileiros não constitui tarefa fácil, dada a abundância de colaborações, conferências, eventos de toda ordem” (MEIRA, 1990, p. 264).

Em 1906, Clóvis ingressou no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, instituição também criada no Império (1838) e que reunia uma renomada plêiade de estudiosos do Brasil. Naquele instituto, ele contribuiu com ensaios de cunho histórico e diversos pareceres críticos sobre artigos, tudo publicado na revista da instituição, e ali permaneceu até o fim da sua vida (MEIRA, 1990, p. 251-259).

2.3.3 No Ministério das Relações Exteriores

Em maio de 1906, Clóvis foi convidado pelo Barão do Rio Branco, Ministro das Relações Exteriores no governo de Rodrigues Alves, para ser consultor jurídico do respectivo Ministério e, uma vez no cargo, exerceu essa função até 1934, durante os governos de dez presidentes da República (MEIRA, 1990, p. 189-226). Sílvio Meira elenca 349 pareceres jurídicos dados por Beviláqua nesse período, que ajudaram a solucionar casos, desde os mais simples, envolvendo indivíduos, até os mais complexos, relativos ao país, como a questão do mar territorial e os referentes a situações no contexto da 1ª Guerra Mundial (1914-1918), firmando a posição oficial do Brasil. Em 1920, foi convidado pelo embaixador do Brasil em Londres, Domício da Gama, para integrar o comitê de juristas internacionais encarregado pelo Conselho da Sociedade das Nações, que se reuniria na cidade holandesa de Haia, entre os dias 16 e 24 de junho, para elaborar um projeto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Clóvis, que jamais saiu do Brasil, pediu para fazer o seu trabalho de sua casa e, desse modo, não compareceu a Haia (MEIRA, 1990, p. 328). Mesmo assim, seu nome era frequentemente lembrado, chegando a assinar documentos com Rui Barbosa, ministro integrante da Corte Internacional de Haia (alcançado no Brasil de “Águia de Haia”) e antigo desafeto.

2.3.4 Morte e legado

Clóvis Beviláqua faleceu no dia 26/7/1944, aos 84 anos. Estava na mesa de trabalho quando sofreu o ataque fulminante que lhe tirou a vida e o alçou à memória nacional como um dos maiores pensadores brasileiros. Amélia, a consorte amada e companheira por toda a vida, faleceu em 17/11/1946, aos 86 anos.

A obra escrita de Clóvis Beviláqua é extensa, tal a sua disposição e capacidade criativa e reflexiva. Sílvio Meira (1990, p. 426-450) relaciona 669 trabalhos, contando algumas dezenas de livros e diversos ensaios, artigos, resenhas, prefácios, conferências, pareceres e cartas, além de algumas traduções, em línguas como inglês,

francês, alemão, espanhol e italiano. Registrem-se inúmeros livros sobre o direito civil, de família e comentários ao Código Civil de 1916, publicados nos anos seguintes à publicação desta lei, além de outras contribuições, incluindo várias incursões até mesmo na doutrina criminal (MEIRA, 1990, p. 361-387).

Clóvis Beviláqua recebeu muitas homenagens, tanto em vida como após sua morte. Citaremos apenas dois casos, bem significativos, acontecidos em vida do autor. O primeiro ocorrido, em 1916, quando em sessão presidida por Rui Barbosa, no Instituto dos Advogados do Brasil, em homenagem ao centenário de nascimento de Teixeira de Freitas, o velho jurista e pensador baiano anunciou Clóvis Beviláqua como o palestrante: “Para falar do maior civilista morto, concedo a palavra ao maior civilista vivo!” (apud MEIRA, 1990, p. 266); seguiram-se os aplausos da plateia que lotava o recinto. Era o reconhecimento e o respeito, embora tardio, do antigo desafeito. Rui Barbosa faleceu em 1º/3/1923.

O outro caso aconteceu por volta de 1942/1943, quando Clóvis já estava bem idoso. Houve uma intensa movimentação no Ceará para que o nome de Viçosa fosse mudado para Clóvis Beviláqua, um tipo de homenagem muito comum no Brasil; porém o próprio escritor declinou da honraria, sugerindo que fosse acrescentado ao nome da cidade o complemento “do Ceará”, enfatizando que aquela é a “Viçosa do Ceará”, sugestão que foi prontamente acolhida (MEIRA, 1990, p. 25). A mudança do nome da cidade para Viçosa do Ceará serviu para distinguir aquela cidade de outras três homônimas nos estados de Alagoas, Rio Grande do Norte e Minas Gerais.

3 A GESTAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL: DOS PROJETOS AO CÓDIGO DE 1916

Clóvis Beviláqua foi o principal elaborador do Código Civil de 1916, que vigorou no país por 86 anos. Mas, antes de adentrar nos detalhes dessa participação, recomendamos, para melhor compreender o seu papel e a importância de sua contribuição, uma retrospectiva no processo histórico, desde o século XIX, que culminou com a promulgação da lei em 1916.²²

3.1 O Código Civil previsto na Constituição de 1824

Enquanto o Brasil foi colônia de Portugal, seu ordenamento jurídico dependia da legislação portuguesa: as *Ordenações Manuelinas* (1512), depois as *Ordenações Filipinas* (1603), vigentes em todo o império luso (metrópole e colônias); a Lei da

22 Sobre a gestação do Código Civil de 1916 e todo o debate que durou quase um século, sugerimos a leitura da tese de doutorado de Venceslau Tavares Costa Filho (2013).

Boa Razão (1769), texto do período pombalino, e as várias leis ditas “extravagantes” (leis régias, decretos, resoluções e alvarás); somadas aos regimentos das Relações do Brasil (Tribunal da Relação da Bahia) e do Rio de Janeiro, que organizavam o sistema judiciário na colônia (séculos XVII-XVIII); sem falar no direito canônico, nos assuntos tocantes à religião católica.

A vinda da Família Real para o Brasil em 1808, consequência da ofensiva de Napoleão, abriu caminho para a independência política do país. Entre 1815 e 1822, o Brasil deixou de ser uma colônia e foi elevado à condição de Reino Unido, com Portugal e Algarve, sediado no Rio de Janeiro, tendo em vista as decisões do Congresso de Viena (1814-1815), que reorganizou os estados europeus após as guerras napoleônicas. D. João VI, com a morte da rainha-mãe, Maria I, em 1816, passou a ser rei, mas reinava a partir do Brasil. Essa situação foi contestada pelos portugueses na Revolução Liberal do Porto de 1820, que exigiam a volta imediata do monarca português e a promulgação de uma constituição, para a qual foi convocada uma Assembleia Constituinte (1821). D. João VI retornou a Portugal, onde reinou de 1822 até sua morte em 1826, sendo obrigado a jurar cumprimento à Constituição portuguesa de 1822, que lhe diminuiu as prerrogativas. Tais eventos foram determinantes para as tomadas de decisão no Brasil, sobretudo a declaração de Independência em 1822, com D. Pedro I passando à condição de primeiro Imperador.

Após a Independência, o Brasil precisava agora de leis próprias, visando desvincular-se da legislação da antiga metrópole. D. Pedro I, ainda em 1822, convocou uma Assembleia Constituinte, reunida em 1823 para a elaboração da primeira constituição do país, e declarou vigente, em uma das seis leis datadas de 20 de outubro de 1823, a legislação pela qual se rege o Brasil até 25/4/1821, incluindo a legislação joanina (1808-1821) e as leis promulgadas por ele próprio, D. Pedro I, como Regente e Imperador daquela data em diante, fora os decretos das Cortes Portuguesas ali especificados.

Porém, algumas semanas depois, em 12 de novembro, em desarmonia com boa parte dos deputados constituintes, que queriam uma constituição nos moldes da portuguesa, na qual os poderes do monarca eram reduzidos, D. Pedro I, acusando-os de perjúrio, destituiu por decreto²³ a Assembleia e mandou prender alguns dos

23 Teor do Decreto de 12/11/1823: “Havendo eu convocado, como tinha direito de convocar, a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, por Decreto de 3 de Junho do anno proximo passado, afim de salvar o Brazil dos perigos, que lhe estavam iminentes; e havendo esta Assembléa perjurado ao tão solemne juramento, que prestou à Nação, de defender a integridade do Imperio, sua independencia, e a minha dynastia: Hei por bem, como Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil, dissolver a mesma Assembléa, e convocar ja uma outra na fórma das Instrucções, feitas para a convocação desta, que agora acaba; a qual deverá trabalhar sobre o projecto de constituição, que eu lhe hei de em breve apresentar; que será duplicadamente mais liberal, do que o que a extincta Assembléa acabou de fazer. Os meus Ministros e Secretarios de

deputados, que resistiram, no evento conhecido historicamente como *Noite da Agonia*. Quanto ao texto constitucional, o imperador copiou o projeto do constituinte Antônio Carlos²⁴, texto que fora apresentado à Assembleia, nomeando em seguida uma comissão de dez juristas para avaliá-lo. A comissão, após algumas modificações, entre elas a inclusão do Poder Moderador, aprovou o texto que foi outorgado pelo monarca: a Constituição de 1824 (SEGURADO, 1973, p. 289).

Nela, já se determinava, em seu art. 179, XVIII:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

O Código Criminal do Império,²⁵ como sabemos, entrou em vigor em 1830, e o Código de Processo Criminal,²⁶ em 1832. Com a própria Constituição e outras legislações,²⁷ faziam parte de um programa de reformas no contexto da construção e organização do Estado nacional (SLEMIAN, 2008). Mais ainda, tais reformas subsuniam-se a um programa maior (que percorre o século XIX) em que a cultura jurídica se situava entre o cientificismo e seu ideal de progresso e a ascensão de uma nova classe média urbana, incluindo, ao longo do século, o surgimento de várias instituições e o crescimento do número e a diversificação de outras profissões/especialidades de nível superior (engenheiros civis, médicos sanitaristas, higienistas, legistas e criminólogos, físicos, matemáticos, biólogos, geólogos, etc.).

Estado de todas as diferentes repartições o tenham assim entendido, e façam executar a bem da salvação do Imperio. Paço, 12 de Novembro de 1823, 2º da Independencia e do Imperio” (BRASIL, 1887, p. 85).

24 Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva (1773-1845), magistrado e político brasileiro, também conhecido como Andrada Machado, era irmão de José Bonifácio, um dos principais mentores da Independência.

25 Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830).

26 Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei de 29 de novembro de 1832), mais tarde reformado pela Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.

27 Como uma das seis leis de 20 de outubro de 1823, que dá nova forma aos Governos das Províncias; a Lei de 11 de agosto de 1827, que autoriza a criação dos cursos de Ciências Jurídicas e Sociais em São Paulo e em Olinda; a Lei de 18 de setembro de 1828, que cria e dá atribuições ao Supremo Tribunal de Justiça; a Lei de 27 de agosto de 1828, que dá regimento aos Conselhos Gerais das Províncias; e a Lei de 1º de outubro de 1828, que dá nova forma às Câmaras Municipais. Destaque-se ainda a Lei nº 556, de 25/6/1850 (Código Comercial).

Esse quadro de mudanças aceleradas viria a impactar, evidentemente, no direito, enfatizando elementos já presentes na cultura jurídico-política do Império após a independência – dentre eles, o constitucionalismo, a instauração de uma concepção moderna de propriedade (potestativa, voluntarista, individual, absoluta, exclusiva e ligada ao mercado) e a presença de uma “cultura da codificação” – e, nesse sentido, a modernização jurídica pode ser vista como dimensão importante da modernização social e política, e interpretada sob o pano de fundo da sua “totalidade”, desde que não se lhe atribua a conotação enganosa de uma “revolução liberal” ou de uma superação do “atraso” (TORRES, 2013, p. 61).

Tal cultura da codificação, naquele momento da história, buscava justificativa em argumento racional, pela via da necessidade: “O Brasil, na hora da Independência, estava afogado num oceano de leis, decretos, alvarás, cartas régias e resoluções. As relações civis continuavam reguladas por legislação anacrônica, modificada de vez em quando. Havia urgente necessidade de se codificar o direito civil” (SEGURADO, 1973, p. 383-384).

E quanto ao Código Civil, que deveria ter sido organizado o “quanto antes”? Correu todo o século XIX, ficando apenas na intenção. O Império, quando pensou no Código a primeira vez, antecipava-se em buscar sua inserção num rol de nações civilizadas (sistema da *Civil Law*, de tradição romano-germânica), pois estados europeus já possuíam seus códigos civis, como a Suécia (1734), a Baviera (1756), a Prússia (1792), a Galícia (1797), a França (1804) e a Áustria (1811), enquanto outros só teriam os seus na segunda metade do século XIX, como a Dinamarca (1863), Portugal (1867), Espanha (1889) e as modernas Itália (1865) e Alemanha (1896), além de países latino-americanos (Peru, Chile, El Salvador, Nicarágua, Argentina, Equador, Venezuela, Uruguai, Paraguai, etc., com seus códigos civis oitocentistas), a despeito das diferenças entre si. Vários fatores, todavia, concorreram para que o Código Civil brasileiro ficasse emperrado antes mesmo de nascer.

3.2 O projeto de Teixeira de Freitas

Anos após a outorga da Constituição de 1824, onde se prevê pela primeira vez o Código Civil, o assunto de vez em quando surgia entre os juristas do Império. A primeira menção foi quando se reeditou no Brasil a dissertação *O que é Código Civil?* (Rio de Janeiro: Typ. Plancher-Seignot, 1828), do jurista português Vicente José Cardoso da Costa, na qual o autor apresentava um plano para o projeto do código português provocado pela Indicação de 24/4/1822, do deputado às Cortes Portuguesas J. J. Rodrigues de Castro (NABUCO, 1899, p. 504-505). Mais tarde,

juristas brasileiros falaram da necessidade e do problema da elaboração do código, como Acaiaba de Montezuma (Visconde de Jequitinhonha), em 1843, no discurso de posse como primeiro presidente do recém-criado Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Carvalho Moreira (Barão de Penedo), o segundo presidente do IAB, na tribuna do qual leu uma memória intitulada *A revisão e a codificação das leis civis e do processo no Brasil*, em 1845; e Eusébio de Queiroz, Ministro da Justiça no Gabinete de 29/9/1848, o qual, sob pressão de juristas e políticos, sugeriu a adoção do *Digesto Português*, do jurista lusitano José Homem Corrêa Teles, como “Código Civil” adaptado, proposta rechaçada pelo IAB (MEIRA, 1990, p. 138-139; CHAVES, 2000, p. 80). Para essa função, Eusébio chegou a procurar Nabuco de Araújo, mas este, em 1851, ainda não se achava em condições para tal. Quando entrou para o Ministério da Justiça, em 1853, Araújo procurou aconselhar-se com o advogado e jurista baiano Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e daí começou uma relação que se prolongaria (NABUCO, 1899, p. 508). Enquanto isso, já havia no Brasil um emaranhado de leis civis, muitas extravagantes e até contraditórias, acumuladas ao longo dos anos:

O Brasil, até então, era detentor de um pluralismo jurídico que possibilitava a coexistência de várias jurisprudências “corretas” a respeito de um mesmo tema: havia leis operantes que se contradiziam, e a falta de uma diretiz nacional que orientasse as decisões ensejava verdadeiras “aberrações jurídicas” (BRASIL, 2019).

Daí a necessidade de consolidá-las, isto é, de integrá-las. Isso não apenas nortearia a conduta laboral dos operadores do Direito e dos agentes públicos, como, mais importante ainda, seria um passo decisivo em direção à sua codificação. Foi encarregado de tal tarefa Teixeira de Freitas, mediante o Contrato de 15/2/1855 com o Ministério da Justiça, fixando-se o prazo de cinco anos para a entrega.

Concluído o trabalho em menos tempo, a *Consolidação das Leis Civis*, organizada por Teixeira de Freitas, foi publicada em 1858. Não se tratava de uma mera coletânea de leis, agrupadas em sequência: o autor fez um “código” próprio, com os assuntos separados por artigos e cada artigo referenciado por nota. A *Consolidação* é dividida em parte geral e parte especial, e as notas contêm legislação, jurisprudência, doutrina e explicações do jurista. Foi um trabalho hercúleo, publicado em dois volumes, agrupando 1.333 artigos. Teve uma 2ª edição em 1865 e uma 3ª (aumentada) em 1876, a qual serviu para a edição fac-similar publicada pelo Senado Federal em 2003 (FREITAS, 2003). Tal a sua importância, bem lembra Lopes (2008, p. 282): “Na ausência do Código Civil, o texto formou os juristas do Império”. Joaquim Nabuco, no fim do século, na mesma linha, já havia dito da *Consolidação das Leis Civis*, “que até hoje nos serve de Código Civil” (NABUCO, 1899, p. 507).

Por outro lado, o Decreto nº 737, de 25/11/1850 (conhecido como Regulamento 737), que regulamentava o Código Comercial de 1850, fazia as vezes de Código de Processo Civil, em boa parte de seu teor, sendo também parcialmente aproveitado, já na República (Decreto nº 763, de 19/9/1890, art. 1º, *caput*), nos processos, julgamentos e execuções das causas cíveis em geral (SEGURADO, 1973, p. 379-382).

Voltando à *Consolidação*, na introdução, Freitas fala da necessidade do Código Civil:

Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filippinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, estaríamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois séculos e meio. Também não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse á colligir e ordenar o Direito Pátrio (FREITAS, 2003, v. 1, p. XXXII).

Dado o primeiro passo em sua direção, foi composta uma comissão incumbida de rever a *Consolidação*, cujos integrantes (Visconde do Uruguai, José Thomaz Nabuco de Araújo e Caetano Alberto Soares) se manifestaram positivamente.²⁸

Havia, contudo, uma notável ausência entre os assuntos abordados nos artigos da *Consolidação*: nenhum deles tratava da escravidão, como regime em plena vigência. Todas as mais de 300 alusões aos escravos, que aparecem no texto, estão nas notas explicativas, jamais nos artigos. E esta polêmica ausência gerou muitos debates (BRASIL, 2019); contudo, para dirimir quaisquer dúvidas sobre seu posicionamento jurídico e moral, o autor se explicou:

Cumpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos também uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas *Leis Civis*; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo

28 “[...] Por meio do exame, á que procedeu a Commissao, chegou ella á justa apreciação dessa elaboração, que, á par do estudo profundo, erudição vasta, e methodo didactico, dá testemunho do zelo, dedicação, e constância, do seu distincto autor; e recommenda, e attesta, sua habilitação para o Projecto do Código Civil, do qual a Consolidação é preparatorio importante. [...]” (In: FREITAS, 2003, v. 1, p. XVIII)

odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Código Negro* (FREITAS, 2003, v. 1, p. XXXVII).

Essa conduta liberal e antiescravista de Freitas não era ainda uma ação abolicionista, nem tampouco uma novidade no Brasil; basta citar o exemplo de José Bonifácio com sua *Representação* à Assembleia Constituinte de 1823, na qual defendia a extinção gradual do regime escravista e a emancipação paulatina dos escravizados, e as leis contrárias ao tráfico negreiro: Lei Feijó (Lei de 7/11/1831, que não chegou a ser aplicada), Lei Eusébio de Queiroz (Lei nº 581, de 4/9/1850) e Lei Nabuco de Araújo (Decreto nº 731, de 5/6/1854), resultado de debates, pressões e negociações internas e externas. O certo é que Freitas angariava mais prestígio, com reputação de grande civilista, ao passo que o Império, enfim, avançava rumo ao Código Civil. D. Pedro II, então, baixou o Decreto nº 2.318, de 22/12/1858,²⁹ para a contratação de um jurisconsulto. O nome de Freitas era o preferido do Ministro Nabuco de Araújo, fato consumado pelo Decreto nº 2.337, de 11/1/1859,³⁰ que tinha como anexo um contrato em dez cláusulas, fixando condições e prazos. O jurista se pôs, assim, à árdua tarefa:

O projeto de Teixeira de Freitas, apreciado mesmo na sua fôrma de *Esboço*, que não era ainda definitiva, no pensamento do jurista, é um edifício de grandes proporções (4.908 artigos) e de extraordinária solidez, talhado sobre a rocha dos bons princípios pela mão vigorosa de um artista superior, e, ao mesmo tempo, recortado internamente por excessivas minúcias, que talvez desaparecessem quando o auctor retirase da obra os andaimes que alli puzera enquanto lhe erguia as altas muralhas. A analyse, a decomposição dos princípios foi conduzida com admiravel vigor e segurança, mas, procurando traduzir as relações de Direito Civil em todas a suas infinitas variações, por um preceito legal, foi

29 Decreto nº 2.318, de 22/12/1858: “Visto e aprovado o parecer da Comissão encarregada de rever a consolidação das Leis Civis, Hei por bem Decretar o seguinte: / Art. 1º O Meu Ministro e Secretario d’Estado dos Negocios da Justiça contractará com hum Jurisconsulto da sua escolha a confecção do Projecto do Codigo Civil do Imperio. / Art. 2º Feito o Projecto, será examinado por huma Comissão de sete Jurisconsultos da Côrte e Imperio, presidida por hum dos Meus Conselheiros d’Estado, vencendo os seus membros as gratificações que forem marcadas. / Serão dadas as necessarias instrucções para as conferencias da commissão, protocollo dos motivos do Projecto e demais providencias que convier á boa organização deste trabalho” (BRASIL, 1858).

30 Decreto nº 2.337, de 11/1/1859: “Hei por bem Approvar o contracto celebrado com o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas em dez do corrente mez, para a redacção do projecto do Codigo Civil do Imperio, na conformidade do Decreto numero dous mil tresentos e dezoito de vinte dous de Dezembro proximo pretérito” (BRASIL, 1859).

mais longe do que convinha a uma obra legislativa. D'ahi a dispersão que demorou a obra, e, afinal, inutilizou, para o fim imediatamente almejado, uma tão grande somma de esforços (BEVILÁQUA, 1906, p. 22-23).

A obsessão de Freitas pelo trabalho perfeito consumiu mais tempo do que o disponível e atrasou o serviço. Joaquim Nabuco, na biografia que escreveu sobre seu pai, Nabuco de Araújo, comentou o problema. O prazo expirou em 31/12/1861, depois foi esticado até 30/7/1864, novamente sem conclusão; mas, desde o primeiro prazo vencido, as mensalidades que o jurista recebia foram suspensas. Mesmo assim, o trabalho veio a público, entre 1860 e 1865, em sete fascículos, sob o título *Código Civil – Esboço*, mais conhecido como *Esboço*, pela Tipografia Laemmert, do Rio de Janeiro. Em 1864, foi nomeada uma comissão para avaliar o texto até então feito, mas os trabalhos foram muito vagarosos, aumentando a indefinição. A questão financeira e as crises políticas agravaram o problema:

[...] receber qualquer auxilio do Governo só o podia como adiantamento do premio. Quando Teixeira de Freitas se abre a esse respeito com Nabuco, este não tem mais tempo de resolver a difficuldade, porque o ministerio está, de facto e de longa data, em crise que se deve resolver, dias depois, pela sua retirada. É sob a pressão dessas contrariedades, as quaes aggravam os effeitos da fadiga cerebral, que Teixeira de Freitas, em 20 de Novembro de 1866, resolve abrir mão do trabalho do Código Civil (NABUCO, 1899, p. 512-513).

A comissão levou quatro meses para analisar apenas 15 artigos. Dessa forma, Freitas temeu que seu trabalho levasse muitos anos para ser concluído. Acrescente-se a isso a saída de Nabuco de Araújo do Ministério, em lugar do qual assumiu Martin Francisco Ribeiro de Andrade (1853-1927). Desanimado, sem poder contar com o apoio do amigo, Freitas solicitou a renúncia da tarefa, mas esta lhe foi negada. Viu, então, como possível solução, a necessidade de alterar o seu plano anterior, enviando ao Ministro da Justiça um ofício datado de 2/9/1867 (SEGURADO, 1973, p. 390; CHAVES, 2000, p. 84). Eis a mudança proposta:

Ponderando que um Código Civil não seria suficiente para resolver o problema de uma perfeita estruturação da nossa legislação civil, propôs, em vez de um só código, dois, um, geral e outro especial, ao mesmo tempo em que propunha a unificação de todas as disposições do Direito Privado, idéias de importância fundamental, de perfeita atualidade ainda hoje, das quais foi precursor (CHAVES, 2000, p. 84).

O Código geral seria dividido em dois livros: o 1º - sobre as causas jurídicas e o 2º - sobre os efeitos jurídicos, enquanto o Código civil compreenderia: 1º - os efeitos civis, 2º - os direitos pessoais e 3º - os direitos reais. Apesar de ter recebido parecer favorável da Seção de Justiça do Conselho de Estado, em 1868, a proposta foi rejeitada pelo Ministro da Justiça (e escritor) José de Alencar (1829-1877), alegando ter sido apresentada fora do prazo (CHAVES, 2000, p. 84). Coelho Rodrigues (1897, p. II) acredita que “a verdadeira causa daquela resolução foi o estado notório de monomania religiosa, em que acabou o famoso jurisconsulto, provavelmente pelo excesso de trabalho”. O empreendimento de Freitas foi sepultado. O jurista estava mentalmente estafado. Todos esses acontecimentos “abalaram profundamente o estado mental do grande jurisconsulto, ao ponto de enlouquecê-lo” (SEGURADO, 1973, p. 389). O contrato, por sua vez, só foi rescindido em novembro de 1872. Comentando o fato, Freitas escreveu na introdução à 3ª edição da *Consolidação* (1876):

No Relatório de 1872 acha-se entre os Anexos, o Parecer do Conselho d’Estado sobre a minha Proposta de um Código Geral, e o Aviso de 18 de Novembro de 1872 exonerando-me das obrigações do meu Contracto, pela desarmonia profunda entre meu pensamento e as vistas do Governo Imperial [...] (FREITAS, 2003, v. 1, p. XXX).

Não sendo aproveitado no Brasil como Código Civil, o *Esboço* foi texto fundamental para a elaboração do *Código Civil Argentino* de 1869, elaborado pelo jurista Vélez Sarsfield, que lhe aproveitou mais de 2 mil artigos (FERREIRA, 1929; NOCCHI, 2010; CHAVES, 2000, p. 85), vigorando naquele país por quase 150 anos (1871-2015), além de influenciar na elaboração do *Código Civil do Uruguai* (1868) e, indiretamente, no *Código Civil do Paraguai* (1876) (DEL’OLMO, 2004). Repousa sobre a memória de Teixeira de Freitas, morto em 12/12/1883, a sua consagração popular como o maior civilista do Império brasileiro.

3.2 O Visconde de Seabra e os projetos de Nabuco de Araújo e Felício dos Santos

Ainda durante o período imperial, um boato e duas outras tentativas foram feitas no sentido da elaboração do Código Civil brasileiro, o primeiro relacionado ao nome do jurista português Antônio Luís de Seabra e Sousa (1798-1895), o Visconde de Seabra, e as duas tentativas: com Nabuco de Araújo (1813-1878) e Felício dos Santos (1822-1895).

O Visconde de Seabra foi o principal elaborador do Código Civil português (1867). Ele teria se oferecido para redigir o Código brasileiro, mas essa tarefa teria sido recusada pelo Império (MIRANDA, 1981, p. 81-82). Informação diversa

dá conta de que ele teria sido contratado pelo próprio imperador D. Pedro II, em viagem pela Europa (1871), e que teria chegado a escrever 302 artigos, dos quais, inclusive, o próprio Clóvis Beviláqua tomaria conhecimento mais tarde (CHAVES, 2000, p. 85-86).

É fato que D. Pedro II, em sua primeira viagem ao exterior, esteve em Portugal no ano de 1871. Heitor Lyra (1939), numa das mais completas biografias do imperador, não menciona nada a respeito, nem qualquer iniciativa do imperador ou mesmo um encontro com Seabra. Mas o assunto apareceu na imprensa brasileira, a começar pelo *Jornal do Commercio*:

Vai para Mogoferes o Visconde de Seabra. Consta que este notavel jurisconsulto vai no remanso da sua terra trabalhar na feitura de um projeto de codigo civil brasileiro, de que se diz fôra encarregado. Parece-nos desnecessario acrescentar a esta noticia que o Visconde de Seabra (Antonio Luis de Seabra) é o autor do codigo civil portuguez (JORNAL DO COMMERCIO, 6 ago. 1871, p. 1).

Tal notícia repercutiu negativamente no Senado e na imprensa, pelo fato de o jurista ser estrangeiro, como se vê nesta edição do jornal *A Reforma*:

O correspondente do Porto para o *Jornal do Commercio* [...] diz que o visconde de Seabra foi encarregado de organizar o *Codigo Civil Brasileiro*, e ia dar começo á encommenda! / Não achamos phrase bastante energica para exprimir a nossa indignação, vendo assim barateado o pundonor nacional! / Quem quer que tenha feito semelhante *encommenda*, desconhecendo o merito e aptidão dos muitos jurisconsultos brasileiros, deveria antes determinar a adopção no paiz, do *Codigo Civil portuguez*, visto que voltamos a ser colonia e vamos reger-nos pelas leis portuguezas. / Estamos atravessando uma quadra de grandes humilhações para o paiz! / Na camara legislativa um parecer importante foi obra de penna estrangeira e, como se isso já não fosse de sobra, vem agora a noticia de um codigo civil por outro estrangeiro! / Quem fez uma tal *encommenda*? / Esta pergunta foi hontem feita no Senado pelo senhor Conselheiro Otaviano ao governo, que disse não ter *encommendado* cousa alguma. / O Sr. Sayão Lobato deve saber o que diz uma vez que respondeu (A REFORMA, 8 ago. 1871, p. 1).

Outros jornais da capital do Império, como *A República* (10 ago. 1871, p. 1) e *Diário do Rio de Janeiro* (8 ago. 1871, p. 1), também repercutiram a polêmica. O desencontro das informações se arrastou até o ano de 1872. De um lado, acusava-se o imperador D. Pedro II de ter contratado Seabra, contra os interesses nacionais e à revelia do parlamento brasileiro; de outro, o governo negava peremptoriamente; dizia-se também que o próprio Seabra se oferecera, por ser um sonho antigo escrever o código brasileiro.³¹ Todas as versões podem ter um fundo de verdade, que Seabra teria sido procurado por alguém ligado ao governo, mas não necessariamente pelo imperador ou com seu consentimento. Isto porque o político e diplomata brasileiro Conselheiro Filipe Lopes Netto (1814-1895) teria supostamente confessado:

Com effeito que nome pode ter perante a razão nacional o procedimento do Sr. Lopes Netto, confessando com ostentação no *Jornal* de domingo, que *elle aconselhou e instou com o Sr. visconde de Seabra*, (o sabio jurisconsulto portuguez) para que escrevesse e offerecesse ao Brazil *em forma codificada e de projecto um codigo civil para o imperio do Brasil?* (*A PATRIA*, 3 abr. 1872, p. 2).

Dizemos supostamente, pois o próprio Lopes Netto negou essa ilação, acusando o jornal *A Reforma* de deturpar suas palavras (*JORNAL DO COMMERCIO*, 8 abr. 1872, p. 1). Sedimentou-se a dúvida. O certo é que, em havendo esboço feito por Seabra, por iniciativa sua ou por encomenda imperial, não chegou a virar um projeto de Código Civil, muito menos foi apreciado como tal. Isso tudo ocorreu antes da exoneração do contrato de Freitas.

O governo, então, partiria, oficialmente, para sua segunda tentativa de redação do Código Civil. José Thomaz Nabuco de Araújo, ex-Ministro da Justiça, foi escolhido para essa tarefa e contratado mediante o Decreto nº 5.164, de 11/12/1872, com o prazo de 5 anos para a entrega, a começar de 1º/1/1873, com direito a uma mensalidade de 2:000\$000, devendo se dedicar integralmente à missão e se eximir de exercer a advocacia nesse período.

Nabuco de Araújo, sem deixar a vida política, dedicou-se à tarefa. Gastou a maior parte do seu prazo para reunir as informações necessárias, indo muitas vezes beber na fonte do *Esboço* de Freitas. Ele chegou a dar redação definitiva a 118 artigos do Título Preliminar, que tinha 4 capítulos, e deixou outros 182 artigos por definir do livro I, Título I da parte geral, 300 artigos, portanto (*SEGURADO*, 1973, p. 391; *NABUCO*, 1899, p. 524). O prazo venceu sem a conclusão do trabalho. Coelho

31 Sobre a polêmica nos periódicos do Rio de Janeiro em 1872, consultar: a favor do imperador: *Jornal do Commercio* (30 mar. 1872, p. 1; 31 mar. 1872, p. 2); contra o imperador: *A Reforma* (2 abr. 1872, p. 1; 7 abr. 1872, p. 1), *A República* (15 abr. 1872, p. 2) e *Diário do Rio de Janeiro* (14 abr. 1872, p. 1).

Rodrigues (1897, p. III) aponta-lhe a falha: “[...] o illustre successor do primeiro contratante cometeu a mesma imprudencia que ele, continuando em exercicio no Conselho d’Estado e no Senado e pretendendo redigir o projecto nas escassas horas vagas, que lhe deixavam aquelles dous cargos [...]”. Nabuco de Araújo pediu ao governo mais prazo, alegando problemas de saúde, próprios da idade, e que, mesmo empregando todo esforço, não fez diferente de outros juriconsultos, como Seabra ou Teixeira de Freitas, que também não puderam entregar seus respectivos trabalhos nos prazos originais. Assim foi que ele conseguiu mais um ano de prazo, sem remuneração, mas liberado para advogar, o que dificultaria ainda mais sua situação (NABUCO, 1899, p. 522-524). Araújo, porém, não conseguiu completar sua obra, pois veio a falecer no dia 19/3/1878, aos 64 anos.

O Conselheiro Lafayette (*apud* SEGURADO, 1973, p. 390-391) escreveu sobre ele:

O Conselheiro de Estado José Tomás Nabuco de Araujo havia preparado vasto e rico material para a elaboração do Código Civil, de que, por escolha, que amplamente justificava os seus grandes talentos e imensa erudição jurídica, se achava encarregado. Mas mal o eminente juriconsulto começara a por em escrito os resultados de seus longos e profundos estudos, surpreendeu-o a morte e mais uma vez frustrou-se a esperança de termos tão cedo o Código Civil, que a Constituição do Império prometera e cuja organização é uma necessidade urgente.

Joaquim Nabuco atribui a morte do pai à extenuante tarefa que consumiu seus últimos cinco anos de vida:

Nesses annos de 1873 a 1878 um esforço intellectual, ainda mais consideravel do que todos os que temos visto, sobre-carregou o fim da vida de Nabuco: o Codigo Civil, trabalho que não era, como os demais, a tarefa de um dia, de uma semana ou de um mez, mas uma obra, um edificio a architectar no cerebro durante um largo espaço de tempo, em que a attenção, a concepção, o esforço pela perfeição não teria intervallo nem outro descanso possivel senão trabalhos de differente natureza (NABUCO, 1899, p. 504-506).

Frustrada mais uma tentativa de redação do Código Civil, naquele mesmo ano de 1878, o Dr. Joaquim Felício dos Santos, jurista, historiador e político mineiro, se ofereceu ao governo para continuar o trabalho interrompido, obtendo permissão do Ministro da Justiça, o Conselheiro Lafayette. “Três anos depois apresentou um

extenso trabalho, contendo 2.692 artigos, sob o título Apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro” (SEGURADO, 1973, p. 391). Dividia-se em uma parte preliminar, uma parte geral e uma especial. Dois méritos não podem ser tirados de Felício: 1) o de ter sido o primeiro jurista a conseguir terminar um projeto de código civil brasileiro, e no prazo; 2) e o de ter trabalhado voluntariamente, não recebendo remuneração nenhuma pelo serviço.

Nomeada a comissão para avaliar o trabalho, em 4/7/1881, deu parecer no sentido de que o texto carecia de revisão e de “retoques de arte”. Em 9/11/1881, o governo transformou a comissão revisora em permanente, dando-lhe a incumbência de redigir um projeto definitivo. O próprio Felício dos Santos, autor do projeto, fazia parte da comissão.

Com a organização do Gabinete de 24/5/1883, a comissão se dissolveu de fato, e de direito pelo Aviso de 27/2/1886, expedido pelo então Ministro da Justiça, Senador Ribeiro da Luz. Três anos e quatro meses se passaram, sem que o governo demonstrasse interesse em promover o projeto, quando, em 1º/7/1889, o Visconde de Ouro Preto, presidente do Gabinete de 6 de junho, reativou a comissão (RODRIGUES, 1897, p. IV). Pouco tempo depois, eclodiu a República, em 15/11/1889, e cinco dias depois a comissão foi novamente dissolvida. Mesmo assim, Felício apresentou seu projeto à Câmara dos Deputados e o publicou em 1891, quando era Senador da República, com autorização do Ministro da Fazenda Alencar Araripe (SANTOS, 1891). Nessa época, porém, já uma quarta tentativa estava em voga.

3.3 O projeto de Coelho Rodrigues

Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912), advogado, professor e jurista piauiense, foi o autor do quarto projeto do Código Civil, o primeiro da República. Fez parte da comissão que analisou o projeto de Felício dos Santos. Assinando contrato com o governo em 1890, Coelho Rodrigues obteve autorização para desincumbir-se de ser Senador pelo Piauí e viajar para a Europa, a fim de se concentrar na árdua tarefa da qual homens capacitados não haviam conseguido dar conta, até então. Rumou para Genebra, na Suíça. Ele sabia da necessidade:

O direito civil, ainda que tomado na acepção restricta de direito nacional privado, comprehende e regula quasi todas as manifestações da actividade humana, em seu desenvolvimento continuo, no tempo e no espaço.

Um codigo civil interessa, portanto, a todos as classes sociais, desde a mais pobre até a mais rica, desde a mais forte até a mais fraca, e desde a mais ignorante até a mais illustrada (RODRIGUES, 1897, p. 3-4).

Em 1893, após três anos de grandes dificuldades, incluindo problemas de saúde (RODRIGUES, 1897, p. V-VII), o jurista concluiu o trabalho. Seu projeto “inspirou-se amplamente no Código de Zurique e nos princípios predominantes na Alemanha” (SEGURADO, 1973, p. 392). Com 2.734 artigos, dividia-se em uma lei preliminar, uma parte geral com três livros (das pessoas; dos bens; dos fatos e atos jurídicos) e uma parte especial com quatro livros (das obrigações; da posse, da propriedade e dos outros direitos; do direito da família; do direito da sucessão). O projeto não foi aceito pelo governo, seguindo o parecer da comissão revisora. Rodrigues, contudo, à semelhança de Felício, submeteu-o ao Senado.

Entretanto, desde 1891, estando ainda na Europa, já uma polêmica ocorria no Brasil. O jurista lamentou o ocorrido:

Com effeito, eu sabia por triste experiencia que n’esta terra a politica se mette em tudo, e que a mór parte das suas questões se resolve por motivos pessoaes, ou geográficos. O Sr. Fernando Lobo [Ministro da Justiça] era, não só conterraneo, como amigo intimo do autor do projecto de 1881 [Felício dos Santos], e irmão de um dos autores do projecto do Senado n. 45 de 1891 [Senador Saldanha Marinho], que mandava adoptar aquelle, como codigo civil, com flagrante violação do meu contracto (RODRIGUES, 1897, p. VII).

Por causa da coexistência dos dois projetos no Senado, Coelho Rodrigues publicou, em 1894, suas *Observações críticas sobre o projeto do Código Civil, n. 9 de 1891, do Sr. Senador Dr. Joaquim Felício dos Santos*, pedindo ao Senado que resolvesse a questão, escolhendo um projeto ou outro (CARVALHO, 2019, p. 92).

Em 1895, o Senado nomeou uma comissão para indicar qual dos dois projetos postos de lado, o de Felício dos Santos ou o de Coelho Rodrigues, deveria servir de base para o Código Civil, sendo o segundo o escolhido; mas a Câmara, tendo de se pronunciar, assim não o fez. Todos os pareceres, réplicas, tréplicas, oitivas e debates no Parlamento, envolvendo o autor do projeto e as comissões que, desde o começo, se opuseram ao seu projeto, estão coligidas na publicação que Coelho Rodrigues deu à lume, junto com o seu projeto, em 1897. Defendeu bravamente seu projeto, mas foi vencido. Ele não se conformava:

Si o leitor é competente na materia, bastar-lhe-há ver os dous trabalhos da commissão, para aquilatar da incapacidade dos meus censores; si, porem, não é especialista, medite na accusação e na defesa e louvar-me-hei no seu juizo, desde que seja desinteressado, porque estou convencido de que, sobre esse negocio, a posteridade ha de pronunciar-se, não contra

a minha competência; mas contra a proibidade científica dos críticos officiaes, e contra a seriedade do nosso Governo (RODRIGUES, 1897, p. XI).

Lamentava também que àquele tempo ainda não houvesse um Código Civil no país:

N'essas condições a falta de um Codigo Civil brasileiro e a conservação das Ordenações da antiga metropole, onde, ha mais de trinta annos, so se reprimem como genero de exportação para esta colonia *soi-distante* emancipada e republicana, é mais do que um atestado irrefragável da incapacidade dos nossos legisladores e da indiferença dos nossos transactos pelo bem estar d'este pobre povo, que os tem supportado e mantido; é uma vergonha nacional que já tem pesado demais sobre trez gerações de brasileiros, contados á razão de quatro para cada seculo (RODRIGUES, 1897, p. VIII).

E, por fim, sem esperança de que seu *Projeto* vingasse, não deixou de reconhecer:

Pela minha parte fiz o que pude, e ainda não voltei as costas aos adversarios do meu trabalho, por mais consideraveis e valentes que fossem.

[...] / Entretanto, qualquer que seja a sorte do meu Projeto, uma consolação me ficou de ter-me incumbido delle: daqui por diante outros brasileiros poderão fazer melhor; mas, até agora, ainda nenhum fez tanto.

O leitor imparcial encontrará a prova disto nas peças officiaes, que lhe offereço agora (RODRIGUES, 1897, p. XIX).

O *Projeto* de Rodrigues também não virou o Código Civil, mas foi muito mais aproveitado pelo próximo proponente, Clóvis Beviláqua, do que os projetos anteriores.

3.4 O projeto de Clóvis Beviláqua

Como temos visto, Clóvis Beviláqua já era um nome bem conhecido no cenário nacional em meados da década de 1890, por sua docência na Faculdade de Direito do Recife e pela produção intelectual, sobretudo da doutrina jurídica. Não fosse assim, decerto não estaria entre os fundadores da Academia Brasileira de Letras,

em janeiro de 1897, morando ainda no Nordeste. Mas daí a ser oficialmente o jurisconsulto elaborador do projeto do Código Civil, aos 39 anos, é uma outra questão, pois havia no Brasil homens igualmente capacitados – e com mais idade – para esse mister, como Rui Barbosa, Lafayette Rodrigues Pereira, o próprio Coelho Rodrigues, cujo projeto poderia ter sido aproveitado, etc.

Independentemente de outros fatores que possam ter concorrido para esse desfecho, há cinco a destacar, que nos parecem os mais relevantes:

- 1) Quando recebeu o convite, no início de 1899, com o mesmo prestígio de imortal da ABL que outros confrades juristas, Clóvis Beviláqua já tinha reputação de grande civilista, autor de publicações como *Direito da família* (Recife, 1896), *Direito das obrigações* (Bahia, 1896) e *Direito das sucessões* (Bahia, 1898), as quais o credenciavam para a missão;
- 2) Clóvis possuía um amplo conhecimento de legislação comparada, das leis antigas e vigentes, nacionais e de outros países, preenchendo o requisito de erudição necessário para a redação de um código. Lembremos que ele assumiu a cátedra de Legislação Comparada em 1891, ajudando a consolidar a matéria, algo novo para a época, ampliando ainda mais seu horizonte jurídico, e publicou *Aplicação do método comparativo ao estudo do Direito* (Recife, 1891) e *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado* (Recife, 1893).
- 3) Clóvis Beviláqua publicou um artigo de certa repercussão em 1896, intitulado “O problema da codificação do direito civil brasileiro”, nas páginas da *Revista Acadêmica*, da Faculdade de Direito do Recife (BEVILÁQUA, 1896). Nesse texto, mostrou-se interessado na temática, reconheceu a necessidade da codificação, em meio a legislações várias e obsoletas, ponderou os respectivos problemas; abordou também o fracasso das tentativas anteriores, sem aprofundá-las; e propôs reflexões sobre a natureza do código. Mereceu, por exemplo, este pequeno comentário no jornal *Cidade do Rio*, cujo dono era José do Patrocínio: “Merecem especial menção [...] *O problema da Codificação do Direito Civil Brasileiro*, pelo notável professor de direito e abalizado jurisconsulto Dr. Clovis Bevilaqua, incontestavelmente a mais poderosa celebração jurídica da nova geração” (CIDADE DO RIO, 27 jan. 1898, p. 1);
- 4) Clóvis também detinha experiência na feitura e discussão de texto legislativo denso, porquanto participou, como constituinte, da elaboração da Constituição do Ceará (1891), a primeira daquele Estado no período republicano;
- 5) A par de tudo isso, quem fez o convite foi o paraibano Epitácio Pessoa (1865-1942), político, jurista, magistrado e presidente da República

(1919-1922), à época Ministro da Justiça no governo de Campos Sales (1898-1902), alguns anos mais novo que Clóvis. Possivelmente se conheceram na Faculdade de Direito do Recife, onde Epitácio ingressou em 1882, ano de conclusão de Clóvis, e se formou em 1886, quando Clóvis já trabalhava como bibliotecário. O fato de ambos serem nordestinos, de estados próximos, terem estudado na mesma faculdade, também nordestina, terem amigos em comum e eventualmente feito amizade entre si naquela época, tudo isso pode ter contribuído para o convite.

Quando escreveu o referido artigo em 1896, no mesmo ano de promulgação do Código Civil Alemão (BGB) e do Código Civil do Japão, Clóvis ainda não sabia que seria ele o futuro escolhido para redigir o projeto do código brasileiro. Sabia, no entanto, que quem se pusesse a escrevê-lo teria de enfrentar a inflexibilidade inerente a esse tipo de legislação:

Diz-se que o direito não vive somente na lei, mas principalmente nos costumes que insufflam sangue e vida no mecanismo inanimado da lei, e, portanto, pretender ajoujar o direito nos moldes inflexíveis de um código importa o mesmo que sopitar lhe o natural desenvolvimento, atrophial-o, ankylosal-o, deformal-o, tornando-o de todo impróprio para desempenhar as funções a que se destina [...].

É certo que os códigos não oferecem a flexura dos costumes, mas o que perde o direito com essa dureza de formas, ganha em clareza e precisão de idéas, em segurança de interesses, em cerceamento do arbitrio dos depositarios do poder. E estas ultimas vantagens compensam largamente aquella qualidade perdida [...] (BEVILÁQUA, 1896, p. 4).

Após a indicação de Epitácio Pessoa, Clóvis foi nomeado pelo Presidente Campos Sales, com a recomendação de que devia aproveitar o máximo possível o *Projeto* de Coelho Rodrigues, do que se depreende ter sido considerado este um trabalho de grande valor, apesar de não prosperar no seu intento. A notícia da escolha de Clóvis, representante da fase tardia da “Escola do Recife”, a fase jurídica, evolucionista e de cunho mais sociológico, desagradou a alguns juristas, mais velhos, que se achavam mais capacitados (MEIRA, 1990, p. 146). Entre estes, citam-se os nomes de Rui Barbosa e Inglês de Sousa, seus confrades de ABL, que não lhe pouparam críticas, sobretudo por ser tão novo (39 anos) e, portanto, não amadurecido para tão difícil tarefa; tudo isso, no fundo, segundo Meira, era uma forma de censura prévia em razão de Clóvis ter sido escolhido em vez de um deles, que eram os mais cotados para tal missão (MEIRA, 1990, p. 147-148).

Recebida a incumbência em fins de março de 1899, Clóvis iniciou seu trabalho em abril. Não perdeu tempo procurando um melhor esquema, como o fizera Teixeira de Freitas, seguiu o formato do BGB, o código alemão. Em novembro daquele mesmo ano, concluiu o Projeto, que entregou ao governo. Um tempo recorde que surpreendeu a todos, tendo em vista todas as experiências pretéritas ao longo daquele século. Rui Barbosa foi um dos que protestaram na imprensa (HOLANDA, 2021, p. 203).

Na confecção de seu projeto, Clóvis informa ter se servido do *Esboço* de Teixeira de Freitas e do *Projeto* de Coelho Rodrigues, muito mais deste segundo, além de pesquisas em jurisprudência pátria, doutrina e legislação comparada (BEVILÁQUA, 1906, p. 26). A escrita objetiva de Beviláqua, fugindo à prolixidade, o levou a compor seu *Projeto* com 1.973 artigos, mais os 42 da lei introdutória; isto significa que redigiu menos que o incompleto *Esboço* de Teixeira de Freitas (4.908 artigos), o *Projeto* de Felício dos Santos (2.762 artigos) e o *Projeto* de Coelho Rodrigues (2.734 artigos).

Nomeada uma primeira comissão revisora, em 29/3/1900, o Projeto recebeu dois pareceres, um primeiro, extremamente crítico, de Duarte de Azevedo, e outro, um pouco mais favorável, de Aquino e Castro. Era o início da longa batalha que o Projeto travaria, até ser aprovado em fins de 1915 e promulgado em 1º de janeiro de 1916. Frise-se que, uma vez convidados a integrarem a comissão, Rui Barbosa e Lafayette recusaram o convite (MEIRA, 1990, p. 149). Parecia haver mesmo uma má vontade para com o autor do projeto.

Após 66 sessões da comissão, presididas por Epitácio Pessoa, inclusive com a presença de Clóvis em algumas delas (SEGURADO, 1973, p. 393), várias emendas feitas ao texto original e muitos comentários na imprensa, alguns depreciativos, o texto, aprovado pelo governo, foi encaminhado pelo Presidente Campos Sales ao Congresso Nacional em novembro de 1900 (MEIRA, 1990, p. 150-155). Uma comissão especial é montada na Câmara dos Deputados, a qual inicia seus trabalhos em 1901. Enquanto isso, Clóvis recebe críticas ao seu projeto, inclusive de Coelho Rodrigues, mas Clóvis contesta tais críticas no *Jornal do Commercio*; por outro lado, alguns autores trataram de contribuir com ideias, caso do médico maranhense Nina Rodrigues (1862-1906). A comissão da Câmara discute amplamente o projeto, fazendo-lhe várias alterações. “Aprovado o projeto foi remetido ao Senado em princípios de abril de 1902. A Câmara encerrava a sua sessão extraordinária a 31 de março. Logo a 3 de abril Rui já está com seu parecer escrito” (MEIRA, 1990, p. 163).

O *Parecer* de Rui Barbosa, publicado em 1902, em quase 500 páginas, é um capítulo à parte nessa história (BARBOSA, 1949). Já devia o sábio jurista estar de posse do material para lhe redigir um parecer tão volumoso. O fato é que o Senador se antecipou à comissão do Senado, que já estava formada para avaliar o projeto aprovado na Câmara. Rui foi severo nas críticas ao projeto, emendando quase todos os

artigos, sobretudo quanto ao português, e ao fazê-lo, corrigia não somente a Clóvis, mas também as emendas já revisadas pela Câmara. Rui recebeu alguns apoios. Mas foi severamente criticado por nomes como o gramático Carneiro Ribeiro e o jornalista e escritor Medeiros e Albuquerque; este último chegou a publicar um extenso artigo, intitulado “Um censor incensurável”, em que mostrava as incoerências de Rui quanto ao português que este pretendia defender, sendo considerada a melhor crítica ao *Parecer* (SEGURADO, 1973, p. 393).³² Rui não se deu por vencido e publicou uma *Réplica*, maior ainda que o *Parecer*, dividida em duas partes (BARBOSA, 1953a; 1953b).

Clóvis, embora não fosse um espírito combativo, não ficou indiferente às críticas. Publicou, em 1906, *Em defesa do Projeto do Código Civil Brasileiro*, um volume com quase 550 páginas, no qual demonstrou grande erudição acerca do direito civil. Nele, o jurista cearense traçou um panorama histórico da discussão sobre o Código Civil brasileiro, defendeu seu projeto e rebateu as críticas, sobretudo as de Rui Barbosa:

O que ha de extranhavel, de irritante mesmo, nas emendas do senador Ruy Barbosa, é sobretudo o commentario onde esfuziam chufas, estridulam chanças e mal se esconde o menospreço pelo trabalho alheio. E o que pretendemos com as nossas defezas foi mostrar que houve muita injustiça nas accusações do *Parecer*, injustiça que foi a *alma parens* dos erros em que por sua vez caiu o illustre senador.

O Projecto continha defeitos, mas o senador Ruy Barbosa exaggerou-os sobre posse. Exaggerando-os, avollumando-os, realçando-os, inflando-os para que se tornassem mais visiveis, fez em torno desse producto legislativo um nevoeiro denso que nos tira a visão exacta da cousas. E s. exc. não escapou á acção pernicioso dessa caligem. Foi vitima de seu methodo, desviou-se da estrada segura, resvalou em alguns equívocos (BEVILÁQUA, 1906, p. 476).

32 Vários textos envolvidos na polêmica, como “Resposta ao Parecer do Senador Rui Barbosa”, de Anísio de Abreu, o relator na Câmara; “A redação do Projeto de Código Civil no Senado”, de Clóvis Beviláqua; “Uma lição de português” e “Briga de gramáticos”, de José Veríssimo; “Um censor incensurável”, de Medeiros e Albuquerque; e “Tréplica ao Carneiro”, de Rui Barbosa, podem ser vistos no vol. 29, tomo IV, das Obras Completas de Rui Barbosa, sob o título de *Anexos à Réplica* (BARBOSA, 1969).

Os anos de discussões se resumem nesta passagem:

A discussão foi longa e brilhante e dela tomaram parte nomes consagrados, destacando-se principalmente Andrade Figueira, representando o espírito conservador, os velhos preconceitos, renitentemente avesso a qualquer inovação e Clóvis Beviláqua, moço, imbuído de grandes ideias, a par das legislações mais adiantadas, pretendendo introduzir os mais recentes conhecimentos, muitos dos quais ainda hoje de perfeita atualidade (CHAVES, 2000, p. 98).

Somente no ano de 1912, após muitas discussões e emendas, o Senado concluiu o seu trabalho e remeteu o projeto de volta à Câmara. “As emendas aprovadas pelo Senado eram, na maior parte, de redação; apenas 186 modificaram a substância do projeto, entrando em seu mérito” (SEGURADO, 1973, p. 394). A Câmara nomeou uma Comissão com 21 membros, presidida pelo deputado cearense Justiniano Serpa, para estudar as emendas, e houve convocação extraordinária do Congresso em 1913 para debruçar-se sobre o Código que estava sendo gestado. Depois de discutir o assunto ao longo dos anos 1913 e 1914, a Câmara aprovou a maior parte das emendas do Senado, exceto 94 delas. O tema das emendas rejeitadas voltou a ser discutido no Senado e depois na Câmara, quando as diferenças de entendimento entre as duas casas legislativas foram se estreitando, até que, finalmente, as comissões reunidas do Senado e da Câmara prepararam a redação definitiva do Código Civil (Projeto nº 168 A/1915), aprovada na sessão de 26/12/1915 (CONGRESSO NACIONAL, 1918, p. 758-760). Serpa, fazendo uso da tribuna, não deixou de lembrar:

[...] peço licença para prestar homenagens a todos que ainda vivem, resumindo-os em Clóvis Bevilaqua, o insigne autor do projecto, e Ruy Barbosa, o genial escritor e jurisconsulto, que deu ao Codigo a fôrma modular e classica que tem; e os mortos, aliás numerosos e ilustres, em Teixeira de Freitas, Nabuco de Araujo e Andrade Figueira, uma trindade á altura da edad de oiro da jurisprudencia romana [...] (CONGRESSO NACIONAL, 1918, p. 760).

Estava aprovado o Código Civil, promulgado pela Lei nº 3.071, de 1º/1/1916, sancionada pelo Presidente Wenceslau Braz, que entraria em vigor dali a um ano. O clima era de festa. O Brasil passaria a seguir, agora, com a permissão do trocadilho, por uma via mais “civilizada”, no exato momento em que uma parte do mundo sofria os flagelos de uma “barbárie”, a Conflagração Europeia, que corria para o terceiro ano de fogo, sofrimento e morte.

Vários estudos têm sido feitos sobre as influências e concepções jurídicas, filosóficas, sociológicas e históricas do Código Civil de 1916, e do próprio Clóvis Beviláqua como jurista e pensador, principalmente artigos, ensaios, dissertações e teses de doutorado, nas áreas de Direito, História, Filosofia e Sociologia, sobre os quais não temos como discorrer agora. De nossa parte, indicamos aqueles que estão arrolados nas referências deste texto.

O tema do direito civil urgia e a espera pelo Código não impediu o Congresso Nacional de avançar na promulgação de leis que a realidade nacional demandava. Antônio Chaves (2000, p. 93) relaciona os principais diplomas legais civis brasileiros, anteriores ao Código de 1916, alguns dos quais surgidos no intervalo entre a entrega do projeto e a promulgação do Código.³³

Vindo o Código Civil de 1916, não solucionaria todos os problemas, nem seria um monumento intocável, pois dali a três já seria alterado a primeira vez; mas era, enfim, uma conquista, que as pessoas que tiveram a perfeita noção dos 96 anos de espera souberam valorizar mais ainda. O Código, como já dissemos, sofreu alterações superficiais e profundas por 28 leis diferentes ao longo de 86 anos de vigência. Foi longo, mas não duraria para sempre. Clóvis Beviláqua sabia da natureza efêmera e volúvel dos códigos:

Além disso, os codigos não são monumentos megalithicos, talhados na rocha para se perpetuarem com a mesma feição dos primeiros momentos, erectos, immoveis, inerradicaveis, rujam em torno, muito embora, tempestades, esbarron-dem-se imperios, sossobrem civilisações. / Os codigos são equiparaveis aos systemas philosophicos. Cada systema philosophico concretisa, em forte synthese, uma concepção do mundo, victoriosa em certos cerebros ou em certo momento historico, e serve de repouso aos espiritos, satisfazendo as necessidades mentaes por algum tempo. / Depois, o cabedal da experiencia augmenta, e é forçoso quebrar os moldes que

33 Decreto nº 9.886, de 7/3/1888, registro civil; Decreto nº 169-A, de 19/1/1890, hipotecas; Decreto nº 181, de 24/1/1890, casamento civil; Decreto nº 370, de 2/5/1890, regulamento hipotecário; Decreto nº 572, de 12/7/1890, obrigatoriedade das leis; Decreto nº 79, de 23/8/1892, procurações de próprio punho; Lei nº 3.192, de 14/10/1892, patentes de invenção; Lei nº 173, de 10/9/1893, personalidade das associações civis; Lei nº 496, de 1º/8/1898, direitos autorais; Lei nº 973, de 2/1/1903, registro de títulos; Decreto nº 4.775, de 16/2/1903, mesma matéria; Decreto nº 1.021, de 26/8/1903, desapropriações; Lei nº 1.839, de 31/12/1907, sucessões; Lei nº 2.681, de 7/12/1912, responsabilidade civil das estradas de ferro (art. 142 da Lei nº 1.930, de 26/4/1850).

o pensamento fundira, alargar o âmbito da doutrina. Assim os códigos. Estereotipam eles a forma do pensamento jurídico em um certo momento da civilização de um povo, e, si forem vasados em molde selectos, com vantagem proverão, por longo tempo, ás necessidade sociaes, pois que é seu fito principal traduzil-as e assegurar, do melhor modo, a sua satisfação (BEVILÁQUA, 1906, p. 15-16).

Muitos códigos se tornam duradouros, ele o sabia, mas também não ignorava a sujeição de tais leis aos processos históricos. Por isso, disse: “Entretanto, por maior amplitude que offereçam os seus principios, um dia esse tegumento do organismo juridico estalará, forçado pelo engrandecimento continuo dos institutos, pelo apparecimento de formas e orgams novos”. E arrematou: “Será necessario, então, retocar o edificio primitivo ou levantar outro inteiramente novo, onde, se poderão aproveitar as pedras e as vigas que restarem aproveitaveis” (BEVILÁQUA, 1896, p. 6).

Foi assim que o Código Civil de 1916 passou por tantas transformações, a começar pelo Decreto nº 3.725/1919, com menos de três anos de vigência da lei. No final da década de 1960, durante o regime militar, pensou-se em um novo código, porque a realidade brasileira já era outra. Em 1969, foi designada uma comissão responsável pela reforma do código, sob a chefia do professor e jurista Miguel Reale, com sua visão culturalista, bem diferente da de Clóvis Beviláqua ou Rui Barbosa. Ao fim dos trabalhos dessa comissão, em 1975, foi entregue um projeto ao Congresso Nacional. Aprovado na Câmara em 1984 e no Senado em 1997, e mais quatro anos de outras discussões no Congresso, o texto original recebeu uma quantidade enorme de emendas, e não seria diferente, dado o lapso entre a entrega do projeto e a aprovação do texto final. Como das outras vezes, o tempo despendido para análise, discussão e aperfeiçoamento do texto levou muitos anos – 26 anos e alguns meses –, mais até do que o projeto de Clóvis Beviláqua, até ser promulgado o novo Código Civil em janeiro de 2002, cujo conteúdo e cuja forma são uma outra história.

Idiosincrasia nacional esse costume inveterado de demorar para resolver as coisas importantes, de real interesse público? Retrato de um Brasil em que muitas coisas caminham a arrastos de lesma, sob o sol quente da burocracia, dos egos inflamados e dos partidarismos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nosso estudo, tivemos a pretensão de mostrar a trajetória e a importância de Clóvis Beviláqua, principalmente como jurista de fama nacional e internacional e como um dos maiores civilistas da República brasileira. Tentamos responder a algumas perguntas, ponderando sobre o porquê de ele ter vindo para o Maranhão assumir o cargo de Promotor Público na Comarca de Alcântara, pouco depois de formado em Direito, e por que ele foi escolhido e convidado pelo governo para ser o elaborador do projeto do Código Civil, além de mostrar a verdadeira saga que foi, durante quase um século, o caminho para se chegar à promulgação da referida lei em 1916.

Há muito o que se falar sobre Clóvis Beviláqua, e as várias biografias e estudos a seu respeito têm se revezado nessa tarefa, não conseguindo esgotar os assuntos. Numa época como esta, de desarrazoadas e estúpidas iconoclastias, pouco afeita a homenagens a figuras que, agindo em diálogo perene com seu próprio tempo de existência, deram sua contribuição à história do país, o Ministério Público do Maranhão, por meio de sua Escola Superior, acerta na homenagem prestada ao ilustre jurista, filho do Ceará, que, embora por alguns meses apenas, se emoldurou para sempre na galeria dos Promotores Públicos do Maranhão.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Danilo Cerqueira. *O resgate da produção literária de João Paraguaçu n'O Imparcial da Bahia*. 2014. 263 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Literários) – Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2014.
- A PATRIA. Folha da Provincia do Rio de Janeiro. Nichteroy, anno XIV, n. 77, 3 abr. 1872.
- ARANHA, Graça. *O meu próprio romance*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1931.
- A REFORMA. Rio de Janeiro, anno III, n. 178, 8 ago. 1871; anno IV, 2 abr. 1872; 7 abr. 1872.
- A REPUBLICA. Rio de Janeiro, anno I, n. 106, 10 ago. 1871; anno II, n. 325, 11 abr. 1872.
- BARBOSA, Rui. *Parecer sôbre a redação Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949. 490 p. (Obras Completas de Rui Barbosa, vol. XXIX, t. I).
- BARBOSA, Rui. *Réplica*. 1ª Parte. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953. 441 p. (Obras Completas de Rui Barbosa, vol. XXIX, t. II).
- BARBOSA, Rui. *Réplica*. 2ª Parte. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953. 446 p. (Obras Completas de Rui Barbosa, vol. XXIX, t. II).

- BARBOSA, Rui. *Anexos à Réplica*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1969. 302 p. (Obras Completas de Rui Barbosa, vol. XXIX, t. IV).
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. 542 p.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 2. ed. Brasília: INL; Conselho Federal de Cultura, 1977. 464 p.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Juristas philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897. 147 p.
- BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do direito civil brasileiro. *Revista Acadêmica*, v. 6, n. 1, p. 3-18, Faculdade de Direito do Recife, 1896.
- BOURDIEU, Pierre. A ilusão biográfica. In: FERREIRA, Marieta de Moraes; AMADO, Janaina; PORTELLI, Alessandro. *Usos & abusos da história oral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006, p. 183-191.
- BRASIL. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1823*. Parte II: decretos, cartas e alvarás. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1887.
- BRASIL. *Constituição de 1824*. (Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824)
- BRASIL. *Decreto nº 2.318*, de 22 de dezembro de 1858. (Providências sobre a organização e confecção do Código Civil do Império)
- BRASIL. *Decreto nº 2.337*, de 11 de janeiro de 1859. (Aprova o nome de Teixeira de Freitas para a confecção do Código Civil do Império)
- BRASIL, Carla. A ausência da escravidão na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas: uma interpretação ética do posicionamento do juriconsulto para além do heroísmo. *JusBrasil*, 2019. Disponível em: <https://carlabrasl.jusbrasil.com.br/artigos/813863354/a-ausencia-da-escravidao-na-consolidacao-das-leis-civis-de-teixeira-de-freitas>. Acesso em: 22 set. 2022.
- CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Joaquim Felício dos Santos e a codificação do direito civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 63-96, jan./mar. 2019.
- CHAVES, Antônio. Formação histórica do direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 57-105, 2000.
- CIDADE DO RIO. Rio de Janeiro, ano XI, n. 104, 27 jan. 1898.
- CONGRESSO NACIONAL. *Annaes da Camara dos Deputados*. Sessões de 16 a 28 de dezembro de 1915. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. 961 p.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Um Código “social” e “impopular”*: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916). 2013. 246 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Augusto Teixeira de Freitas - El Protojurista del Mercosur. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* - PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, RS, v. II, n. N IV, p. 111-117, 2004.

DIARIO DO MARANHÃO. Maranhão, anno XIV, n. 2.907, 2 maio 1883.

DIARIO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, anno 54, n. 218, 8 ago. 1871; anno 55, n. 101, 14 abr. 1872.

DOSSE, François. *O desafio biográfico: escrever uma vida*. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. 438 p.

FANINI, Michele Asmar. A (in)elegibilidade feminina na Academia Brasileira de Letras: Carolina Michaëllis e Amélia Beviláqua. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v. 22, n. 1, p. 149-177, 2010.

FERREIRA, Waldemar Teixeira de Freitas e o Código Civil argentino. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 25, p. 181-186, 1929.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis* [1858]. Brasília: Senado Federal, 2003. 2 v. (edição fac-similar da 3ª edição, aumentada, de 1876)

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. rev. ampl. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOLANDA, Ana Paula de Araújo. *Influências de Clóvis Beviláqua na codificação civilista brasileira*. Fortaleza: Edições UFC, 2021. 298 p.

JORNAL DO COMMERCIO. Rio de Janeiro, anno 50, n. 216, 6 ago. 1871; anno 51, n. 90, 30 mar. 1872; n. 91, 31 mar. 1872; n. 98, 8 abr. 1872.

LIMA, Miridan Rejane Soares. *Aos encantos do lar: amor e companheirismo entre Amélia Bevilaqua e Clóvis Bevilaqua*. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado em História do Brasil) – Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2016.

LYRA, Heitor. *História de Dom Pedro II (1825-1891)*. 2º vol.: Fastígio 1870-1880. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. 545 p.

LOPES, Antônio. *Alcântara: subsídios para a história da cidade*. 2. ed. São Paulo: Siciliano, 2002. 323 p. (Coleção Maranhão Sempre)

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARANHÃO. *Ministério Público do Estado do Maranhão: fontes para sua história*, v. 2, t. 20; Correspondência ativa dos Promotores Públicos do Império: Ofícios de 1882 a 1885. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2019.

MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Editora Universidade Federal do Ceará, 1990. 460 p.

MENDES, Algemira Macedo. *Maria Firmina dos Reis e Amélia Beviláqua na história da literatura brasileira: representação, imagens e memórias nos séculos XIX e XX*. 2007. 282 f.

- Tese (Doutorado em Letras) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império: Nabuco de Araújo*. Tomo III: 1866-1878. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1899.
- NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil argentino. *Revista do CAAP*. Belo Horizonte, n. especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, p. 37-48, jul./dez. 2010.
- O CEARENSE. Fortaleza, ano XLIII, n. 155, 13 jul. 1889.
- O PAIZ. Maranhão, ano XXI, n. 59, 14 mar. 1883; n. 102, 6 maio 1883; ano XXII, n. 47, 26 fev. 1884; 2ª série, n. 3, 3 jul. 1884.
- RIO, João do. *O momento literário* [1907]. Ministério da Cultura; Fundação Biblioteca, [s.d.]. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000134.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.
- RODRIGUES, A. Coelho. *Projecto do Codigo Civil*. Precedido da Historia documentada do mesmo e dos anteriores. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1897.
- SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.
- SEGURADO, Milton Duarte. *O direito no Brasil*. São Paulo: Bushatsky; Editora da Universidade de São Paulo, 1973. 498 p.
- SIRINELLI, Jean François. Os intelectuais. In: REMÓND, René (org.). *Por uma história política*. 2. Ed. Rio de Janeiro, FGV, 2010, p. 231-269.
- SILVA, Wilton C. L. *Vida póstuma de um ilustre desconhecido: a construção biográfica de Clóvis Beviláqua (1859-1944)*. 2013. 457 f. Tese (Livre Docência) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Assis, 2013.
- SLEMIAN, Andréa. À nação independente, um novo ordenamento jurídico: a criação dos Códigos Criminal e do Processo Penal na primeira década do Império do Brasil. In: RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). *Brasileiros e cidadãos: modernidade política, 1822-1930*. São Paulo: Alameda, 2008, p. 175-206.
- TORRES, Juliano Rodriguez. *A ordem e a fera: o fenômeno jurídico no pensamento de Clóvis Beviláqua*. 2013. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. 170 p.

ANEXOS – HOMENAGEM A CLÓVIS BEVILÁQUA

Alcantara.— Foi nomeado o bacharel Clovis Bevilaqua para o cargo de promotor publico desta comarca, vago por ter sido despa- chado para o de juiz municipal e d'orphãos de S. Bento o bacharel Francisco da Cunha Ma- chado.

O PAIZ. Maranhão, ano XXI, n. 59, 14 mar. 1883, p. 2.

Casamento.— Casou-se hontem na igreja de S. Antonio, ao meio dia, o Sr. Dr. Clovis Bevilaqua com a Exm.^a Sra. D. Amelia Car- olina de Freitas, filha do Exm. Sr. Dr. José Manoel de Freitas, presidente da provincia.

Foi ministro do acto o Rvm. Sr. padre Dr. Dorotheo Dias de Freitas e testemunhas os Srs. Dr. Fabio Augusto Bayma e sua Sra. e Dr. Manoel Bernardino da Costa Rodrigues e sua Sra., es- tando presentes muitas senhoras e cavalheiros, amigos dos paes da noiva e do noivo.

A cerimonia foi celebrada no altar mór da igreja, ricamente ornado. A benção foi dada aos sons do orgão tocado no coro, e quando os noi- vos sahião do templo uma chuva de petalas de rosas os cobrio.

Aos convidados foi offerecido um opiparo lunch no pa cio da presidencia.

Os noivos partiram para Alcantara ás 3 horas da tarde.

O PAIZ. Maranhão, ano XXI, n. 102, 6 maio. 1883, p. 2.

Alcantara:—Do cargo de promotor pnblico desta comarca foi exonerado, a pedido.o bacharel Clovis Bevilaqua.

O PAIZ, Maranhão, ano XXII, n. 47, 26 fev. 1884, p. 2.



Clóvis Beviláqua (o primeiro à esquerda) e colegas nos tempos de faculdade. Meira (1990, p. 62)



Clóvis e Amélia na época do casamento.
Meira (1990, p. 74)



Clóvis Beviláqua professor em Recife (década de 1890).
Meira (1990, p. 92)



Clóvis Beviláqua na maturidade.
Meira (1990, p. 100)



Clóvis Beviláqua no final da década de 1930.
Meira (1990, p. 116)



ARTIGOS

O *COMPLIANCE* ENQUANTO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

COMPLIANCE AS A MECHANISM TO SUPPORT THE FIGHT AGAINST CORRUPTION: THE BRAZILIAN EXPERIENCE

*Reynaldo Soares da Fonseca*¹

*Bruno Fernandes*²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo sintetizar as características cruciais do *compliance* e explorar suas principais controvérsias. Em um primeiro momento, busca-se sistematizar o conceito, a função e o conteúdo desse instituto a partir da literatura especializada, nomeadamente brasileira e espanhola. Em seguida, são analisadas as previsões da Lei Anticorrupção pátria (12.846/2013) e do seu Decreto regulamentador n° 8.420/2015, a fim de compreender de que modo elas fortaleceram o *compliance* como uma ferramenta para o enfrentamento da corrupção no país. Defende-se, portanto, que a implementação de programas de *compliance* pode ser efetiva para a prevenção de atos ilícitos no ambiente corporativo.

Palavras-chave: *compliance*; Lei Anticorrupção; conformidade; governança corporativa.

-
- 1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Maranhão, em colaboração técnica na Universidade de Brasília. Brasília. E-mail: gab.min.reynaldo.fonseca@stj.jus.br.
 - 2 Advogado. Doutorando em Direito Penal na Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, especialista em Direito Penal e *Compliance* pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Universidade de Coimbra, Professor Convidado das Pós-Graduações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. E-mail: brunofernandes@bragaefernandes.com.br.

Abstract: This article aims to summarize the key characteristics of compliance and explore its main controversies. At first, we seek to systemize the definition, function and content of this institute, based on Brazilian and Spanish literature. Then, the dispositions of the Anti-Corruption Law (12846 of 2013) and of the Regulatory Decree No. 8420 of 2015 are analyzed, in order to understand how they have strengthened compliance as a mechanism to support the fight against corruption in Brazil. It is argued, therefore, that the implementation of compliance programs can be effective for the prevention of illegal acts in the corporate environment.

Keywords: compliance; Anti-Corruption Law; conformity; corporate governance.

1 INTRODUÇÃO

Em reportagem datada de 09 de julho de 2017, a seção de Economia do jornal “G1” destaca que, após as crises de naturezas financeira e “reputacional” sofridas pelas empresas envolvidas na “Operação Lava Jato” e em outras contratações públicas, se observou ascensão exponencial do “mercado de *compliance*” no Brasil (MELO; ALVARENGA, 2017). Indo além, a reportagem relembra que, em 2013, foi aprovada a “*Lei Anticorrupção*” (Lei 12.846/13), posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, explicitando a adoção desse mecanismo de conformidade e de ética empresariais no ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, no ano de 2016, apenas seis por cento das empresas³ abrangidas pelo levantamento jornalístico não possuíam área especializada responsável pelo *compliance* no respectivo ambiente corporativo. De fato, é fácil perceber que o *compliance* se tornou uma “*exigência de mercado*” em solo brasileiro (MELO; ALVARENGA, 2017).

Entretanto, o cenário nem sempre foi assim. Mesmo no plano mundial, por muito tempo, o *compliance* representava instrumento jurídico incipiente, quase exclusivamente restrito aos países do chamado *common law* anglo-saxão. Não obstante, com a proliferação de escândalos financeiros e com a paulatina mudança de abordagem regulatória – movendo-se do caráter precipuamente repressivo para outro de natureza mais preventiva – o instituto do *compliance* adquiriu grande notoriedade tanto na iniciativa privada, quanto no setor público.

3 Ao longo do texto, os vocábulos “empresa”, “organização” e “companhia” serão utilizados como sinônimos de “pessoa jurídica”, de forma intercambiável. Apesar de existirem nuances conceituais entre os termos, por questões de redação, optou-se por não repetir exaustivamente essa última expressão.

Em essência, trata-se da busca por uma cultura corporativa de respeito à legalidade e aos parâmetros ético-empresariais preestabelecidos cujo objetivo final é o de fortalecer o ambiente institucional de interação entre agentes econômicos privados e atores estatais. Conseqüentemente, também acaba por se tornar um instrumento que busca evitar a prática delituosa na atuação da empresa. Portanto, por meio da adoção e da implementação de programas de *compliance* efetivos, pretende-se fornecer incentivos externos e internos para que a organização esteja em conformidade com os preceitos legais, com as expectativas sociais e com as normas éticas aplicáveis (FRAZÃO, 2017).

Aliás, vale a pena lembrar que tal cultura reafirma o modelo constitucional brasileiro (preâmbulo e art. 3º), que preconiza os valores supremos de uma sociedade livre, justa e fraterna, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (FONSECA, 2019).

Em meio a esse contexto de vertiginosa importância do instituto, o presente texto pretende sintetizar as características cruciais do *compliance* e explorar as controvérsias centrais em torno dele. Para desenvolver tal reflexão, o trabalho está estruturado em duas partes.

Em primeiro lugar, abordam-se os contornos essenciais do *compliance*: escopo, função e conteúdo. Em segundo lugar, explora-se o arcabouço legislativo que consolidou o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica do combate à corrupção. Essas duas partes, todavia, estão subdivididas em 4 (quatro) seções, além desta introdução e da conclusão.

A primeira seção do texto abarca o escopo do *compliance*. Ou seja, busca responder a seguinte pergunta: *o que é compliance?* Em virtude das diferentes delimitações conceituais presentes na literatura sobre o tema, esboça-se um conceito bipartite, dividindo o instituto em *compliance lato sensu* e *compliance stricto sensu*. A segunda seção, por sua vez, aborda a função do instituto e as vantagens de adotá-lo tanto na iniciativa privada quanto no setor público. Em suma, perpassa a seção pela seguinte pergunta: *para que serve o compliance?* A terceira seção do texto está voltada para o conteúdo dos programas de *compliance*, endereçando a seguinte pergunta: *o que o programa de compliance precisa conter?*

Em seguida, na quarta seção, analisa-se como, no Brasil, a Lei Anticorrupção (12.846/2013) contribuiu para o fortalecimento do *compliance* na atuação prática do Direito.

Na primeira parte do texto (englobando as três primeiras seções), adotou-se precipuamente a *revisão bibliográfica* como técnica de pesquisa, com ênfase na literatura sobre o tema escrita nas línguas portuguesa e espanhola. Já na segunda parte do texto, realizou-se recorte analítico no objeto de estudo (“*compliance*”), analisando

especificamente enquanto ferramenta para o combate à corrupção. Para tanto, além de revisão bibliográfica da literatura brasileira sobre o tema, procedeu-se a uma *análise documental*⁴ da legislação supracitada, bem como de seu decreto regulamentador.

Em síntese, o presente artigo possui – sempre sob a ótica da literatura especializada – 2 (dois) objetivos:

- (i) Primeiro, sistematizar a definição conceitual, a função e o conteúdo do *compliance*; e
- (ii) Segundo, analisar as previsões da Lei Anticorrupção brasileira e compreender como ela impulsionou o desenvolvimento do *compliance* no território brasileiro.

2 O QUE É COMPLIANCE? - DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E APONTAMENTOS INICIAIS

A primeira tarefa relevante é a de conferir maior precisão conceitual do termo “*compliance*”. É que o termo *per se* reside em terreno bastante vago e, por conseguinte, demanda maior refino metodológico-conceitual.⁵ Não por outra razão, interpretações diferentes emergiram sobre o real significado desse conceito. É dizer: a depender dos autores que se consultem, será possível verificar distintas conceituações para o instituto, ora mais amplas e ora mais restritas. Não por acaso, é comum que termos como *Corporate Governance*, *Risk Management*, *Corporate Social Responsibility* e *Code of Conduct* sejam utilizados indiscriminadamente, como se fossem sinônimos de *compliance*, a despeito de ainda ser bastante nebulosa a extensão dessa convergência.

Embora a tradução literal do termo signifique “estar em conformidade”, a literatura ressalta que a ideia e o instituto “*compliance*” são mais amplos do que tal definição consegue exprimir (NIETO MARTÍN, 2014, p. 25). Em verdade, trata-se de fomentar comportamentos éticos em um determinado contexto institucional, inserindo nesses ambientes a cultura de respeito aos regramentos legais aplicáveis e aos códigos de conduta previamente estabelecidos.

4 Análise documental é o instrumento metodológico de pesquisa que, a partir de certo referencial teórico e de determinado recorte analítico, explora “*materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa*” (GIL, 2008, p. 45). Entre vários exemplos de “documento” passíveis de serem explorados, legislações representam um material crucial para o estudo jurídico. Apesar de inserido na área de pesquisa da Saúde Coletiva, vide como ilustração de estudo de legislações a partir do método da análise documental (DOMINGOS *et al.*, 2016).

5 Nesse sentido: Nieto Martín (2014, p. 26); Sieber e Engelhart (2014, p. 2).

Além disso, sob o ponto de vista pragmático, o *compliance* busca ainda fixar procedimentos que consigam, posteriormente, delinear linhas de detecção de responsabilidades. Ou seja, traçar procedimentos capazes de auxiliar na posterior identificação das respectivas responsabilidades individuais por atos ilícitos ou antiéticos, mesmo em estruturas complexas de divisão de poder.

Nesse diapasão, ao se debruçar mais especificamente sobre a delimitação conceitual do chamado *criminal compliance*, Saavedra (2017, p. 711-712) realiza, no entanto, reflexões mais gerais e caracteriza o almejado “estado de conformidade” como algo dinâmico e cambiante. O autor defende, por conseguinte, que tal conformidade é concretizada ao se firmarem compromissos com a criação de um sistema complexo de procedimentos, de políticas e de controles internos cuja implementação exprime a intenção da empresa em se manter constantemente nesse estado de *compliance*, mesmo que eventuais falhas ocorram. Para o autor, portanto, o cerne desse conceito reside na natureza *preventiva* do mecanismo, de modo que o seu objetivo precípua é o de evitar a prática delituosa, em detrimento de reprimi-la *a posteriori*.⁶

Como se percebe, apesar de ingrata e ainda longe de consenso, é absolutamente importante a tarefa de esboçar uma definição compreensiva para o *compliance*. Dessa maneira, tal como Dennis Bock⁷, adota-se neste trabalho a definição dupla de *compliance*, elaborada de acordo com o grau de amplitude do fenômeno e do consequente objetivo perseguido. Nessa chave de leitura, o *compliance* pode ser observado, de um lado, sob as lentes da concepção *lato sensu* e, de outro lado, sob a óptica da concepção *stricto sensu*.⁸

Na primeira concepção, o *compliance* é entendido como objetivo amplo da empresa no sentido de que as normas legais e as políticas internas sejam cumpridas por todos os seus setores e departamentos, por seu corpo de funcionários e por seus gestores. Nessa perspectiva, portanto, o *compliance* corresponde ao pilar axiológico da governança corporativa das organizações.

6 Em sentido semelhante, apontam Badaró e Bottini (2016, p. 55), para os quais “ao buscar uma redução de responsabilidades administrativas e penais, um sistema eficaz de *compliance* pode acabar por antecipar ou mesmo produzir uma imputação que de outra forma não seria revelada ou descoberta pelas autoridades públicas.

7 Para o autor alemão, é possível entender o *compliance* de modo mais amplo: uma fidelidade geral ao direito nos mandamentos e proibições que exige. Entretanto, é possível também entendê-lo de modo mais restritivo, de sorte que o *compliance* estaria ligado ao dever de criar uma estrutura exatamente capaz de implementar essa fidelidade ao direito. O cerne da definição do autor é o fato de que, para ele, não há obrigação específica de se criar um sistema destacado de *compliance*. Ao revés, é necessário instaurar medidas que visem à redução do valor do dano esperado a níveis juridicamente toleráveis (BOCK, 2013, p. 107, 120).

8 Essa divisão e sua respectiva explicação foram extraídas de: Carvalho (2019a, p. 69).

Na segunda concepção, por sua vez, o *compliance* é lido como ferramenta específica da organização por meio da qual esse objetivo mais amplo (*compliance lato sensu*) pode ser efetivamente alcançado. Ou seja, trata-se do programa de cumprimento e de conformidade em si, o qual pretende concretizar os objetivos e valores preestabelecidos e almejados anteriormente. Em verdade, esse programa representa justamente o conjunto de medidas de controle interno destinadas à criação de um ambiente corporativo de maior respeito à legalidade. Ocorre que isso pode acontecer também na seara penal, na qual emerge, então, o chamado *criminal compliance*⁹, traduzindo a preocupação constante de a organização tomar medidas preventivas necessárias para que não haja o cometimento de qualquer delito em seu âmbito de atuação. Na realidade, ainda que alguma conduta criminosa ocorra, a empresa em conformidade deve ser capaz de rapidamente identificá-la e de extirpá-la, sancionando-a proporcionalmente quando assim não for possível.

Almejando alcançar o fim estabelecido (primeira concepção), diversas medidas podem ser empregadas para tanto (segunda concepção), *v.g.*: o estabelecimento de códigos de conduta; a elaboração de protocolos internos de negociações e de aprovações de conta; a delimitação de responsabilidades entre os departamentos e os altos dirigentes da organização; a fixação de canal interno de denúncias; a criação de sistema de investigação e de monitoramento das atividades desenvolvidas na empresa, bem como espaços de informação e de treinamento adequados em relação aos procedimentos a serem adotados.

Em conclusão, pode-se resumir o posicionamento conceitual adotado por este trabalho da seguinte forma: enquanto a primeira concepção (*lato sensu*) aponta um “objetivo” a ser alcançado, a segunda (*stricto sensu*) aponta a “ferramenta” para atingi-lo. Basicamente, a primeira é o fim e a segunda, o meio; a primeira é o alvo e a segunda, a flecha.

Nesse sentido, ao se falar em *compliance*, torna-se antes necessário explicitar a extensão conceitual da qual se está falando. De um lado, *compliance* pode ser compreendido de forma ampla: o “estado de conformidade” atingido por empresa ou por órgão público, de modo que o seu ambiente institucional se encontra dotado da almejada cultura de respeito à legalidade e à ética. De outro lado, *compliance* pode também representar o conjunto de medidas de controle interno que busca atingir, exatamente, o estado de conformidade anteriormente referido.

9 Na prática, mais se tem usado apenas o termo “*compliance*” do que “*criminal compliance*”, mesmo para se referir ao *compliance* voltado para evitar a prática de crimes no ambiente empresarial e também no setor público.

3 PARA QUE SERVE O *COMPLIANCE*? - FUNÇÕES E ESTRUTURAS

O segundo ponto relevante diz respeito à identificação das funções precípua e dos objetivos almejados pelo *compliance*.

De modo geral, pode-se dizer que o seu objetivo central é o de prevenir o cometimento de ilegalidades e de infrações éticas no âmbito de uma organização, seja pública, seja privada. Em igual sentido, no entanto, o *compliance* almeja identificar previamente eventuais violações e sancioná-las adequadamente, caso não seja possível simplesmente preveni-las. Embora, na concepção *lato sensu*, esse instituto possa tão apenas buscar reafirmar valores éticos dentro da organização, no sentido *stricto sensu*, tem como função precípua a implementação de sistema interno de autovigilância para efetivamente concretizar tais valores (CARVALHO, 2019b, p. 772).

Como se percebe, em conclusão, o *compliance* está diretamente ligado ao fomento de boas práticas nas atividades da organização empresarial pública ou privada na qual se instaura, coibindo as contrárias ou corrigindo-as sem sanções. Buscando assegurar o cumprimento das normas legais, o seu mote é o de prevenir infrações e atos ilícitos, antecipando os riscos naturalmente gerados pela atividade da organização, especialmente dentre setores cuja rotina de trabalho seja mais sensível (*v.g.* presença de materiais confidenciais ou de operações sigilosas ainda em andamento). Da mesma maneira, caso – por algum escape ao monitoramento preventivo, normalmente representado por um fato isolado – o *compliance* falhe em evitar a prática de um ilícito, ele deve rapidamente identificar a sua prática para devidamente sancioná-lo.

Sob o ponto de vista das organizações empresariais de caráter privado, é certo que colaboradores, executivos, acionistas, parceiros comerciais e os próprios consumidores se beneficiam com a adoção do programa de *compliance* por parte da organização. É que, sobretudo em ambientes institucionais complexos e bastante segmentados, essa medida permite o incremento da segurança jurídica das operações realizadas. Isso porque se instaura departamento responsável por fiscalizar as más práticas e por educar os demais setores a respeito das boas práticas, direcionando a organização no sentido da conformidade global com a licitude de sua atuação.¹⁰ Adicionalmente, a própria organização ganha em termos de credibilidade e de reputação, desenvolvendo políticas e mecanismos internos para afastá-la de fraudes, de escândalos financeiros e de outros eventos vexatórios. Nada mais natural que acionistas, funcionários, clientes e parceiros comerciais se sintirem mais protegidos quando a organização com a qual mantêm relação possui um programa de integridade, como também é chamado o programa de *compliance*.

10 Nesse sentido: Sieber (2013, p. 68).

Apesar de inicialmente sua aplicação ter sido pensada para pessoas jurídicas de direito privado, a adoção de programas de *compliance* também é benéfica para o setor público em duas dimensões. A uma, porque lhe fornece mecanismos de controle interno – que pode não só aumentar a transparência do órgão, como também auxiliar na prevenção de práticas ilícitas dentro do Poder Público, permitindo ainda o binômio identificação/sanção quando não for efetiva. A duas, pois, ao incorporá-lo, permite que o Estado estabeleça padrões mínimos e critérios de conformidade que devem constar no âmbito das organizações que queiram contratar com a Administração Pública. Desse modo, desincentiva a adoção de condutas inescrupulosas entre Estado e empresa, fomentando contratos firmados apenas com organizações probas, ao menos formalmente.

É necessário lembrar, sobretudo, que a ideia do *compliance* – sob a ótica de política criminal – se consubstancia como uma estratégica preventiva. Tal fato é de extrema importância porque o Direito Penal que há muito tempo conhecemos é majoritariamente repressivo e – muitas vezes – fundado numa ideia ultrapassada de que o recrudescimento da pena diminuiria a criminalidade, naquilo que podemos também chamar de “Direito Penal de Emergência”. O *compliance*, por sua vez, desvirtua essa lógica do *post factum* ao tentar agir no *ante factum*, evitando que ele venha inclusive a existir.

Sob o ponto de vista da sociedade, também parece ser indiscutível que o *compliance*, se bem implementado, acaba auxiliar na diminuição da criminalidade econômica. Crimes dessa natureza, como não se desconhece, são de maior complexidade, que demanda uma investigação mais demorada e especializada. Quando a lei – seja por incentivos positivos (recompensas), seja por incentivos negativos (obrigações) – estimula a autovigilância, portanto, tem-se um maior controle das atividades econômicas e uma diminuição da necessidade dos recursos *post factum* pela prevenção realizada *ante factum*.

Por fim, ainda relevante mencionar – como bem nos lembra Souza (2014, p. 120) – que o *compliance* acaba por “clarificar a imputação de responsabilidade, a título de autor ou coautor, aos dirigentes da pessoa jurídica que descumprem os deveres de supervisão ou de contenção dos riscos da atividade”. Tal consequência do programa de integridade é bastante bem-vinda na chamada criminalidade econômica porquanto, como se sabe, muitas vezes a individualização da conduta nos delitos dessa natureza, pelas suas peculiaridades, é tarefa extremamente difícil.

4 O QUE É PRECISO CONTER EM PROGRAMAS DE COMPLIANCE?

O terceiro ponto cuja relevância cabe ressaltar é o conteúdo dos programas de *compliance*.

Por óbvio, inexistente fórmula “correta”, geral, fixa e irrestrita. Não por outro motivo, diferentes autores apresentam distintas visões a respeito daquilo que integra (ou deveria integrar) um programa de *compliance*.¹¹ Ademais, certos elementos só podem ser efetivamente desenhados e implementados no caso concreto, ou seja, quando se tem dimensão dos recursos financeiros e humanos disponíveis, *v.g.*: o setor e o local de atuação responsáveis pela execução das respectivas tarefas, assim como seus respectivos orçamentos.

Nada obstante, é possível traçar certos elementos que compõem o “*núcleo duro*” desses programas (CARVALHO, 2019a, p. 85). Cuida-se de previsões cuja presença é indispensável, encontradas em boa parte da literatura e das legislações sobre o tema:

- (i) Análise de riscos detalhada, consistente na exposição aprofundada das vulnerabilidades a que aquele órgão ou aquela organização está exposta, tendo-se em vista suas áreas de atuação;
- (ii) Elaboração de código de conduta com o objetivo de estabelecer quais são as condutas virtuosas esperadas e quais são os comportamentos proibidos os quais não podem constar no órgão ou na organização. Trata-se do fio condutor dos procedimentos de investigação interna e de funcionamento dos canais de denúncia internas, estabelecendo-se limites adequados e protocolos de segurança;
- (iii) Educação e treinamento do corpo de funcionários, o qual deve estar totalmente consciente de suas atribuições e de seus deveres previamente definidos no código de conduta da organização. O intuito é permitir o adequado cumprimento dessas previsões a partir de recursos humanos capacitados para tanto, consequentemente, tornando o órgão ou a organização um ambiente institucional efetivamente dotado da cultura de respeito à ética e à legalidade;
- (iv) Implementação de controles internos na organização, com a consequente aplicação dos protocolos necessários para prevenir, identificar e sancionar quaisquer violações ao código de conduta ou à lei. Nesse contexto, inserem-se os canais internos de denúncia, por meio dos quais os membros de um órgão ou de uma organização podem denunciar práticas

11 Sobre essas divergências, vide: Carvalho (2019a, p. 63 e ss.).

ilícitas, bem como as investigações internas levadas a cabo para investigar alguma suspeita;

- (v) Institucionalização de setor específico para *compliance*, oficializando um departamento interno responsável por acompanhar as medidas de controle e por dirigir os trabalhos de prevenção e das demais ações mencionadas;
- (vi) Avaliação e monitoramento permanente do programa de *compliance* levados a efeito pelos setores, mensurando a eficiência das medidas estabelecidas, atualizando-as caso apresentem resultados aquém do esperado.

Conforme bem aponta o autor espanhol Nieto Martín (2014, p. 133-134), apesar de os elementos supracitados representarem o “núcleo duro” imprescindível dos programas de *compliance*, outras medidas podem ser adicionadas como vetores da qualidade e da efetividade do programa implementado.

A título de exemplo, a efetividade do programa de *compliance* demanda comprometimento real da alta direção da organização ou do órgão que instala o *compliance*, a fim de conferir-lhe maior legitimidade. Caso contrário, os demais integrantes da organização podem se sentir pouco compelidos a cumprirem com as exigências devidas ante a falta de comprometimento de seus superiores hierárquicos.

Nessa mesma linha, em segundo lugar, pode-se afirmar que a construção de um programa de *compliance* efetivo pode ser propiciada caso receba *inputs* (contribuições) de todos os membros da organização, independentemente de grau hierárquico. É que, muitas vezes, são os membros da base da organização que irão implementar as medidas apresentadas no programa de *compliance*, podendo informar o que é compatível, ou não, com a *práxis* da organização e com a rotina de trabalho existente, assim como as possíveis barreiras para tal implementação.

Em verdade, no âmbito privado, por exemplo, vários são os atores que podem contribuir para o *design* do programa de *compliance* de uma empresa: (i) os próprios parceiros comerciais, informando as etapas de sua cadeia de trabalho e as atividades desempenhadas; (ii) os consumidores dos produtos e/ou dos serviços oferecidos pela organização, direcionando a empresa em quais seriam “boas práticas” para o atendimento de suas demandas; e (iii) as agências reguladoras, chancelando iniciativas internas e padronizando certos modelos por ela bem vistos (ARANHA, 2019).

Em terceiro lugar, outra medida de especial importância é a investigação social da vida pregressa dos candidatos a cargos de direção. É preciso reiterar, contudo, a garantia de direitos fundamentais básicos como o contraditório e a ampla defesa, evitando-se ainda recair em raciocínios preconceituosos e contrários à ressocialização social. Entretanto, é recomendável que não se contratem gestores previamente envolvidos com atividades criminosas dolosas relacionadas à atividade empresarial e ao âmbito econômico, sob pena de prejudicar a reputação da organização e da legitimidade interna/externa do programa de *compliance*.

Em quarto lugar, é necessário conferir autonomia institucional ao departamento de *compliance* para que conduza suas atividades com independência e com imparcialidade. Desse modo, tanto sob o ponto de vista financeiro quanto sob o ponto de vista hierárquico, é preciso munir esse departamento com garantias institucionais tais como: orçamento próprio e desvinculado à gestão superior-hierárquica; a manutenção do cargo do *Compliance Officer* a despeito de eventual punição por ele sugerida, após as diligências e as investigações.

Por fim, como bem assinala Ana Elisa Bechara, no caso da administração pública não basta a existência de códigos de conduta que abstratamente tentem criar um ambiente ético. Isso porque – dado o quadro de degradação criado e alimentado pela própria Administração – é preciso que a exigência e a recompensa sejam materialmente reconhecidas por meio da verificação da produtividade e da capacitação. Dessa maneira, sem abrir mão da necessária estabilidade dos funcionários públicos, uma relevante vitória democrática que os protege de perseguições políticas, valoriza-se o funcionário que apresenta eficiência e probidade, consistindo tal mecanismo “em uma forma mais racional de controle preventivo da corrupção, propiciando uma cultura de intolerância à ilegalidade” (BECHARA, 2017, p. 6).

5 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N° 12.846/2013)

Em meio ao cenário mundial de combate à corrupção, surgiu a Lei 12.846/2013 no ordenamento brasileiro, popularmente conhecida justamente como “Lei Anticorrupção”¹². No que diz respeito ao objeto do presente estudo, essa legislação prevê a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de “atos contra a administração pública”¹³, seja ela nacional, seja estrangeira (art. 1º, *caput*).

12 Não se desconhece que o ordenamento jurídico brasileiro conheceu a ideia de *compliance* anos antes, com as previsões insculpidas nos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98. Mas, nessa seara, a prevenção está relacionada à lavagem de dinheiro e não diretamente à corrupção, objeto central deste trabalho.

13 O artigo 5º da legislação elenca os atos lesivos, quais sejam: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de

Por comando legal expresse, tal responsabilização se dá de maneira objetiva. É dizer: por força do art. 2º, *caput*, da referida lei, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas pela prática dos atos “proibidos” pela legislação sem que haja necessidade de aferir sua culpa na prática do delito, tampouco de o ato lesivo ocorrer exclusivamente em prol de seus interesses ou em seu benefício. Em suma, basta o nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso para que a organização seja punida, independentemente da existência de culpa por sua parte.

Como se percebe, embora a lei preveja sanções de naturezas administrativa e civil para os atos considerados “*contrários à administração pública*”, ela pode ser considerada uma “*lei penal encoberta*” (BOTTINI, 2014)¹⁴ em razão da magnitude das punições previstas. Nesse diapasão, parcela considerável da literatura criminal brasileira tem apontado a incompatibilidade da legislação com os princípios norteadores do Direito Penal pátrio (TANGERINO, 2015 apud D’AVILA, 2015, p. 176-177), sobretudo no que diz respeito à responsabilização objetiva por ela prevista (SANTOS, 2014, p. 54), existindo, todavia, até mesmo vozes dissonantes quanto à sua compatibilidade com as diretrizes do próprio Direito Administrativo Sancionador¹⁵. É que, por força do princípio da culpabilidade, a seara penal não admite a responsabilização objetiva e, portanto, proíbe a punição dos agentes que não ajam com culpa.

Não obstante, no tocante mais especificamente ao instituto do *compliance*, a legislação foi de suma importância para sua consolidação e sua disseminação no país enquanto ferramenta de combate à corrupção. Cuida-se de verdadeira estratégia administrativa e de política criminal quanto à prevenção e à identificação de atos ilícitos envolvendo o Poder Público e as organizações privadas.

licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. Segundo parcela da literatura, essa lista possui caráter taxativo: Cfr. Greco Filho e Rassi (2017, p. 773-774).

- 14 Para Scaff e Silveira (2014), “Muito embora ela não seja explicitamente uma norma penal, ela tem embutidas diversas lógicas penais.”
- 15 Bottini e Tamasauskas (2014, p. 128), por exemplo, defendem que também não seria admitida a responsabilidade objetiva no direito administrativo sancionador. Isso porque, para os autores, a imposição de uma sanção tornaria obrigatória a vontade ou o descuido, que, aí sim, faria jus a alguma repreensão estatal. Os autores apresentam a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em fase de recurso especial, julgando a suposta prática de um crime ambiental, que mencionou que o direito administrativo sancionador segue a teoria da culpabilidade, razão pela qual a sanção não prescindiria de culpa, sendo aceita a responsabilidade objetiva somente no que se relaciona à reparação dos danos causados.

Nesse diapasão, o artigo 7º, inciso VIII, da legislação, consolida o instituto do *compliance* no Brasil ao prever que a “*existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*” serão levados em consideração quando da aplicação da pena relativa à prática das condutas descritas no artigo 5º da Lei.

Nessa linha, os artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção ainda preveem uma espécie de sistema de acordos de leniência pelo qual, “*declaradamente, passa-se a estimular o caráter de denúncias internas às empresas*” (SILVEIRA, 2015, p. 345), bem como fomenta-se a autovigilância e a colaboração de organizações privadas com os órgãos estatais, nomeadamente a Controladoria Geral da União¹⁶, para cumprimento da lei.

É que, como é cediço, os acordos de leniência são celebrados entre a pessoa jurídica acusada de ter violado a referida lei e os órgãos estatais cujo objetivo é o de que aquela venha a colaborar com a Administração Pública (CANETTI, 2020). Primeiro, ao ressarcir os cofres públicos. Segundo e talvez mais importante, ao auxiliar na identificação do ilícito de forma ampla, inclusive apoiando as demais investigações quanto a outros possíveis atos em desconformidade com a lei.

Como retribuição por sua colaboração, o parágrafo 2º do artigo 16 da Lei Anticorrupção prevê a isenção das penas de: (i) proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de um a cinco anos; de (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória; bem como (iii) da redução de até 2/3 do valor da multa aplicável.¹⁷ Ou seja, em clara conformidade com a *ratio* do *compliance*, a empresa poderá “se livrar” por completo de severas sanções e/ou ao menos alcançar significativa diminuição da multa a ela aplicada, o que pode ser vital para sua sobrevivência econômica.

Ocorre que, apesar de asseverar a importância desses mecanismos e procedimentos internos de conformidade, a legislação foi insuficiente em dois pontos.¹⁸ Em primeiro lugar, essa previsão genérica sem abordar valorações quanto à efetividade

16 A atribuição para a celebração do Acordo de Leniência tem sido ponto de polêmica desde a criação da Lei Anticorrupção. Em resumo, a controvérsia diz respeito aos supostos conflitos de competências para sua efetivação entre Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União, Advocacia Geral da União e Ministério Público Federal.

17 Para fazer jus a esse benefício, o artigo 16, §1º, da lei, exige o cumprimento de três requisitos cumulativos para a pessoa jurídica que deseja firmar tal negócio jurídico: ser a primeira a se manifestar sobre o desejo de firmá-lo; cessar completamente seu envolvimento na infração investigada assim que for proposto o acordo; por fim, admitir sua participação no ilícito, cooperando de forma plena e permanente com as investigações e o processo administrativo até seu encerramento.

18 O argumento já foi explorado por um dos autores deste texto em: Carvalho (2019a, p. 104).

dos elementos integrantes do *programa de compliance* fomenta um cenário de insegurança jurídica para o processo de adequação das organizações à legislação.

Em segundo lugar, a vaga previsão de que tais elementos serão levados “*em consideração*” quando da aplicação da pena agrava ainda mais esse cenário de insegurança jurídica. Isso, na medida em que a organização não consegue internalizar os riscos da não conformidade, tampouco incorporar planejamentos de *compliance* ou traçar estratégias de adequação. Não há, pois, clareza quanto ao benefício que a organização poderá vir a fazer jus. Trata-se de incentivo legislativo o qual, contudo, não expressa a sua extensão, tampouco pondera o grau de “maturidade” dos programas de *compliance* da organização.

Não por outra razão, o Decreto 8420/2015 veio em boa hora regulamentar esses dois pontos. Quanto à primeira insuficiência – relativa à valoração da efetividade dos programas de *compliance* – o parágrafo único do artigo 41 desse ato normativo afasta os ditos “*programas de fachada*”. Os “programas de fachada” são aqueles que existem apenas no plano formal sem revelar, entretanto, preocupação verdadeira com a implementação de controles internos no âmbito da organização. O referido dispositivo normativo afirma expressamente que, para fazer jus aos benefícios previstos na Lei Anticorrupção,

O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Nesse diapasão, os incisos do artigo seguinte (art. 42) do Decreto esclarecem os parâmetros pertinentes à avaliação¹⁹ do programa de *compliance* tanto no que tange à sua existência, quanto no que diz respeito à sua aplicação (art. 42, *caput*).

Já quanto à segunda insuficiência, os Capítulos I e II do referido Decreto tornam mais densos os critérios e os procedimentos atinentes à responsabilização das pessoas jurídicas que acabem incorrendo nos atos previstos como “*contrários à administração pública*”. Nesse sentido, prevê, por exemplo, os valores, o cálculo e a cobrança da sanção de “*multa*”, assim como os critérios para a “*publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora*” e para eventuais “*encaminhamentos judiciais*”.

19 Em igual sentido, a Controladoria Geral da União já elaborou sua espécie de “manual”, dispondo sobre os elementos que o órgão julga como importantes em um “programa de integridade” efetivo. Sobre o tema, vide: Carvalho (2019a, p. 106).

6 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo precípua a análise do fenômeno de ascensão de do *compliance* como ferramenta de combate à corrupção. Para tanto, a pesquisa foi dividida em duas partes gerais.

A primeira parte, de caráter mais dogmático, perpassou pelos elementos cruciais que conformam o *compliance*. Ela foi estruturada em três seções com os seguintes objetos de estudo: delimitação conceitual do termo “*compliance*”; funções exercidas e objetivos almejados por esse instituto jurídico; e conteúdo necessário para os seus programas de conformidade.

Na primeira seção, em meio às diferentes definições conceituais expostas pela literatura analisada, defendeu-se a adoção de um conceito bipartite do termo. De um lado, o *compliance lato sensu*, compreendido como pilar da governança corporativa de organizações empresariais e de repartições públicas. Isto é, o *compliance* como objetivo amplo de que as normas legais e as políticas internas sejam cumpridas por todos os setores dessas instituições. De outro, o *compliance stricto sensu*, compreendido como ferramenta específica para alcançar esse objetivo mais amplo (*compliance lato sensu*). Ou seja, mais especificamente o programa de cumprimento e de conformidade em si, capaz de concretizar os objetivos preestabelecidos e os valores almejados.

Na segunda seção, por sua vez, destacou-se o objetivo central do *compliance*, qual seja: o de prevenir o cometimento de ilegalidades e de infrações éticas no âmbito de uma organização, seja ela pública, seja privada, assim como identificar previamente eventuais violações a fim de extirpá-las ou de sancioná-las adequadamente. Em suma, nessa seção, argumentou-se que o *compliance* está diretamente ligado ao estímulo de boas práticas nas atividades corporativo-funcionais.

Por derradeiro, na terceira seção, ressaltou-se que os programas de *compliance* não possuem conteúdo estanque. É preciso, pois, desenhar os mecanismos institucionais e as ferramentas de *compliance* sempre à luz das particularidades do ambiente em que o programa irá se inserir. Não obstante, esboçou-se um “núcleo duro” para os programas de conformidade, considerando imprescindível a presença de certas diretrizes gerais, tais como: (i) análise dos riscos operacionais das atividades; (ii) elaboração de código de conduta com o consequente treinamento dos setores envolvidos; (iii) previsão de mecanismos de controle interno e de prevenção dos delitos e das infrações éticas; (iv) institucionalização de setor específico responsável pelo *compliance* da organização, dotado de autonomia orçamentária e de independência decisória.

A segunda parte, por sua vez, avaliou o *compliance* como mecanismo de combate à corrupção na experiência legislativa específica da Lei Anticorrupção brasileira (Lei 12.846/13) e, posteriormente, seu Decreto regulamentador n° 8.420/2015.

Pela análise da legislação mencionada, sobretudo após a edição do Decreto nº 8.420/2015, forçoso concluir pela existência de uma maior preocupação com a *efetividade* dos programas de *compliance*, fornecendo não só previsões indispensáveis para esses programas, como também parâmetros pragmáticos de avaliação quanto ao seu cumprimento pela organização. Essa tendência é salutar na medida em que incentiva as organizações privadas a não apenas aderirem formalmente aos “programas de integridade”, rechaçando “programas de fachada”. Ao revés, essa convergência estimula a criação de verdadeira cultura corporativa de respeito à lei, com esforços reais da cúpula e da base das instituições envolvidas.

Todavia, necessária a crítica à Lei Anticorrupção brasileira por ter apostado na responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por “*atos contrários à administração pública*”, quando o *compliance* é um mecanismo, basicamente, de verificação de culpabilidade da pessoa jurídica na medida em que se verifica se o ambiente corporativo era favorável ou não à prática do ilícito em questão.

De todo modo, tendo em vista o contexto da criminalidade econômica, inclusive da dificuldade investigatória pelas suas peculiaridades, aplaudível a estratégia preventiva na qual se insere o *compliance*, fazendo com que as organizações – públicas e privadas – criem mecanismos de controle com vistas a evitar a prática de atos ilícitos em sua atuação. Quem sabe, com o desenvolvimento real e efetivo de estratégias de política criminal como essa, o Brasil poderá assistir a menos escândalos de crimes financeiros nas próximas décadas! É o que se espera.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia Publishing, 2019.
- BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos Penais e Processuais Penais*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BECHARA, Ana Elisa Liberadora S. Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 290, p. 6, jan. 2017.
- BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia em la empresa. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (ed). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. *Consultor Jurídico*, 8 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>. Acesso em: 05 fev. 2022.

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei 12.846/2013. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 125, v. 34, 2014.
- CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*, 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.
- CARVALHO, Bruno Fernandes. *Compliance criminal: uma análise sobre os aspectos fundamentais*. São Paulo: Editora Liberars, 2019a.
- CARVALHO, Bruno Fernandes. A responsabilidade penal por omissão do *Chief Compliance Officer* sob a ótica de alguns parâmetros constitucionais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros *et al.* *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019b. p. 769-784.
- DOMINGOS, Carolina Milena *et al.* A legislação da atenção básica do Sistema Único de Saúde: uma análise documental. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 3, 2016.
- FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- FRAZÃO, Ana. O papel do Estado diante dos programas de Compliance. 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4221479/mod_resource/content/0/O%20papel%20do%20Estado%20diante%20dos%20programas%20de%20Compliance.pdf. Acesso em: 05 fev. 2022.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- GONSALES, Alessandra. O Caso Enron, a SOX e a Origem do Compliance Moderno. In: GONSALES, Alessandra *et al.* *Compliance: a nova regra do jogo*. São Paulo: LEC Editora e Organização de Eventos Ltda, 2016.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A imputação dos atos lesivos na lei de responsabilidade das pessoas jurídicas (lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013). In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- MELO, Luísa; ALVARENGA, Darlan. Compliance vira mercado em alta para escritórios de advocacia e consultorias. *G1 Globo*, Rio de Janeiro, 09 jul. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/compliance-vira-mercado-em-alta-para-escritorios-de-advocacia-e-consultoriasni.ghtml>. Acesso em: 05 fev. 2022.
- NIETO MARTÍN, Adan. El Cumplimiento Normativo. In: NIETO MARTÍN, Adan *et al.* *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidade penal de las personas jurídicas*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014. p. 25-48.
- NIETO MARTÍN, Adan. Fundamentos y Estructura de los programas de cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adan *et al.* *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidade penal de las personas jurídicas*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014. p. 111-134.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de; COUTINHO, Carolina Saad. Regulação do discurso de ódio: análise comparada em países do Sul Global. *Revista de Direito Internacional (UniCEUB)*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020, p. 195-228.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e Compliance no Brasil. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. In: LOBATO, José Danilo Tavares et al. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Costodio. *Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. *Consultor Jurídico*, 5 fev. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>. Acesso em: 05 fev. 2022.

SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa – una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adan Nieto. *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2013.

SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes – An Empirical Survey of German Companies*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 54, p. 120, jul./set. 2014.

TANGERINO, Davi da Costa Paiva. Natureza jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do compliance. In: D'AVILA, Fabio Roberto et al. *Direito Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2015.

RETROCESSOS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E À CORRUPÇÃO NO BRASIL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

SETBACKS IN THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME AND CORRUPTION IN BRAZIL IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

*Ana Luiza Almeida Ferro*¹

Resumo: Este artigo procura oferecer uma visão geral sobre a atual inadequação do sistema jurídico brasileiro para o alcance satisfatório do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16, especificamente no tocante ao combate eficaz ao crime organizado e à corrupção, apontando alguns dos recentes retrocessos legislativos e jurisprudenciais nesse campo, a partir da tentativa de destruição ou enfraquecimento do legado da Operação Lava-Jato e de outras iniciativas na linha anticorrupção, sob o prisma do Direito internacional.

Palavras-chave: crime organizado; corrupção; Brasil; Operação Lava-Jato; Direito internacional; ODS 16.

¹ Promotora de Justiça, escritora, poeta, conferencista internacional, professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (ESMP-MA), Doutora e Mestra em Ciências Penais (UFMG), Pós-Doutora em *Derechos Humanos* (Universidad de Salamanca, Espanha), membro da European Society of International Law, da Academia Brasileira de Direito, da Academia Brasileira de Filosofia, da Academia Maranhense de Letras, da Academia Maranhense de Letras Jurídicas e de diversas outras instituições culturais, Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica e portadora do *Diplôme supérieur d'études françaises* (Université de Nancy II). Autora de vários livros, sobretudo de Direito Penal, História e poesias. Recebeu a Menção Honrosa do Prêmio Pedro Calmon 2014 (IHGB) e o Prêmio Literário Nacional PEN Clube do Brasil 2015 (Ensaio). E-mail: alaferro@uol.com.br.

Abstract: This article intends to present a general view on the current inadequacy of the Brazilian legal system for the satisfactory achievement of Sustainable Development Goal 16, specifically with regard to the effective fight against organized crime and corruption, pointing out some of the recent legislative and jurisprudential setbacks in this field, based on the attempt to destroy or weaken the legacy of Operation Car Wash and other anti-corruption initiatives, from the perspective of international law.

Keywords: organized crime; corruption; Brazil; Operation Car Wash; international law; SDG 16.

1 INTRODUÇÃO

Encerrada a vigência dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM em 2015, foi celebrado o acordo governamental alvo da Resolução A/RES/70/1, da Assembleia Geral das Nações Unidas, precisamente sob a liderança da ONU, envolvendo seus 193 Estados-Membros e a sociedade civil, para a elaboração de um novo plano de ação, intitulado Agenda 2030, exibindo 17 Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável – ODS.

Para o Brasil, devem os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ser implementados em um processo evolutivo, de maneira a evitar perda nos avanços já assegurados e a compartimentalização das ações.²

Esses objetivos representam um apelo às nações para que desenvolvam esforços em prol da eliminação da pobreza e da fome, proteção do meio ambiente e do clima, promoção da educação de qualidade, da inovação, da igualdade de gênero, do trabalho decente e do binômio consumo e produção responsáveis, garantia de usufruto de paz, saúde, bem-estar e prosperidade. Dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o de número 16 é deveras oportuno no atinente à necessidade de combate ao crime organizado e à corrupção: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à Justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.³

Constitui o crime organizado uma espécie de macrocriminalidade, de alcance transnacional e, crescentemente, mundial, que vulnera bastante – em decorrência

2 Ver Brasil (2014, p. 11).

3 Ver Organização das Nações Unidas ([2015?]).

de sua estruturação empresarial, de seu poder de intimidação e, mormente, de sua capacidade de ligação estrutural ou funcional com o Poder Público e penetração no sistema econômico – o direito humano à segurança, em suas várias dimensões, não se limitando à violação do direito a políticas de segurança pública. Enfatiza Raúl Cervini que a criminalidade organizada configura *todo un sistema económico clandestino, con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan el producto nacional bruto de muchos países*⁴. Destarte, além do mais óbvio direito à segurança pública, o crime organizado, ainda mais quando associado ao crime de colarinho branco e, em especial, à corrupção, pode violar ainda, conforme o contexto, os direitos à segurança nacional, à segurança coletiva e à “segurança humana”, este um novo conceito introduzido pela ONU em 1994 e desenvolvido já no século atual, abrangendo desde a noção de respeito aos direitos civis quanto a de promoção dos direitos de segunda e terceira geração, caso dos referentes à segurança econômica, laboral, alimentária, sanitária, ambiental, cibernética, dentre outros.

O direito à segurança pessoal está enquadrado no rol dos direitos humanos, encontrando-se abrigado no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 9º, item 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Também a segurança é um direito fundamental social, nos termos do Direito pátrio, insculpido no art. 5º, *caput*, e no art. 6º, da Constituição Federal.

O crime organizado, alvo da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, 2000, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12.03.04, seguindo o Decreto Legislativo nº 231, de 29.05.03, no Brasil), e a corrupção, objeto específico da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.06, seguindo o Decreto Legislativo nº 348, de 18.05.05, no âmbito brasileiro), violam a ordem jurídica, minam o regime democrático e lesam direitos humanos, como o relativo à segurança, além de interesses sociais, em evidente prejuízo à formação ou manutenção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável e à edificação de instituições eficazes.

O presente artigo pretende oferecer uma análise sobre a atual inadequação do sistema jurídico brasileiro para o alcance satisfatório do ODS 16, no prazo previsto na Agenda 2030, especificamente no tocante ao combate eficaz ao crime organizado e à corrupção, apontando alguns dos recentes retrocessos legislativos e jurisprudenciais nesse campo, a partir da tentativa de destruição do legado da Operação Lava-Jato e de outras iniciativas na linha anticorrupção, sob o prisma do Direito internacional.

4 “[...] todo um sistema econômico clandestino, com um produto bruto e uns lucros líquidos que superam o produto nacional bruto de muitos países” (CERVINI, 1997, p. 246).

2 O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16 E O PANORAMA ATUAL DE CUMPRIMENTO DAS METAS DA AGENDA 2030

Tal é o teor do ODS 16, em seu *caput* e subitens:

Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

16.1 Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares.

16.2 Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças.

16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

16.4 Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado.

16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.

16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

16.7 Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis.

16.8 Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global.

16.9 Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento.

16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

16.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime.

16.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [2015?]).

Vários dos subitens enumerados pressupõem, direta ou indiretamente, em tributo ao princípio da eficácia, o enfrentamento do crime organizado e do crime de colarinho branco, a exemplo da diminuição expressiva de todos os tipos de violência e das taxas correspondentes de mortalidade, da eliminação do abuso, do tráfico e de todas as espécies de violência contra crianças, da promoção do Estado de Direito, da redução considerável dos fluxos financeiros e de armas ilegais, da intensificação da recuperação e devolução de recursos subtraídos e do combate a toda a delinquência relacionada ao crime organizado, da diminuição significativa da corrupção e do fomento a instituições eficazes, responsáveis e transparentes, sem olvidar o robustecimento das instituições nacionais relevantes, inclusive via cooperação internacional, para a viabilização de capacidades em todos os níveis, visando à prevenção da violência e ao combate ao terrorismo e ao delito.

Desafortunadamente, apesar de alguns progressos relevantes em áreas sensíveis, a Agenda 2030 não tem avançado a contento no mundo, tendo a situação conhecido um atraso ainda mais significativo com a deflagração da pandemia do novo coronavírus. E o Brasil é um destaque negativo em vários objetivos, como no caso do combate à criminalidade, consoante observa Helio Mattar:

Ao entrarmos em 2021, um alerta é necessário: temos menos de uma década para atingir as metas e os ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) constantes da Agenda 2030. Mantidas as tendências atuais, a avaliação pelo *SPI (Social Progress Index)* de 2020, que considera o desempenho social e ambiental de 163 países, indica que o mundo não os alcançará até 2082. Ou seja, mais de 50 anos mais tarde do que o previsto!

[...]

Comparado a 15 outras nações com PIBs per capita semelhantes, medidos pelo parity purchasing power (paridade de poder de compra, em português), o Brasil está abaixo da média em duas categorias-chave: (a) segurança pessoal, envolvendo taxa de homicídios, criminalidade percebida, assassinatos políticos e tortura e mortes no trânsito; e (b) acesso ao conhecimento básico, envolvendo acesso à educação de qualidade, mulheres sem escolaridade, equidade de gênero no Ensino Médio, matrícula na escola primária e escolaridade secundária (MATTAR, 2021).

3 A IMPORTÂNCIA DO COMBATE À CORRUPÇÃO E AO CRIME ORGANIZADO

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia-Geral em 30.10.03, expressa clara preocupação “pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, particularmente o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro”, bem como “pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade”, podendo “comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados” e ameaçando “a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos”, e pela conclusão de que “a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”.

A corrupção, em qualquer de suas modalidades, quer a perpetrada por um funcionário público qualquer, quer a policial, judicial ou política, no Brasil e no mundo, é um dos mais graves fenômenos criminais, com alto potencial de nocividade social. Assim se manifestam Merino Herrera e Paíno Rodríguez (2016, p. 155), ressaltando a lesão infligida aos próprios alicerces do Estado Social e Democrático de Direito:

Pero de todos estos delitos, el más grave por su significado y por su potencial lesividad es la corrupción. La corrupción non solo supone el favorecimiento de la inmediata actividad delictiva. La corrupción carcome los propios cimientos del ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO; permite un acceso desigual a los servicios que debe proporcionar el Estado, socava la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en los servicios que presta, detrae recursos destinados a la ciudadanía y al mantenimiento de la sociedad y el Estado en favor de unos pocos. La corrupción generalizada desestabiliza el sistema financiero y político de un Estado, convirtiendo a las organizaciones criminales que controlan la corrupción en los auténticos estamentos de poder, con lo que finalmente anula el auténtico significado de la democracia.⁵

5 “Porém, de todos estes delitos, o mais grave, por seu significado e por sua potencial lesividade, é a corrupção. A corrupção não apenas supõe o favorecimento da atividade delitiva imediata. A corrupção carcome os próprios alicerces do ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO; permite um acesso desigual aos serviços que o Estado deve proporcionar, mina a confiança dos cidadãos nas instituições públicas e nos serviços que presta, subtrai recursos destinados à cidadania e à manutenção da sociedade e do Estado em favor de uns poucos. A corrupção generalizada desestabiliza o sistema financeiro e político de um Estado, transformando as organizações criminais que controlam a corrupção nos autênticos estamentos de poder, com o que finalmente anula o autêntico significado da democracia” (tradução nossa).

Ademais, a corrupção termina por ocasionar profundas fraturas na coesão do tecido social, desta maneira debilitando a consciência coletiva, pelo triunfo da impunidade, podendo conduzir ao estado de anomia durkheimiano, porquanto, se “é normal que haja crimes, é normal que sejam punidos”, de modo que qualquer “afrouxamento anormal do sistema repressivo tem por efeito estimular a criminalidade e lhe conferir um grau de intensidade anormal” (DURKHEIM, 2000, p. 473).

Não é demais lembrarmos que a própria organização criminosa apresenta, como uma de suas principais marcas, a conexão de ordem estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes, notadamente por meio da corrupção,⁶ esta um inegável fator distintivo da criminalidade organizada em relação a outras espécies delituosas. Salientando a dificuldade no concernente à definição da criminalidade organizada, Winfried Hassemer opina pela utilização dessa expressão apenas “quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais”, acrescentando ainda que, no seu sentir, é a “corrupção da persecução penal estatal por meios criminosos, a exemplo de práticas mafiosas, que de uma forma inédita nos sobressaltam profundamente” (HASSEMER, 1994, p. 58-59).

Daí a importância de autênticos movimentos anticorrupção, voltados para o robustecimento das instituições, da democracia e de seus princípios mais prezados, como o da igualdade formal e, principalmente, material, assim como para a proteção dos direitos humanos fulminados pelas práticas venais.

Nas últimas décadas, a conscientização, cada vez maior, a respeito das consequências especialmente ruinosas da corrupção levou ao aumento dos esforços mundiais, de cunho preventivo e repressivo, contra o fenômeno, traduzidos na edição de leis específicas, caso da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) ou Lei de Práticas Corruptas no Exterior (1977) e da Lei Sarbanes-Oxley (2002) nos Estados Unidos, bem como da *Bribery Act* (Lei do Suborno, de 2010) no Reino Unido, consideradas inspirações para diplomas posteriores, de outros países.

4 O CENÁRIO BRASILEIRO EM RELAÇÃO À PROMOÇÃO DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16

O Direito anticorrupção no Brasil já rendeu frutos promissores, recomendando o prosseguimento dos esforços. Alocados no Código Penal pátrio e na legislação extravagante, existem vários tipos penais descrevendo condutas de corrupção. São eles a concussão, a corrupção passiva, a prevaricação, o tráfico de influência, a

⁶ Ver Ferro (2009, p. 494-499); Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 28-30).

corrupção ativa, a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional e a exploração de prestígio, respectivamente previstos nos artigos 316, 317, 319, 332, 333, 337-B, 337-C e 357 do Código Penal; a corrupção eleitoral, insculpida no art. 299 do Código Eleitoral; a corrupção passiva contra a ordem tributária, ínsita no art. 3º, II, da Lei n.º 8.137, de 27.12.90; a fraude à licitação, objeto do art. 90 da Lei n.º 8.666, de 21.06.93, dentre outros.

Prevalece, no Direito brasileiro, o posicionamento doutrinário de que a vantagem obtida pelo corrupto não necessita ser inevitavelmente de caráter patrimonial, podendo implicar benefício sentimental, sexual, nepotista, eleitoral, somente para mencionar alguns dos mais comuns. No final, em todas essas hipóteses, é a mesma a ofensa ao precioso bem jurídico da moral administrativa.

No Brasil, há quatro marcos legislativos na luta anticorrupção:

- a) a Lei n.º 8.429, de 02.06.92, ou Lei de Improbidade Administrativa – LIA;
- b) a Lei Complementar n.º 135, de 2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa;
- c) a Lei n.º 12.846, de 01.08.13, exatamente chamada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, regulamentada em 2015;
- d) a Lei n.º 12.850, de 02.08.13, denominada Lei das Organizações Criminosas.

Tais leis, sobretudo as derradeiras, foram respostas legislativas, há muito reclamadas, a um contexto de anos seguidos de domínio da impunidade no relativo a graves escândalos de corrupção no Brasil, tendo como protagonistas proeminentes autoridades dos poderes públicos das esferas municipal, estadual e federal e altos funcionários de órgãos públicos e de algumas das principais empresas públicas e particulares brasileiras.

Trata a primeira lei dos atos que representam improbidade administrativa, caracterizados pelo enriquecimento ilícito, pelo prejuízo ao erário e ou pela violação dos princípios da Administração Pública. Tem o agente público corrupto como foco.

A segunda lei, que modificou a Lei Complementar n.º 64, de 1990 (Lei de Inelegibilidade), regulamenta restrições à elegibilidade, com o fim de defender a probidade administrativa e a legitimidade das eleições, recusando a condenados em decisões de órgão judicial colegiado a possibilidade de serem eleitos para cargos políticos. Nasceu de um projeto de lei de iniciativa popular, idealizado pelo então Juiz Márlon Jacinto Reis, dentre outros juristas, sob a inspiração da campanha “Combate a corrupção eleitoral”, lançada, em 1997, pela Comissão Brasileira Justiça e Paz (CBJP), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Foi a campanha

nacional pela sua aprovação liderada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), tendo mobilizado diversos setores da sociedade brasileira, a exemplo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), da Associação Brasileira de Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais (ABRAMPPE), da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de organizações não governamentais, sindicatos, associações e confederações de várias categorias profissionais. A coleta de assinaturas começou em 2008, logrando cerca de um milhão e 600 mil assinaturas em apoio.

Cuidou a terceira lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela perpetração de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Promoveu a harmonização da legislação pátria com os tratados internacionais anticorrupção de que o Brasil é signatário, como o *Global Pact*, da Organização das Nações Unidas (ONU), e outros celebrados no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Ocupando uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, configurou um expressivo avanço ao dispor sobre a responsabilização objetiva, nas searas civil e administrativa, de empresas que fomentam atos lesivos à Administração Pública, por intermédio de sanções como a multa (responsabilização administrativa), o perdimento de bens, direitos ou valores, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a dissolução compulsória e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público (responsabilização judicial), com realce para a previsão da inovadora ferramenta do acordo de leniência, a possibilitar investigações mais completas e eficazes e uma reparação de danos mais célere. O acordo de leniência é, guardadas as diferenças de natureza, a “colaboração premiada” da empresa. Diversamente das leis anteriores, a Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa é direcionada à punição da empresa corruptora e não do agente público corrupto.

Já a quarta lei entregou ao Direito brasileiro o tão aguardado tipo penal da organização criminosa. Todavia, não se restringiu à definição, inclusive típica, da organização criminosa, porque também dispôs sobre a investigação e os meios de consecução da prova, centrando atenção nos instrumentos da colaboração premiada (ou delação premiada, segundo o ponto de vista), da ação controlada, da infiltração de agentes e do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, sobre ilícitos penais correlatos e, finalmente, sobre o procedimento criminal aplicável.

Na história recente do país, dois escândalos de corrupção, em especial, pelas dimensões que adquiriram, pelos enormes prejuízos causados, pela posição socioeconômica ou condição política de muitos dos envolvidos e pela reação veemente de indignação despertada no seio da sociedade civil, da mídia e das instituições, vieram a emblemar a relevância da luta anticorrupção: o do “mensalão”, denominação atribuída ao esquema de corrupção política por meio de compra de votos de parlamentares

do Congresso Nacional, ocorrido entre 2005 e 2006, que deu origem à Ação Penal n.º 470, movida pelo Ministério Público Federal perante o Supremo Tribunal Federal, e o do “petrolão”, denominação referente ao esquema de corrupção e desvio de fundos executado inicialmente na Petrobras, principal empresa estatal brasileira, com numerosos desdobramentos, envolvendo representantes de diversos partidos políticos e empresários, alvo da icônica Operação Lava Jato, a partir de 2014, considerada a mais ampla e aprofundada investigação de corrupção e lavagem de dinheiro já deflagrada no Brasil,⁷ compreendendo diversas etapas e fundamentando inúmeras ações penais propostas pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal do Paraná e, posteriormente, perante juízos federais sediados em outros estados e o próprio Supremo Tribunal Federal, a evocar os propósitos e a trajetória da famosa *Operazione Mani Pulite* (Operação Mãos Limpas), desencadeada na Itália na década de 90.⁸

Os resultados da Operação Lava-Jato são impressionantes, particularmente na apelidada “República de Curitiba”, onde tudo teve início: 130 denúncias apresentadas, 179 ações penais, 174 condenados em primeira e segunda instâncias, 209

7 “A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. Ainda há equipes da operação atuando nos Tribunais Regionais Federais das 2ª (RJ/ES) e 4ª (RS/SC/PR) Regiões. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados” (BRASIL, 2021).

8 Segundo Claire Sterling, Milão, chamada de Tangentópolis em decorrência de seus generosos subornos políticos (*tangenti*), descobriu-se uma das principais capitais desse crime, realidade que chegou ao conhecimento público em 1992, deflagrando a mais ruidosa investigação judicial na história da Itália, ou seja, a Operação “Mãos Limpas”. Esta revelou que numerosas autoridades de Milão recebiam suborno, padrão esse que terminou por se mostrar no país todo. Políticos italianos, no cargo ou fora dele, no melhor estilo mafioso, extorquiam, há pelo menos uma década, “uma percentagem de todos os contratos de obras públicas”, com base em uma “escala hierárquica, sendo o dinheiro dividido com equidade matemática entre partidos do governo e da oposição”, além da constatação de que, no sul da Itália, “o suborno era administrado em conjunto por políticos e Máfia, Camorra ou ‘Ndrangheta” (STERLING, 1997, p. 76). Os números informados por Mario Caciagli são deveras expressivos: em somente um ano, entre abril de 1992 e fevereiro de 1993, 6.059 pessoas foram notificadas, entre as quais 438 deputados e senadores (de um total de 950), 873 empresários, 1.373 funcionários de partidos e 978 funcionários de comunidades, províncias e regiões; no tocante às ordens de prisão, foram 2.993. Já em 1994, às vésperas da dissolução das Câmaras eleitas em 1992, aproximadamente dois terços dos deputados e senadores haviam recebido uma notificação, e, até o fim do ano, os procedimentos judiciais atingiram quase 600 e as condenações, o patamar aproximado de 300 (CACIAGLI, 1996, p. 65).

acordos de colaboração, 17 acordos de leniência e 79 operações apenas na primeira instância em Curitiba; 56 denúncias oferecidas, 56 ações penais, 41 condenados em primeira e segunda instâncias, 37 acordos de colaboração, três acordos de leniência e 39 operações na primeira instância no Rio de Janeiro; nove denúncias apresentadas, nove ações penais, quatro condenados em primeira e segunda instâncias, 10 acordos de colaboração, dois acordos de leniência e seis operações na primeira instância em São Paulo; 980 processos distribuídos, 453 manifestações em *habeas corpus* e 44 apelações julgadas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (segunda instância); duas denúncias oferecidas, 48 denunciados, 554 processos distribuídos, 325 manifestações em *habeas corpus*, 136 manifestações em apelações e uma apelação julgada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (segunda instância); 49 manifestações em *habeas corpus*, duas ações penais e sete denunciados no Superior Tribunal de Justiça; e 71 inquéritos, 45 denúncias apresentadas e 126 denunciados no Supremo Tribunal Federal.⁹ Eventuais equívocos de atuação ou estratégia não justificam a demonização da histórica operação.

Ocorre que o cenário atual no Brasil não apenas é adverso à própria sedimentação dos frutos da Operação Lava-Jato, que tantos ganhos trouxe ao país e tantas expectativas gerou no meio social, rompendo com a velha lógica de tradicional impunidade dos criminosos de colarinho branco, em especial os situados nos degraus mais altos da elite política e econômica.¹⁰ É adverso à própria luta anticorrupção e contra o crime organizado e às suas conquistas dos últimos anos no país, as quais, desafortunadamente, conheceram significativos retrocessos a partir, mormente, de 2019.

5 OS RETROCESSOS NO COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E À CORRUPÇÃO E A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Consideramos como inequívocos retrocessos no combate ao crime organizado e à corrupção, dentre outros, mormente nas searas legislativa, processual e jurisprudencial:

9 Ver Brasil (2021).

10 “Exaltada e criticada, a Lava-Jato não provocou só polêmicas, mas trouxe resultados concretos. Quebrou a máxima de que criminosos de colarinho branco não vão para a cadeia [...]. Também expôs a relação promíscua entre grandes empresas e partidos políticos. De quebra, recuperou 4,3 bilhões de reais por meio de 209 acordos de colaboração e dezessete de leniência” (CAMPOS, 2021, p. 43).

- a) a afirmação, em março de 2019, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria (6 a 5), da posição de que é da Justiça Eleitoral a competência para julgar delitos comuns, como a corrupção e a lavagem de dinheiro, em conexão com os eleitorais (BRASIL, 2019a), na contramão do sólido entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, provocando o deslocamento de casos da Operação Lava-Jato da Justiça Federal para a Justiça Eleitoral, de modo a criar uma espécie de “novo foro privilegiado” e a prejudicar a celeridade nas fases inquisitiva e judicial,¹¹ pois, em comparação com a Justiça Federal, aquela não tem vocação e estrutura para a apreciação e o julgamento de casos, muitas vezes complexos, envolvendo crimes estranhos à sua natureza;
- b) a edição da Lei nº 13.869 (Lei de Abuso de Autoridade), de 05.09.19, com dispositivos contendo conceitos vagos e indeterminados (tipos penais abertos), em nítida violação aos princípios constitucionais da legalidade, da taxatividade e da reserva legal, causando insegurança jurídica, pela chamada criminalização da hermenêutica jurídica, características que revelam o seu cunho revanchista por parte da classe política, de forma a inibir a atuação de magistrados, membros do *parquet* e policiais, sem equivalente positividade dos abusos de autoridade perpetrados por políticos, em comprometimento dos recentes avanços no combate à corrupção;¹²

11 “O STF, na questão dos crimes conexos aos crimes eleitorais, tinha duas possibilidades (ambas defensáveis): (i) aplicar a lei ordinária (Código de Processo Penal) e decidir pela justiça eleitoral especializada para o julgamento de todos os crimes conexos aos eleitorais ou (ii) observar as duas competências constitucionais (Justiça Eleitoral e Justiça Federal), separando os processos de cada uma. O STJ, há vinte anos, segue a segunda corrente. O STF, por 6 votos a 5, optou pela primeira interpretação. O STJ vem cumprindo a Constituição e o STF optou pela lei ordinária. Inversão de papéis, com agravamento da insegurança jurídica. O STF, em síntese, criou um ‘novo foro privilegiado’ (novo foro da impunidade) para os casos de corrupção das elites bandidas quando envolve também crimes eleitorais (j. 14/3/19). Agora temos o ‘foro privilegiado’ (eleitoral) e o ‘foro privilegiadíssimo’ (STF). [...] O STF, ao criar um ‘novo foro privilegiado’ para a criminalidade da bandidagem elitizada, não só deu duro golpe na Lava Jato como se transformou em um “foro privilegiadíssimo”. Criador e criatura. Dois equívocos monstruosos. [...] Em cinco anos de Lava Jato o STF conta com apenas uma condenação penal, ainda não terminada. Os processos andam lentamente (tudo como programado). A pena ainda não se iniciou (é assim que ele – não – funciona). E na Justiça Eleitoral não há notícia de qualquer condenação penal dos crimes conexos de corrupção, lavagem de dinheiro ou evasão de divisas. Tudo que para lá vai mergulha nos inóspitos escombros das catacumbas procedimentais à espera do processo final da tanatologia prescricional” (GOMES, 2019).

12 Ver Souza (2020).

- c) a modificação, em novembro de 2019, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria (6 a 5), de entendimento firmado pelo próprio Pretório Excelso em 2016, voltando a não admitir a execução da pena após a condenação em segunda instância, sob o argumento de violação ao princípio da presunção de inocência, gerando insegurança jurídica e prejudicando recentes conquistas na luta contra a impunidade, especialmente de criminosos de colarinho branco;¹³
- d) a desfiguração do Pacote Anticrime originalmente apresentado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro ao Congresso Nacional, com a rejeição de algumas de suas principais propostas (o acordo de *plea bargain*, a determinação da prisão para cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, a possibilidade de estipulação de tempo mínimo de cumprimento de pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da progressão, a expressa referência a facções criminosas e milícias como exemplos de organizações criminosas, a previsão da possibilidade de formação de equipes conjuntas de investigação pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal para a apuração de terrorismo, delitos transnacionais ou praticados no contexto de organizações criminosas internacionais, a ampliação do Banco Nacional de Perfis Genéticos para casos de delitos dolosos, dentre outras) e a inclusão de dispositivos estranhos ou até eventualmente deletérios ao fim de combate à criminalidade organizada e à corrupção, como a criação da obsoleta figura do juiz das garantias, em prejuízo à celeridade processual, a alteração das regras da colaboração premiada, de maneira a reduzir as hipóteses de benefícios para o colaborador e impedir a decretação de medidas com alicerce somente nas declarações deste, e a imposição ao magistrado da revisão da necessidade de manutenção da decretação da prisão preventiva a cada 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal (art. 316, § único, do CPP), o que serviu de base para a soltura pelo STF, por exemplo, de André do Rap, um dos líderes da perigosa organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC),¹⁴ resultando na edição da Lei nº 13.964, de 24.12.19, concebida para “aperfeiçoar” a legislação penal e processual penal;
- e) o desmantelamento da Operação Lava-Jato, com a gradativa extinção de todas as suas unidades, sem que promissoras frentes de investigação tenham sido esgotadas (conquanto haja a sinalização da Procuradoria Geral da República de que tal modelo será substituído por outro, caracterizado pela existência de núcleos regionalizados e fixos para o combate ao crime

13 Ver Brasil (2019).

14 Ver André... (2020).

organizado,¹⁵ julgamos que a asfixia da estrutura da memorável operação, alvo de acalorados debates sobre o seu legado, não favorece uma transição equilibrada ou tampouco garante a continuidade exitosa desses esforços anticorrupção);

- f) a validação, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, novamente por maioria de votos, da anulação de quatro processos da Operação Lava-Jato contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, determinada pelo Ministro Edson Fachin, sob o controverso fundamento de incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba (BRASIL, 2021), em favor do reconhecimento da competência da Justiça Federal do Distrito Federal, contrariando entendimentos de segunda instância firmados ao longo dos últimos anos, a causar uma colossal insegurança jurídica e favorecer a prescrição destes, e ensejando a possibilidade de fazer vingar precedente para a anulação de várias outras ações penais, além da declaração de suspeição, não menos polêmica, do ex-magistrado e ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Fernando Moro no caso do triplex do Guarujá, promovida pela Segunda Turma do STF, por estreita maioria, a partir, principalmente, de provas cabalmente ilícitas, alvo de investigação da Operação Spoo-fing;
- g) a alteração da Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), mediante a Lei n.º 14.230, de 25.10.21, no concernente, por exemplo, à exigência de dolo para a responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa e à imposição de rol taxativo das hipóteses configuradoras de violação a princípios da Administração Pública, constituindo inovações que dificultam a condenação do agente ímprobo, antes inexistentes.

Ora, tais medidas e fatos contrariam o espírito da norma insculpida no art. 9º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, 2000), promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 5.015/2004, cujo teor é este:

1. Para além das medidas enunciadas no Artigo 8 da presente Convenção, cada Estado Parte, na medida em que seja procedente e conforme ao seu ordenamento jurídico, adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos.
2. Cada Estado Parte tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em

15 Ver Campos (2021, p. 43).

matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusivamente conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.

As medidas antes elencadas, mesmo quando ironicamente chamadas de iniciativas anticrime, ao invés de favorecerem eficazmente a integridade e a prevenção, detecção e punição da corrupção dos agentes públicos em solo pátrio ou de garantirem a atuação, de feição eficaz, das autoridades da área da persecução e do julgamento de casos penais e de improbidade administrativa, na prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, geram insegurança jurídica, ensejam entraves à celeridade, eficácia e efetividade do processo legal, sob justificativas pretensamente garantistas, e promovem a inibição da atividade de membros do *parquet*, magistrados, policiais, auditores e outros profissionais, eventualmente levando à criminalização do próprio exercício da hermenêutica jurídica, tendo como consequência maior a facilitação da impunidade.

Na realidade, há de ser combatido o que Douglas Fischer chama de “garantismo hiperbólico monocular”,¹⁶ com inspirada percepção do cenário processual e propriedade terminológica, em prol da afirmação de um garantismo penal integral, no sentido explicitado por Vlamir Costa Magalhães:

O que foi dito sobre o movimento garantista leva à conclusão de que o Direito Penal não deve restringir-se à preservação dos 10 axiomas proclamados pela particular visão de Luigi Ferrajoli sobre os direitos fundamentais. No contexto da vigente Constituição de 1988 e do Estado democrático de direito por ela sustentado, a função do Direito Penal ultrapassa estes limites para o fim de abranger, sempre que se fizer necessário, o resguardo de todas as categorias de direitos fundamentais, qualquer que seja sua geração ou dimensão. Na perspectiva da moderna hermenêutica dos direitos fundamentais e dos textos normativos a eles concernentes (constitucionais, legais e convencionais), não cabe afastar as tradições em bloco, mas também não se deve aceitá-las acriticamente, referendando seus vícios e distorções (SARMENTO, 2010, p. 224).

16 Ver Fischer (2010, p. 48). O autor emprega a expressão para se referir à desproporcionalidade ínsita na tese propugnada pela corrente garantista segundo a qual somente direitos fundamentais individuais merecem receber proteção por norma penal.

Por todo o exposto, não se está aqui a atacar pura e simplesmente o modelo garantista de Direito Penal, mas tão-somente defende-se a necessidade de se promover, nos âmbitos científico e pragmático, um “processo de desfeticização” (BARRETO, 2010, p. 9), a fim de que a proposta garantista seja finalmente enxergada e aplicada em sua integralidade, num contexto constitucionalmente atualizado no qual é legítima a tutela penal de interesses metaindividuais. Faz-se impositiva uma releitura ampliativa do sistema garantista, de modo a que se atinja o citado garantismo penal. Filio-me ao entendimento (cf. DE GRANDIS, 2010, p. 368) que inclui, no campo dos bens jurídicos dignos de tutela penal, valores ligados à ordem constitucional econômico-social não vinculados diretamente a pessoas determinadas, mas sim a toda a coletividade [...]. Em essência, tais interesses jurídicos guardam liame estreito com os princípios mais importantes da vigente Constituição da República; e o menosprezo desses princípios pelo Estado, a pretexto de atender aos reclamos de um “garantismo hiperbólico monocular”, descumpre o princípio da proporcionalidade em seu aspecto de vedação à proteção deficiente dos direitos fundamentais (MAGALHÃES, 2010, p. 195-196).

O magistrado sintetiza a noção de garantismo penal integral nestes termos:

Assim, no contexto do garantismo penal integral, a adaptação da clássica teoria garantista ao vigente Estado constitucional democrático de direito traz, como seu principal reflexo, a imposição de que a tutela penal venha a ser aplicada não só com vistas à proteção da liberdade individual, mas também como instrumento de resguardo de outras categorias de direitos fundamentais titulados pela coletividade, notadamente os direitos sociais e difusos envolvidos pela ordem econômico-social desenhada pela Constituição Federal (MAGALHÃES, 2010, p. 185).

Todavia, não é este garantismo penal pleno que tem triunfado amiúde no Brasil. Como nota o mesmo Vlamir Magalhães, “no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, tem ocorrido frequentemente uma cega e mecanizada importação da tese garantista”, de forma que as ideias contidas no garantismo penal “têm sido muito mais citadas do que efetivamente estudadas e conhecidas a fundo, inclusive pela parcela da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, que têm aplaudido e

fomentado o denominado ‘garantismo à brasileira’”, voltado “predominantemente aos crimes do colarinho branco, ao passo que, para os delitos comuns, resta o incremento do rigor penal” (MAGALHÃES, 2010, p. 188-189).

Destarte, não caminha bem o Brasil hodierno no atinente ao atendimento satisfatório do ODS 16, em relação aos seus diversos aspectos, fazendo-se mister a reversão desse quadro legislativo, doutrinário, jurisprudencial e político adverso, no prazo previsto na Agenda 2030, objetivando o combate eficaz e efetivo ao crime organizado e à corrupção nestas plagas. A atual e sistemática campanha, empreendida com o apoio de parte significativa da mídia, contra a atuação de membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e da Polícia no contexto da Operação Lava-Jato, centrada em supostas mensagens inadequadas trocadas por alguns de seus integrantes, de autenticidade não atestada, ilicitamente obtidas, além da carência de evidências de qualquer real ocorrência de conluio, inverte a lógica do processo penal, procurando desmoralizar e criminalizar a atividade do investigador, do acusador e do julgador, o que somente favorece a impunidade de saqueadores do dinheiro público. Na verdade, afora as críticas com algum grau de razoabilidade, muitos dos ataques desferidos contra a Operação Lava-Jato desafortunadamente parecem muito mais ter como alvo as suas virtudes do que os seus defeitos. Fossem os resultados alcançados pela operação menos robustos, os investigados e réus menos bem situados na escala socioeconômica, possivelmente esses ataques não seriam tão numerosos ou tão contundentes...

Salientemos que a Operação Lava-Jato, não obstante eventuais falhas de concepção ou atuação – que em nada comprometem o conjunto da obra –, representou e ainda representa a maior e mais bem-sucedida investigação de corrupção e lavagem de dinheiro jamais levada a cabo no Brasil, ostentando expressivo número de condenações mantidas em segunda instância, a testemunharem que a regra sempre foi a observância do devido processo legal e do respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Ademais, foi um instrumento eficaz na recuperação de verbas públicas sistematicamente desviadas, pelo uso eficiente da ferramenta da colaboração premiada, dentre outras.

A luta anticorrupção, por outro lado, não se limita às searas policial e judicial, impondo-se, por exemplo, a necessidade da promoção de uma ampla reforma política que melhore o sistema de representação popular e favoreça a redução da corrupção e de uma reforma que enfrente os problemas relacionados a um sistema jurídico demasiado formalista e burocratizado, bem como da valorização da educação como uma das maiores armas na formação de cidadãos avessos a práticas corruptas e corruptoras e do rechaço da concepção nitidamente funcionalista da corrupção como um mal necessário no complexo universo dos negócios e nos limitadores círculos da burocracia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cumprimento exitoso do ODS 16 demanda o fomento a sociedades pacíficas e inclusivas e a edificação de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. São importantes caminhos para a materialização de tal ambiciosa meta, dentre outras coisas, a redução substancial da violência, em qualquer de suas modalidades, e das taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares, a obliteração do abuso, da exploração, do tráfico e de todas as espécies de violência e tortura contra crianças, a promoção do Estado de Direito, nacional e internacionalmente, a diminuição expressiva dos fluxos financeiros e de armas ilegais, o robustecimento da recuperação e devolução de recursos subtraídos, a luta contra o crime organizado, em qualquer de suas manifestações, a diminuição significativa da corrupção e do suborno e o incentivo à formação e manutenção de instituições eficazes, responsáveis e transparentes, sem esquecer o fortalecimento das instituições nacionais de relevo, inclusive mediante cooperação internacional, para o desenvolvimento de capacidades em todos os níveis, com o propósito de prevenção da violência e enfrentamento do terrorismo e do delito. Infelizmente, a despeito de alguns marcos legislativos, na luta anticorrupção, estabelecidos a partir da década de 90 e, mais intensamente, a partir de 2013, o Brasil se encontra distante de uma implementação satisfatória do ODS 16. Mais grave, não é exagerada a conclusão de que o trem brasileiro saiu dos trilhos a partir, maiormente, de 2019, quando teve início uma série de retrocessos nos campos legislativo, jurisprudencial e político.

Os esforços de prevenção e repressão contra o crime organizado e a corrupção, nas áreas administrativa, cível, policial e penal, em defesa da probidade administrativa e sob o marco do respeito às garantias processuais e aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da finalidade, da verdade real e da transparência, dentre outros, na esteira de um autêntico garantismo penal, de cunho integral, são incompatíveis com a manutenção dos retrocessos legislativos, jurisprudenciais e políticos recentemente verificados no Brasil e devem ser apoiados por reformas no âmbito político-eleitoral e estar ligados a continuados esforços no campo educacional.

Inexiste dicotomia entre combate à desigualdade social e combate à criminalidade organizada de colarinho branco. O combate à corrupção é interesse de toda a sociedade, pois a corrupção gradativamente erode os pilares democráticos, infringe princípios constitucionais e lesa direitos humanos relacionados à segurança, em qualquer de suas dimensões, além de estimular a perpetuação da desigualdade social. Daí a importância da Operação Lava-Jato e de seu legado, que não deve ser renegado ou desperdiçado em nome de um garantismo desmedido e inconsequente, que somente enxerga direitos individuais, mesmo que fundamentais, mas não absolutos à luz da Carta Magna, ou, pior ainda, quando brandido no interesse inconfessável de favorecimento da impunidade de criminosos de colarinho há muito conspurcado.

REFERÊNCIAS

- ANDRÉ do Rap: os 5 passos até a soltura do traficante e os obstáculos para prendê-lo novamente. *BBC News*. Brasil. 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54549497>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Negociações da Agenda de Desenvolvimento pós-2015: elementos orientadores da posição brasileira*. Brasília, DF, 9 set. 2014. Disponível em: www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf. Acesso em: 17 fev. 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato*. Operação Lava Jato. Brasília, DF, [201-?]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais. *Notícias STF*, Brasília, DF, 14 mar. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. *Notícias STF*, Brasília, DF, 7 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF confirma anulação de condenações do ex-presidente Lula na Lava Jato. *Notícias STF*, Brasília, DF, 15 abr. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464261&ori=1>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. (Cuadernos y debates, 60).
- CAMPOS, João Pedroso de. O fim de um modelo. *Veja*, São Paulo, v. 54, n. 5 (2.724), p. 42-43, 10 fev. 2021.
- CERVINI, Raúl. Aproximación conceptual y enfoque analítico del crimen organizado. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. Trad. de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? *In*: CALABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 25-48.

GOMES, Luiz Flávio. Duro golpe na Lava-Jato: Justiça Eleitoral vira “novo foro privilegiado” da impunidade dos corruptos. *Jusbrasil*. 19 mar. 2019. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/687335011/duro-golpe-na-lava-jato-justica-eleitoral-vira-novo-fo-ro-privilegiado-da-impunidade-dos-corruptos>. Acesso em: 20 fev. 2021.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010.

MATTAR, Helio. O árduo caminho rumo aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *Folha de S. Paulo*. 8 fev. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helio-mattar/2021/02/o-arduo-caminho-rumo-aos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel.shtml>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MERINO HERRERA, Joaquín; PAÍÑO RODRÍGUEZ, Francisco Javier. *Lecciones de criminalidad organizada*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Brasil. *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16: Paz, Justiça e instituições eficazes*. Brasília, DF, [2015?]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 17 fev. 2021.

SOUZA, Carola Maciel de. A nova Lei de Abuso de Autoridade: a insegurança jurídica gerada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e pela criminalização da hermenêutica jurídica. *Revista Âmbito Jurídico*. 1 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

STERLING, Claire. *A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado*. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997. Título do original americano: *Thieves' world*.

SUBPROCURADORES pedem intervenção de Aras em inquérito do STJ contra a Lava Jato. *Brasil 247*. 22 fev. 2021. Atualizado em 27 fev. 2021. Disponível em: <https://www.brasil247.com/regionais/brasilia/subprocuradores-pedem-intervencao-de-aras-em-inquerito-do-stj-contr-a-lava-jato>. Acesso em: 27 fev. 2021.

A VALIDADE DA CITAÇÃO POR APLICATIVO DE MENSAGEM NO PROCESSO PENAL

THE VALIDITY OF CITATION BY MESSAGING APPLICATION IN CRIMINAL PROCEDURE

*Jorge Romcy Auad Filho*¹

Resumo: O presente artigo trata da possibilidade jurídica da citação por aplicativo de mensagem no processo penal. Aborda a conceituação e espécies de citação no processo penal, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da utilização de meios eletrônicos para a validade da citação. Indica as posições divergentes na doutrina a respeito do tema e aponta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, através de acórdãos pertinentes ao tema, quanto aos requisitos de validade para a citação penal por aplicativo de mensagem, em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com especial destaque para o Habeas Corpus nº 641.877.

Palavras-chave: citação; processo penal; aplicativo de mensagem; HC-STJ 641.877.

Abstract: This article deals with the legal possibility of citation by messaging application in criminal proceedings. It addresses the concept and types of citation in criminal proceedings, as well as the doctrinal and jurisprudential understanding regarding the use of electronic means for validity of the citation. It indicates the divergent positions in the doctrine on the subject and points out the understanding of the Superior Court of Justice, through rulings relevant to the subject, as to the validity requirements for the criminal citation by messaging application, in line with the constitutional principles of contradictory and broad defense, with special emphasis on Habeas Corpus No. 641877.

Keywords: citation; criminal proceedings; messaging app; HC-STJ 641877.

1 Promotor de Justiça do Estado de Rondônia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL (2008) e em Direito Constitucional pela Universidade da Amazônia – UNAMA (2009). E-mail: jorgeromcy1@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal, como instrumento para a resolução do conflito entre o direito de punir do estado e a manutenção da liberdade do acusado, constitui-se em relação jurídica composta fundamentalmente por três atores: autor, réu e juiz.

Essa relação jurídico-processual se perfectibiliza com o chamamento do réu para integrá-la, conhecendo os termos da acusação contra si deduzida, bem como abrindo-lhe a possibilidade de defesa.

O ato de cientificar o réu da imputação que lhe é feita, oportunizando sua defesa, chama-se citação, instrumento fundamental para garantir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A respeito, o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho:

A citação é o ato de comunicação processual mais importante. Pode-se até dizer que a in jus vocatio é verdadeira garantia constitucional do direito à ampla defesa, embora não esteja listada num dos incisos do art. 5º da CF, ela se encarta no §2º desse mesmo dispositivo. De acordo com a Lei n.º 11.719/2008, o réu será citado depois que o Juiz receber a denúncia, e como antes de recebê-la o réu deverá dar a sua resposta, evidente que o Juiz, não rejeitando a denúncia ou queixa, ordenará a notificação do réu para se defender e recusando sua defesa, receberá a peça acusatória e determinará a citação do réu para a audiência de instrução e julgamento, quando, então, será interrogado (TOURINHO FILHO, 2010, p. 73).

Em relação à importância do ato citatório para a garantia do contraditório e ampla defesa no processo penal, tem-se o ensinamento de Lima (2016, p. 963):

[...] é um dos mais importantes atos de comunicação processual, porquanto dá ciência ao acusado do recebimento de uma denúncia ou queixa em face de sua pessoa, chamando-o para se defender. Considerando-se que a instrução criminal deve ser conduzida sob o crivo do contraditório, a parte contrária deve ser ouvida (audiatur et altera pars). Para que ela seja ouvida, faz-se necessário o chamamento a juízo, que é feito por meio da citação. Funciona a citação, portanto, como misto de contraditório e de ampla defesa, já que, ao mesmo tempo em que dá ciência ao acusado da instauração

de demanda penal contra ele, também o chama para exercer seu direito de defesa.

2 ESPÉCIES DE CITAÇÃO NO PROCESSO PENAL

A citação do réu no processo penal se dá nas seguintes modalidades:

- a) Citação por mandado, quando o acusado é pessoalmente cientificado pelo oficial de justiça, mediante ordem judicial, importando presunção absoluta de seu chamamento para integrar a lide (artigo 351 e seguintes do Código de Processo Penal);
- b) Citação por carta, subdividindo-se em:
 - b.1) Precatória: ocorre quando o réu não se encontrar na comarca do juízo, cabendo a este solicitar à autoridade judiciária onde o réu for localizado que proceda à sua citação (artigo 354 do Código de Processo Penal);
 - b.2) De Ordem: dá-se quando há a determinação de um órgão de grau superior mandando que um órgão jurisdicional inferior àquele cumpra com a citação em seu âmbito de competência;
 - b.3) Rogatória: trata-se de instrumento pelo qual o juízo competente no Brasil solicita, através de vias diplomáticas, que a autoridade judiciária de outro país efetue a citação de acusado residente no exterior (artigo 368 do Código de Processo Penal) ou em legações estrangeiras (artigo 369 do Código de Processo Penal);
- c) Citação por requisição, feita nos casos de militares por seus superiores hierárquicos (artigo 358 do Código de Processo Penal);
- d) Citação por edital, quando não localizado o acusado, dando-se pela expedição de edital pelo juízo com o chamamento do acusado a se ver processar (artigo 361 do Código de Processo Penal);
- e) Citação por hora certa, cabível nos casos em que o oficial de justiça suspeita que o acusado se oculta para evitar a efetivação do cumprimento do mandado citatório (artigo 362 do Código de Processo Penal).

Das modalidades de citação, a mais corriqueira é aquela efetivada por intermédio do oficial de justiça, através de mandado, com o chamamento pessoal do acusado, *in faciem*, por existir presunção absoluta (*juris et de jure*) de que ele tomou conhecimento da demanda penal contra ele deduzida.

3 DA COMUNICAÇÃO PROCESSUAL POR APLICATIVO DE MENSAGEM

Assim como vários outros institutos jurídicos, a citação no processo penal não fica imune aos avanços existentes nas áreas do conhecimento, tecnologia e relações sociais, o que acaba por provocar discussões doutrinárias e jurisprudenciais acaloradas.

Hodiernamente, temos a utilização cada vez mais intensa de aplicativos eletrônicos de comunicações (aplicativos de mensagens), que permeiam a vida cotidiana em sociedade.

Diante da massificação da utilização social de aplicativos de mensagens, cujo mais popular é o WhatsApp, os profissionais do direito vislumbraram a aplicação desses mecanismos eletrônicos como forma de cientificar as partes acerca dos atos processuais, aumentando a celeridade e reduzindo custos advindos de um processo penal cada vez mais moroso e dispendioso financeiramente.

O início da utilização de aplicativos de mensagem (WhatsApp, Telegram e outros) para comunicação processual (a princípio em intimações judiciais) se deu em 2015 e rendeu ao magistrado Gabriel Consiglierio Lessa, juiz da comarca de Piracanjuba – GO, destaque no prêmio INNOVARE do referido ano.

O Conselho Nacional de Justiça, precisamente em 2017, por meio do Procedimento de Controle Administrativo – PCA nº 0003251-94.2016.2.00.0000, aprovou, à unanimidade, a utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta para intimações em todo Poder Judiciário.

Com o beneplácito do Conselho Nacional de Justiça, e adotando as cautelas necessárias para identificação dos intimandos, os vários tribunais e juízos pelo país passaram a realizar intimações em processos cíveis e criminais pelo referido meio eletrônico instantâneo, aumentando a celeridade e reduzindo os custos financeiros, privilegiando a economia processual.

No processo cível, malgrado alguns dissensos, a citação do réu por meio do WhatsApp igualmente se tornou aceita, sempre atentando para mecanismos de segurança quanto à identidade do citando.

A respeito, vários tribunais, baseados nas diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, resolveram disciplinar e reger a utilização do WhatsApp nas comunicações processuais (citações e intimações), como são exemplos o Tribunal de Justiça do Paraná (Circular nº04/2021) e Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Circular nº 222/21).

4 DA CITAÇÃO POR APLICATIVO DE MENSAGEM NO PROCESSO PENAL

Em relação ao processo penal, que trata de demanda referente ao estado de liberdade do indivíduo, a possibilidade de utilização de aplicativo eletrônico instantâneo de mensagens como forma de citação do acusado causou profunda discussão na doutrina e jurisprudência, abrindo-se grande divergência.

De um lado, temos os estudiosos que entendem que a citação penal por intermédio do WhatsApp estaria em desconformidade com as disposições do Código de Processo Penal, além de configurar violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Por outra banda, temos os entusiastas da citação pelo aplicativo que asseveram que, embora não haja ainda previsão legal a respeito dessa forma citatória, desde que guardadas as devidas cautelas, não haveria prejuízo ao acusado. Ademais, a inovação seria importante avanço na celeridade e economia processuais.

Não resta dúvida que os princípios do contraditório e ampla defesa possuem grandeza constitucional e são garantias fundamentais, merecendo respaldo por parte do ordenamento jurídico.

Contudo, é necessário observar sempre se o ato jurídico praticado violou ou não o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo, afastando-se de ideias e conceitos preconcebidos, frutos apenas de uma exigência estéril de formalismo jurídico.

Em nosso sistema processual penal vigora o princípio da instrumentalidade de formas, ou seja, a maneira de se concretizar o processo deve se adequar ao fim a que se destina, que é a solução da demanda posta em juízo.

A respeito, eis a doutrina de Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho:

[...] nota-se uma evolução bastante sensível nos ordenamentos modernos; no lugar do denominado sistema de legalidade das formas, em que o legislador enumerava taxativamente os casos de nulidade, praticamente sem deixar espaço à discricionariedade do juiz na apreciação das consequências do vício, predomina hoje em dia o sistema da instrumentalidade das formas, em que se dá maior valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico [...] (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 30-31).

Se o ato processual atingiu seu fim, sem prejuízo a qualquer das partes, em especial ao acusado, não há motivo, a princípio, para nulificá-lo (*pas de nullité sans grief*). Essa realidade, aliás, é abraçada pelo artigo 563 do Código de Processo Penal.

Quanto à aplicação do princípio da instrumentalidade das formas no processo penal brasileiro, tem-se o seguinte julgado:

[...] o sistema das nulidades no processo penal brasileiro é norteado pelos princípios do prejuízo, da causalidade, do interesse e da convalidação, pelos quais, em síntese, os mecanismos processuais e formalidades do processo devem objetivar à solução do caso concreto, urgindo que os modelos legais sofram temperamentos (STJ, AgRg no HC 285.221/SP, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016).

Portanto, seria temerário afastar, de imediato e de forma categórica, a citação penal por meio de WhatsApp ou Telegram pura e simplesmente por uma pretensa violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.

No que tange à utilização de novos recursos tecnológicos para a melhoria da prestação jurisdicional, têm-se as conclusões de Mazloun (2021):

Se a Justiça quiser atingir a tão almejada celeridade, será fundamental para o êxito dessa empreitada que o princípio da instrumentalidade das formas seja compreendido e prestigiado por todos aqueles que participam do processo. A tecnologia já é e sempre será um grande aliado da Justiça, e esse auxílio não se resume ao mero processo eletrônico. Todos os atos processuais, desde que respeitada a finalidade e não gerando prejuízo às partes e às garantias do processo, podem e devem ser praticados por meios eletrônicos. Suscitar a nulidade de um ato que, a despeito de não ter observado a forma prevista em lei, atingiu plena e eficazmente a sua finalidade de maneira segura e inequívoca e não produziu prejuízo algum, é incidir no despropósito de considerar a forma um fim em si mesmo. As formas não precisam estar previstas em lei: a dinâmica da vida e o progresso tecnológico superam a sapiência do legislador. A instrumentalidade das formas é o princípio que permite compatibilizar o texto frio da lei com a realidade, dando instrumentos mais eficazes à justiça para cumprir o seu papel. É uma pena que um princípio tão importante seja tão desprezado e esquecido no meio forense.

Além disso, a inexistência de previsão legal para essa forma citatória no âmbito penal não se reveste de óbice, pois o chamamento do acusado continua sendo feito pessoalmente, por intermédio de oficial de justiça ou outro serventuário da justiça, apenas utilizando mecanismos virtuais, o que, por si só, a princípio, não viola a legislação de regência, sempre guardadas as cautelas cabíveis.

A pandemia da COVID-19, com o imperioso distanciamento social, trouxe a necessidade de adaptações ao sistema de justiça, que adotou uma série de mecanismos tecnológicos e de comunicações virtuais, sob pena de não se proporcionar ao jurisdicionado a prestação do serviço da justiça.

Sessões e audiências foram realizadas virtualmente, bem como comunicações foram realizadas às partes e interessados por diversos mecanismos eletrônicos. Foram mudanças que vieram para ficar, pois o serviço público igualmente deve primar pela eficiência e celeridade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal.

Diante desse contexto, exsurge o questionamento a respeito da validade da citação penal por mecanismos de comunicação eletrônica instantânea.

Em face do avanço da pandemia da COVID-19, não demorou muito para o Superior Tribunal de Justiça ser chamado a deliberar a respeito, criando precedente a ser seguido pelos demais tribunais e juízes em nosso país, conforme acórdão abaixo:

HABEAS CORPUS Nº 644543 - DF (2021/0039512-1)
 DECISÃO Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 213): HABEAS CORPUS. PROCESSUAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA E VIAS DE FATO. CITAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA PELO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. Não há nulidade na citação realizada por meio eletrônico (WhatsApp), uma vez que observados os preceitos normativos da Portaria GC 155, de 09/09/2020, e da decisão proferida no processo SEI PA 0016466/2020, em virtude da situação excepcional provocada pela pandemia da Covid-19. Além disso, a citação alcançou sua finalidade, pois o citando foi informado do conteúdo da comunicação via contato telefônico, concordou com a realização do ato por meio eletrônico, e recebeu arquivos da denúncia e do mandado de citação. Ausente prejuízo à ampla defesa, ao contraditório, ou ao devido processo legal atribuível à forma como foi concretizada a citação, inviável reconhecer

sua nulidade, pois, no campo da nulidade no processo penal, vigora o princípio, que exige a comprovação de efetivo prejuízo para o pas de nullité sans grief reconhecimento de nulidade (art. 563 do Código de Processo Penal). Ordem denegada. O paciente foi denunciado como incurso artigos 147, caput, do Código Penal, e art. 21 da Lei de Contravenções Penais, c/c os artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/2006. Busca a defesa, em sede liminar, a suspensão da ação penal, até o exame definitivo, e, no mérito, o reconhecimento da nulidade da citação realizada por aplicativo de celular, ante os latentes prejuízos ao devido processo legal, determinando a realização do ato em conformidade com o disposto na Lei para a sua validade (fl. 11). É o relatório. DECIDO. A concessão de liminar em habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se, de plano, evidente constrangimento ilegal. Esta não é a situação presente, em que a pretensão de declaração de nulidade da citação é de caráter eminentemente satisfativo, de igual modo descabendo a concessão da liminar para suspensão da ação penal, melhor cabendo o exame do pedido no julgamento de mérito, assim inclusive garantindo-se a necessária segurança jurídica. Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar. Solicitem-se informações ao Tribunal de Justiça, a serem prestadas, preferencialmente, pela Central do Processo Eletrônico - CPE do STJ. Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 11 de fevereiro de 2021. MINISTRO NEFI CORDEIRO Relator (STJ - HC: 644543 DF 2021/0039512-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 12/02/2021).

Dessa forma, a princípio, diante da excepcionalidade do momento pandêmico e atentando ao princípio da instrumentalidade de formas, o Superior Tribunal de Justiça não rechaçou a citação por aplicativo de mensagem que efetivamente tenha cientificado o réu dos termos da acusação contra si deduzida.

5 DOS REQUISITOS DE VALIDADE POR APLICATIVO DE MENSAGEM NO PROCESSO PENAL

Avançando na análise do tema, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, observando os novos parâmetros tecnológicos, bem como as recentes dinâmicas de relações sociais (utilização corriqueira de aplicativo de mensagem pelas pessoas), resolveu, ao admitir a citação penal por WhatsApp, estabelecer critérios e parâmetros que garantam sua higidez e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, a 5ª Turma, através do acórdão do HC 641.877, em 09 de março de 2021, admite a possibilidade de citação criminal usando aplicativo de mensagens (WhatsApp), desde que exista comprovação da identidade do denunciado através do número do telefone, confirmação escrita e foto individual:

[...]

6. Abstratamente, é possível imaginar-se a utilização do Whatsapp para fins de citação na esfera penal, com base no princípio *pas nullité sans grief*. De todo Documento: 122874624 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, imperiosa a adoção de todos os cuidados possíveis para se comprovar a autenticidade não apenas do número telefônico com que o oficial de justiça realiza a conversa, mas também a identidade do destinatário das mensagens.

7. Como cediço, a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da conversa. É possível imaginar-se, por exemplo, a exigência pelo agente público do envio de foto do documento de identificação do acusado, de um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial possuir algum documento do citando para poder comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestado tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado. De outro lado, a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente.

8. Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individual dele. Nesse caso, *ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade*

do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida.

[...] – (grifo nosso).

No mesmo sentido, entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

HABEAS CORPUS CRIME. ROUBO MAJORADO. ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 13.654/2018). INADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. ALEGADA NULIDADE DO ATO CITATÓRIO. CITAÇÃO VIA WHATSAPP. CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELO STJ NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 641.877/DF DEVIDAMENTE OBSERVADOS. NULIDADE AFASTADA DE OFÍCIO. WRIT NÃO CONHECIDO (TJPR - 4ª C. Criminal - 0025702-92.2021.8.16.0000-Castro - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU PEDRO LUIS SANSON CORAT - J. 21.06.2021).

Essa linha decisória, inclusive acerca da validade da citação penal por WhatsApp, desde que guardadas as cautelas a respeito da identidade do citando, foi afirmada igualmente pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em agosto de 2021, conforme acórdão abaixo transcrito:

HABEAS CORPUS. AMEAÇA NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AÇÃO PENAL. RÉU SOLTO. CITAÇÃO POR MANDADO. COMUNICAÇÃO POR APLICATIVO DE MENSAGEM (WHATSAPP). INEXISTÊNCIA DE ÓBICE OBJETIVO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE LIMITADA AOS CASOS EM QUE VERIFICADO PREJUÍZO CONCRETO NO PROCEDIMENTO ADOTADO PELO SERVENTUÁRIO. ART. 563 DO CPP. PRECEDENTES DESTA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DA DILIGÊNCIA.

1. Em se tratando de denunciado solto - quanto ao réu preso, há determinação legal de que a citação seja efetivada de forma pessoal (art. 360 do CPP)-, não há óbice objetivo a que Oficial de Justiça, no cumprimento do mandado de citação expedido pelo Juízo (art. 351 do CPP), dê ciência remota ao citando da imputação penal, inclusive por intermédio de diálogo mantido em aplicativo de mensagem, desde que o procedimento adotado pelo serventuário seja apto a atestar, com suficiente grau de certeza, a identidade do citando e que sejam observadas as diretrizes estabelecidas no art. 357 do CPP, de forma a afastar a existência de prejuízo concreto à defesa.

2. No caso, o contexto verificado recomenda a renovação da diligência, pois a citação por aplicativo de mensagem (whatsapp) foi efetivada sem nenhuma cautela por parte do serventuário (Oficial de Justiça), apta a atestar, com o grau de certeza necessário, a identidade do citando, nem mesmo subsequentemente, sendo que, cumprida a diligência, o citando não subscreveu procuração ao defensor de sua confiança, circunstância essa que ensejou a nomeação de Defensor Público, que arguiu a nulidade do ato oportunamente.

3. O andamento processual, obtido em consulta ao portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, indica que ainda não foi designada audiência de instrução em julgamento, ou seja, o réu ainda não compareceu pessoalmente ao Juízo, circunstância que, caso verificada, poderia ensejar a aplicação do art. 563 do CPP.

4. Ordem concedida para declarar a nulidade do ato de citação e aqueles subsequentes, devendo a diligência (citação por mandado) ser renovada mediante adoção de procedimentos aptos a atestar, com suficiente grau de certeza, a identidade do citando e com observância das diretrizes previstas no art. 357 do CPP (STJ - HC: 652068 DF 2021/0075807-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/08/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2021).

A respeito, o relator do caso, o Ministro Sebastião Reis Júnior, assim se manifestou:

A citação por meio eletrônico, quando atinge a sua finalidade e demonstra a ciência inequívoca pelo réu da ação penal, não pode ser simplesmente rechaçada, de plano, por mera inobservância da instrumentalidade das formas [...] Veja-se que, nessa modalidade de citação, não há exigência do encontro do citando com o oficial de justiça, sendo certo que, verificada a identidade e cumpridas as diretrizes previstas na norma processual, ainda que de forma remota, a citação não padece de vício.

Portanto, a jurisprudência pátria está se consolidando para a admissão da citação penal com a utilização de aplicativos de mensagem, porém sempre respeitando cuidados e parâmetros que assegurem a efetividade do ato e a identidade do citando, em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que:

- a) A citação penal por via de WhatsApp, a princípio, não viola os princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e ampla defesa, desde que atendidas as cautelas exigidas para a identificação do acusado-citando;
- b) A citação penal por via de WhatsApp deve conter a concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário: número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida; e
- c) A invalidade da citação penal por via de WhatsApp decorre do descumprimento das cautelas registradas no item “b”, que se presume ser causador de prejuízo ao acusado, nulificando o ato e os subsequentes na marcha processual.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. *Processo penal: esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- CNJ autoriza uso de WhatsApp para intimações judiciais. 25 de dezembro de 2021. Comunicação Social TJSP – AM (texto)/internet (foto). imprensatj@tjsp.jus.br. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/473122836/cnj-autoriza-uso-de-whatsapppara-intimacoes-judiciais>. Acesso em: 28 dez. 2021.
- GARCIA, Leonardo. *Entendimentos criminais do STF e STJ*. Coordenadores Leonardo Garcia e Roberval Rocha. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MAZLOUM, Nadir. Citação no processo penal: a forma é um fim em si mesmo? *Consultor Jurídico*, 14 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-14/nadir-mazloum-citacao-processo-penal>. Acesso em: 28 dez. 2021.
- PIEIDADE, Antônio Sergio Cordeiro; AIDAR, Ana Carolina Dal Ponte. *Resumo de Direito Processual Penal*. São Paulo: JH MIZUNO, 2020.
- SALES, Raul Lins Bastos. Citação no processo penal: disposições gerais, espécies e efeitos. A regra do art. 366, do Código de Processo Penal, suas divergências e natureza da Lei nº 9.271/1996. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1329, 20 fev. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9507>. Acesso em: 29 dez. 2021.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

O CABIMENTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOMENTE EM RAZÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

THE PERTINENCE OF CUSTODY HEARING ONLY IN REASON OF ARREST *IN FLAGRANTE DELICTO*

*Tiago Quintanilha Nogueira*¹

Resumo: Discorre-se sobre o cabimento das audiências de custódia somente em razão de prisão em flagrante, à luz da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, no dia 19 de abril de 2022, por meio da Sexta Turma, no AgRg no HC n. 140995/BA, firmou esse entendimento por unanimidade.

Palavras-chave: audiência de custódia; flagrante; legalidade.

Abstract: It discusses the appropriateness of custody hearings only due to arrest *in flagrante delicto*, in light of the recent decision of the Superior Court of Justice, which, on April 19, 2022, through the Sixth Circuit, at AgRg at HC no. 140995/BA, took this understanding unanimously.

Keywords: custody hearing; arrest *in flagrante delicto*; legality.

1 Promotor de Justiça no Estado do Maranhão. Graduado em 2009 em Direito pelo Centro Universitário Anhanguera de Campo Grande (Unaes). Aprovado em 2009 no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Pós-graduado em direito civil e direito processual civil pela Anhanguera Uniderp. Pós-graduado em direito tributário pela LFG em parceria com a Anhanguera Uniderp.

No dia 19 de abril de 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 140995/BA, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, que “a audiência de custódia só deve ser realizada para presos em flagrante, tratando-se de única hipótese prevista”.

Não tardou para que referida decisão “viralizasse” nas redes sociais, até porque, em 15 de dezembro de 2020, nos autos da Reclamação 29303, oriunda da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, decidiu, monocraticamente, que “a audiência de custódia é cabível em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas”.

Ademais, no plano internacional, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, em seu art. 7.5, dispõe:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Não bastasse, a Resolução CNJ 213, de 15 de dezembro de 2015, preconiza em seu art. 13 o seguinte:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

E mais: o § 1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal, que trata do “juiz de garantias”, mas que se encontra suspenso desde 22 de janeiro de 2020, por força de liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6298, reza que:

Art. 3º-B [...].

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

Nesse contexto, pergunta-se: o que justifica a recente decisão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a audiência de custódia só deve ser realizada para presos em flagrante, tratando-se de única hipótese prevista?”

Pois bem, como se sabe, a principal função da audiência de custódia, que consta inclusive nos “considerandos” da citada resolução do Conselho Nacional de Justiça, é aferir a legalidade da prisão e “prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal”, conforme dicção do art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, todos adotados em nossa ordem jurídica.

Numa leitura a voos de águia sobre o aludido “considerando” e das normas citadas alhures, pode-se advogar a tese segundo a qual a audiência de custódia é cabível em toda e qualquer espécie de prisão, inclusive decorrente de devedor de alimentos, como sói acontecer em diversos juízos Brasil afora.

Provavelmente foi em virtude disso que, na Reclamação 29303, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, decidiu, monocraticamente, que “a audiência de custódia é cabível em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas”.

Sucedo que, conforme célebre frase do festejado jurista Häberle (1976, p. 312-313), “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.”

Com efeito, a melhor interpretação para o cabimento das audiências de custódia é que elas ocorram, de fato, somente em casos de prisão em flagrante, conforme entendeu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com uma exceção que será exposta ao final deste artigo.

É que, à luz da própria finalidade precípua da audiência de custódia, a saber, aferir a legalidade da prisão e abusos policiais, somente prisões que partam da polícia, ou seja, em flagrante, é que justificam o referido expediente.

Isso para evitar possíveis prisões arbitrárias oriundas das forças de segurança pública, sem o prévio amparo de decisão judicial e, também, à míngua de controle prévio do Ministério Público.

São nesses casos que os abusos costumam ocorrer, como violações domiciliares, agressões etc., o que se visa a esclarecer nas audiências de custódia, após o que se decide sobre a manutenção ou não da segregação cautelar e sobre a responsabilização de quem quer que tenha agido à margem da lei.

Noutro giro, prisões decorrentes de mandados judiciais, provisórias ou definitivas, não partem da polícia, mas apenas são, evidentemente, executadas por ela, bem como são determinadas conforme as balizas legais pelo Judiciário e com prévia manifestação do Ministério Público.

É claro que, mesmo nesses casos, qualquer abuso ensejaria a tomada das medidas cabíveis em face dos responsáveis, mas isso *a posteriori*, porquanto a legalidade de prisão, *a priori*, é corroborada pelo controle prévio de autoridades competentes, tornando desnecessária a audiência de custódia.

A título de sugestão, os mandados de cumprimento de prisão deveriam ser filmados, como também já decidiu a mesma Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 59805, no ano de 2021.

Trata-se de entendimento que, outrossim, “desafoga” as pautas de audiências judiciais, já extremamente assoberbadas, e que em nada afeta o direito fundamental à integridade física e psíquica do preso.

Reforçando esse raciocínio, trago uma exceção que confirma a regra, qual seja, o art. 287 do Código de Processo Penal, que se encontra em plena vigência, e diz que, “se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”.

Ou seja, nesse caso se faria a audiência de custódia para saber se a prisão realizada pela polícia efetivamente foi aquela previamente determinada pelo Judiciário, com manifestação do Ministério Público, à míngua de exibição do mandado judicial por ocasião de sua ocorrência por parte das forças de segurança pública.

A contrario sensu, exibido o mandado, não seria mais necessária a audiência de custódia, pelas razões expostas anteriormente, na senda do novel e judicioso entendimento advindo da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que se afina com lei federal (art. 287 do Código de Processo Penal) que já estava em vigor, mas poucos queriam enxergar, como que em um “garantismo monocular hiperbólico”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2022.

HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung*. DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich (org.). Baden-Baden: Nomos, 1976. p.312-313.

INTEMPESTIVIDADE PROCESSUAL E AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO

PROCEDURAL UNTIMELINESS AND OBLIGATIONS OF THE BRAZILIAN STATE

Gabriel Sodré Gonçalves¹

Resumo: A positivação do Princípio da razoável duração do processo, com previsão no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, fez nascer no sistema de justiça a esperança de uma prestação jurisdicional mais próxima do ideal que se entende por processo justo, mormente se levado em consideração que o respeito à tempestividade processual está intimamente ligado com a promoção da dignidade da pessoa humana. Contudo, após quase duas décadas da referida positivação, lamentavelmente a realidade nos mostra que o status de direito fundamental do citado princípio não foi suficiente para dirimir a problemática da intempestividade processual existente. Partindo dessa premissa, o presente trabalho visa debater possíveis causas do problema, bem como ressaltar a necessidade do Estado Brasileiro adotar um papel de protagonismo para efetivação desse direito, sob pena de responsabilização civil e desprestígio internacional.

Palavras-chave: intempestividade; direito fundamental; processo.

1 Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS/UNDB. Especialista em Direito Tributário pela FGV. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8928931475114769>. E-mail: gabrielgoncalves@mpma.mp.br

Abstract: The affirmation of the Principle of the reasonable duration of the process, as provided for in item LXXVIII of article 5 of the Federal Constitution, gave rise to the hope of a jurisdictional provision closer to the ideal that is understood as a fair process in the justice system, especially if carried out considering that respect for procedural timeliness is closely linked with the promotion of human dignity. However, after nearly two decades of the aforementioned affirmation, unfortunately reality shows us that the fundamental right status of the aforementioned principle was not enough to resolve the problem of the existing procedural untimeliness. Based on this premise, this paper aims to debate possible causes of the problem, as well as to highlight the need for the Brazilian State to adopt a leading role in making this right effective, under penalty of civil liability and international disrepute.

Keywords: untimeliness; fundamental right; process.

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre direito à razoável duração do processo nos remete, necessariamente, a uma pecha inerente ao Direito Brasileiro representada pela intempestividade dos processos judiciais.

De início, vale esclarecer o recorte que norteia o presente ensaio, direcionado a analisar processo judicial, sem esquecer, contudo, que a duração razoável do processo também se aplica na seara administrativa.

Nesses termos, inegavelmente experimentamos um processo judicial que não consegue entregar ao jurisdicional o direito material pretendido em um tempo que possa ser considerado razoável, cabendo destacar que tal ideia de prazo razoável não corporifica uma operação matemática, mas sim deve ser verificada caso a caso, atendendo às complexidades individuais de cada demanda.

Partindo dessa premissa básica acerca da existência de uma real intempestividade da tutela jurisdicional brasileira, resta questionarmos se o ordenamento jurídico pátrio está inclinado a enfrentar a matéria e, em caso positivo, de que forma vem atuando a fim de minimizar os efeitos danosos da demora excessiva para se alcançar o bem da vida pretendido por toda e qualquer iniciativa judicial.

O percurso a ser percorrido na intenção de compreender a problemática e ofertar raciocínio lúcido que dê substrato para esboçar plausível direcionamento para amenizar o problema enseja, necessariamente, a análise de elementos conceituais básicos, a exemplo de identificar qual a natureza jurídica da defendida ideia de direito à duração razoável do processo, buscando, para tanto, posicionar tal direito no âmbito da legislação pátria.

Necessário ainda aferir definições de institutos processuais que se assemelham ao da duração razoável do processo, mas que com ele não se confundem, como, por exemplo, o Princípio da Celeridade da Tramitação do Processo e da Efetividade Processual.

Nesse contexto, serão ainda verificadas possíveis causas que instiguem o atual estágio da intempestividade da tutela jurisdicional no Brasil, ao passo que durante o trabalho será dado enfoque em sugestões que podem contribuir para a minimização da problemática existente.

Ademais, partindo-se do pressuposto básico que a não duração razoável de um processo judicial tem o condão de gerar danos patrimoniais e morais ao jurisdicional, será abordada a possibilidade de responsabilidade civil do Estado em decorrência da demora desarrazoada da tutela processual.

Ao final, o presente trabalho pretende realizar o diagnóstico da importância da respeitabilidade do direito à razoável duração do processo para a efetividade do direito fundamental ao processo justo, realizando um paralelo entre as definições jurídicas, visando, portanto, responder o problema a ser enfrentado no presente texto, a saber: De que forma o Estado deve agir no intuito de minimizar o problema?

2 ELEMENTOS CONCEITUAIS

A construção da ideia de razoável duração está essencialmente vinculada com a noção de dignidade da pessoa humana, na medida que esta se dedica à proteção de valores tidos pelo meio social como essenciais, irrenunciáveis, à existência do ser humano. Assim, no momento que um jurisdicionado se vê forçado a buscar auxílio no Judiciário, na grande maioria das vezes sua necessidade está ligada à promoção de elementos que integram sua dignidade, tais quais: promoção da saúde; a garantia do livre exercício profissional; assegurar o direito de moradia, etc.

Portanto, se o interessado em promover sua dignidade humana acessa o Judiciário e se depara com uma resposta judicial intempestiva, conclusão lógica é de que os valores mínimos de sua dignidade estão sendo novamente afetados.

Na mesma linha de raciocínio, é sabido que a razão da existência de um Estado como ente democraticamente constituído é a promoção da dignidade da pessoa humana, que no caso brasileiro assume a condição de fundamento constitucional (art. 5º, III, CF). Ou seja, a finalidade da existência do ente político é estruturar um caminho de garantia e fomento da dignidade das pessoas.

Sob essa ótica de promoção dos direitos humanos, o Brasil se fez signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San

José da Costa Rica, comprometendo-se, dentre outras obrigações, a garantir uma resposta judicial ao interessado em um prazo razoável. Vejamos:

Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992).

Seguindo esse viés com fundamento constitucional, a legislação brasileira tratou de positivizar na Constituição Federal o direito à razoável duração do processo na condição de princípio, fazendo introduzir no ordenamento o disposto contido no art. 5º, LXXVII, CF, assim versando: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Portanto, diante da essencialidade do mencionado princípio, ainda que desnecessariamente, o legislador pátrio tratou de reafirmar sua existência através de diversos dispositivos infraconstitucionais, conforme se nota no Código de Processo Civil, artigos 4º, 6º e 125, II, havendo também referência normativa na Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79), art. 35, II e III.

Observa-se, portanto, que a positivação do princípio do direito à razoável duração do processo é vasta no ordenamento jurídico brasileiro, podendo até mesmo ser considerado como exaustivo, demonstrando, assim, uma preocupação teórica extremamente sensível com a matéria, que, entretanto, não ressoa em resolução prática.

Ou seja, mesmo com a densidade das citadas previsões legais, no atual sistema de Justiça brasileiro ainda não se consegue garantir àquele que acessou o Judiciário, que seu processo venha a ser efetivo dentro de um prazo razoável.

Nesse ponto, para melhor compreensão conceitual, é necessário realizar a devida dicotomia entre as ideias de efetividade processual e duração razoável do processo. Em que pese existirem autores que defendam uma simbiose entre os termos, nas palavras do doutrinador Jobim (2012), há clara distinção, pois efetividade processual se consuma quando há a real entrega do direito material pretendido pelo jurisdicionado, o que pode ocorrer mesmo sem o respeito ao princípio da razoável duração do processo.

A título exemplificativo, bastaríamos imaginar o trâmite de uma ação de execução de alimentos, onde do despacho inicial até a realização de todas as tentativas de

construção patrimonial, a incluir prisão civil, tenha se respeitado a razoável duração do processo, porém, sem sucesso de pagamento ante a insolvência do devedor. Observa-se, portanto, que o feito teve curso em um prazo razoável, contudo, não houve efetividade processual ante o não adimplemento em razão da ausência de condições financeiras do inadimplente.

Nos mesmos moldes pode existir um processo com efetividade processual que não respeite a duração razoável do processo, o que, aliás, é extremamente comum, como se verifica em hipóteses de demandas relacionadas a responsabilidade civil na qual após 15 (quinze) anos de feito processual o requerente venha efetivamente a ser indenizado.

Ainda com base nessa noção conceitual, é interessante estabelecer nova distinção terminológica, desta feita entre o Princípio do direito à razoável duração do processo e o Princípio da Celeridade da tramitação do processo, também defendida por Jobim (2012).

A celeridade estaria relacionada com a parte final da previsão constitucional contida no art. 5º, LXXVII, CF, com espeque na expressão “*meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Ou seja, o Princípio da Celeridade é referente à obrigação do poder público em garantir os meios adequados para que o processo tenha uma duração razoável, promovendo as técnicas processuais cabíveis, realizando adequação de material humano e das legislações pertinentes objetivando a consecução do resultado pretendido que é a tempestividade processual.

Realizadas essas necessárias distinções principiológicas, resta a difícil tarefa de definir o que se considerar como prazo razoável para o curso de um processo. Surge, portanto, o grande impasse da conceituação do tempo, algo de extrema relevância e cuja construção perpassa até mesmo por noções filosóficas. Fato é que precisamos concordar com Jobim (2012, p. 28), ao afirmar que definição de tempo é tarefa extremamente complexa:

Definir tempo é um dos grandes mistérios da humanidade. Não há filósofo, historiador, sociólogo ou jurista que tenha deixado de se preocupar com a questão relacionada ao tempo. E mais, a importância do estudo para o processo é de fundamental importância, uma vez que a mínima noção de tempo faz lembrar ao ser humano que ele é finito, razão pela qual, empregando-se mal o tempo, se está, necessariamente, aniquilando-se a vida.

Fato é que todo e qualquer processo judicial necessita de tempo para aperfeiçoamento, o que, a depender de sua complexidade individual variará enormemente, inexistindo fórmula matemática para tal definição. Cada fase do processo possui sin-

gularidades que justificam a utilização de tempo maior ou menor para sua compreensão, razão pela qual é impossível a tarefa de definir, previamente, o tempo fixo de tramitação processual, o que somente pode ser analisado caso a caso.

De toda forma, o que se tem atualmente é que o Brasil possui péssimos índices de tempestividade processual, concluindo-se que, de modo geral, inexistente o respeito ao direito fundamental da duração razoável do processo. No tópico seguinte, serão analisados alguns motivos que conduzem tal intempestividade.

3 CAUSAS DA INTEMPESTIVIDADE PROCESSUAL

Antes de adentrar propriamente nos motivos eleitos pelo presente ensaio como causadores da intempestividade processual, vale rechaçar costumeira confusão de significado existente entre morosidade e intempestividade processual. A morosidade pode até ser causa da intempestividade processual, mas não necessariamente o será.

Todo e qualquer processo judicial pode passar por fases morosas, por exemplo, quando sua solução exigir instrução probatória complexa, como nos casos onde há necessidade de produção de provas periciais que envolvam diversas áreas de pesquisa. Tal morosidade, contudo, não pode ser considerada como aspecto negativo, pelo contrário, referida morosidade é bem vinda para a solução do processo, pois trará sólidas bases para a formação do convencimento, apto a oferecer límpido cenário decisório.

Contudo, quando tal morosidade extrapola aquilo que se considera como percurso natural e necessário para a concretização de um determinado ato processual, assume, assim, a qualidade de elemento negativo, contribuindo inevitavelmente com intempestividade processual.

Portanto, conclui-se que apenas a morosidade que extrapola o prazo natural dos atos processuais pode ser considerada como causa da intempestividade, a exemplo de um despacho inicial simples que venha demorar meses para ser proferido.

Uma segunda causa da intempestividade processual está relacionada à cultura de transgressão existente no Brasil, o que de certa forma é explicada pelo baixo nível educacional de nosso País. O desconhecimento leva à intolerância, que por sua vez emerge na forma de falta de diálogo, culminando com a não solução dos conflitos de maneira extrajudicial, por sua vez motivada pela existência de uma cultura brasileira de não solução consensual dos litígios, fazendo com que inúmeras demandas sejam postas ao Judiciário, causando, necessariamente, o abarrotamento do sistema.

Segundo dados estatísticos do CNJ (BRASIL, 2020), apenas 12,5% dos processos judiciais são solucionados pela via do consenso, o que de certo modo é motivado pela certeza da demora do curso processual. Ora, o que levaria o autor de um ilícito a consensualmente reparar o dano, sendo sabedor que seu processo demorará anos para ser concluído, sem que isso lhe traga prejuízo adicional?

Ou seja, a própria certeza da intempestividade processual contribui para a não solução consensual, fomentando a cultura do não acordo.

Não se pode esquecer de apontar como causa da intempestividade processual a exacerbada formalidade existente em alguns ritos processuais, como se observa, por exemplo, no processo de Interdição Judicial. O Código de Processo Civil, no art. 751, exige que seja designada audiência para oitiva do interditando, mesmo sabedor que para a decretação de interdição deve haver comprovação médico/pericial da incapacidade, bem como estudo social.

As designações de audiências em demandas dessa natureza deveriam ser racionalizadas, incidentes apenas para hipóteses onde existam dúvidas acerca da incapacidade civil levantada, o que eliminaria centenas de atos processuais desnecessários, economizando tempo que deveria ser destinado para a solução de outras demandas judiciais.

Destaca-se ainda a falta de perfil gestor a ser apontado como grande motivação da intempestividade processual. Normalmente os agentes estatais encarregados da condução da demanda processual não são treinados para exercer função administrativa, mas tão somente para atuarem no exercício da função jurisdicional.

Ocorre, entretanto, que o mundo moderno exige habilidades diversas e inovadoras do profissional do direito, de modo que a velocidade das informações e a facilidade de acesso ao judiciário exige cada vez respostas mais rápidas, incompatíveis com o estilo de atuação retrógrada, centralizadora e exacerbada de formalismo.

Também não se pode perder de vista que o comportamento das partes é apontado como uma das grandes razões da intempestividade processual, onde muitas das vezes são requeridas produção de provas inúteis; o sistema recursal é utilizado de forma protelatória; constroem-se subterfúgios para redesignações de audiências; abusa-se do direito de petição.

As causas da intempestividade processual exemplificativamente citadas acima têm o condão de gerar efeitos maléficos gravíssimos, sendo o descrédito no sistema da justiça o primeiro deles. Tal descrédito traz consigo uma consequência necessária, representada pela busca da solução dos conflitos por vias inadequadas, o que faz gerar novas subversões ante o exercício arbitrário das próprias razões.

O cenário de intempestividade também contribui de forma negativa para a economia do País, vez que a intempestividade gera insegurança jurídica, terminando por afastar o público investidor nacional e internacional, fazendo com que recursos deixem de ser aportados no Brasil, contribuindo com a permanente condição de subdesenvolvimento.

Existem ainda os danos emocionais causados pela intempestividade processual, pois o jurisdicionado é demasiadamente afetado psicologicamente com a lentidão, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses do credor de aluguéis que dependa dessa fonte renda para sobrevivência que, entretanto, não consiga em tempo hábil o despejo, tampouco o pagamento pelas vias judiciais. Cita-se, ainda, o exemplo de um acusado que venha a ser considerado como tal por anos, mesmo possuindo diversos elementos de prova suscetíveis a demonstrar sua inocência, ao passo que o curso demasiadamente lento do feito lhe impede de solucionar a acusação o quanto antes.

Portanto, realizado esse apanhado de ideias, e demonstrada a existência de efeitos maléficos advindos do não respeito ao direito fundamental da razoável duração do processo, resta nesse momento realizar abordagem sobre a possibilidade de responsabilidade civil do Estado ante o descumprimento da referida norma, o que será objeto da sessão seguinte.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO PROCESSO INTEMPESTIVO

Realizado esse apanhado de elementos essenciais para compreensão mínima das ideias envoltas no direito fundamental à razoável duração do processo, bem como ultrapassada de forma singela a pretensão de discorrer sobre os motivos colaboradores da intempestividade processual no Direito Pátrio, chegou-se à conclusão que o desrespeito ao princípio constitucional em apreço é passível de gerar grave dano, tanto material quanto moral, com maior ênfase para este último.

Nessa sequência de raciocínio, uma vez considerado que a inação estatal é responsável pela geração de danos aos jurisdicionados que não obtêm resposta judicial em prazo razoável, entende-se plenamente possível a reparação civil de tais danos, nos termos da previsão constitucional do art. 37, § 6º. Analisemos:

Art. 37, § 6º, CF - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Referida conclusão também encontra respaldo em diversas passagens do Código Civil, com destaque para os dispositivos dos artigos 43, 186 e 187. Percebe-se, portanto, a existência de enorme arcabouço jurídico legitimando a incidência da responsabilidade civil do Estado pelo não respeito ao direito fundamental à duração razoável do processo.

Contudo, é preciso reconhecer a inexistência de parâmetros legais no Brasil visando regulamentar quais critérios adotar a fim de aferir se determinado processo é intempestivo. Do mesmo modo, não há a definição de normas para fixação de indenizações em casos como tais, tampouco previsão de competência e demais regras processuais, daí por que o Estado Brasileiro corre grande risco de ser demandado recorrentemente ante a tutela intempestiva jurisdicional, o que, aliás, já está ocorrendo de forma embrionária, conforme se faz possível analisar da extração do julgado emitido pelo Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LESÃO. DESPACHO DE CITAÇÃO. DEMORA DE DOIS ANOS E SEIS MESES. INSUFICIÊNCIA DOS RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS DO PODER JUDICIÁRIO. NÃO ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. CONDENAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARACTERIZADA. 1. Trata-se de ação de execução de alimentos, que por sua natureza já exige maior celeridade, esta inclusive assegurada no art. 1º, c/c o art. 13 da Lei n. 5.478/1965. Logo, mostra-se excessiva e desarrazoada a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório. O ato, que é dever do magistrado pela obediência ao princípio do impulso oficial, não se reveste de grande complexidade, muito pelo contrário, é ato quase que mecânico, o que enfraquece os argumentos utilizados para amenizar a sua postergação. 2. O Código de Processo Civil de 1973, no art. 133, I (aplicável ao caso concreto, com norma que foi reproduzida no art. 143, I, do CPC/2015), e a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no art. 49, I, prescrevem que o magistrado responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. A demora na entrega da prestação jurisdicional, assim, caracteriza uma falha

que pode gerar responsabilização do Estado, mas não diretamente do magistrado atuante na causa. 3. A administração pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais do Poder Judiciário, pois não é possível restringir o alcance e o conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação da tutela jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. A insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos judiciais isenta os juizes de responsabilização pessoal pelos atrasos, mas não priva os cidadãos de reagir diante de tal demora, nem permite considerá-la inexistente. 4. A responsabilidade do Estado pela lesão à razoável duração do processo não é matéria unicamente constitucional, decorrendo, no caso concreto, não apenas dos arts. 5º, LXXVIII, e 37, § 6º, da Constituição Federal, mas também do art. 186 do Código Civil, bem como dos arts. 125, II, 133, II e parágrafo único, 189, II, 262 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente e aplicável à época dos fatos), dos arts. 35, II e III, 49, II, e parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e, por fim, dos arts. 1º e 13 da Lei n. 5.478/1965. 5. Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras. As seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema. 6. Recurso especial ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença. (REsp 1383776/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 17/09/2018)

De igual maneira, o Estado brasileiro já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em função do desrespeito ao Princípio do direito à razoável duração do processo, o que já foi observado no mínimo em quatro oportunidades: 2006 - Ximenes Lopes versus Brasil; 2001 - Maria da Penha; 2009 - Garibaldi versus Brasil. Os três exemplos citados possuem como causa de pedir a excessiva demora do Brasil, através de suas instituições, em investigar, processar e punir autores

de fatos criminosos, razão pela qual nos três episódios houve a condenação do País ao pagamento de indenização por danos morais, além de outras reprimendas associadas.

Entretanto, convém reconhecer que voltar os olhos exclusivamente para sanção pecuniária não se apresenta como a melhor solução para enfrentar o grave problema da intempestividade processual. Essa conclusão se extrai com base na análise do direito comparado, em especial verificando a experiência da Itália.

No ano de 1999, a Itália se viu politicamente forçada a adotar providências para o enfrentamento da intempestividade processual, pois muitos cidadãos italianos estavam acionando a Corte Europeia em busca de indenizações ante o não respeito à duração razoável do processo no País. Assim, diante da pressão sofrida, a Itália acabou por aprovar a Lei Pinto, em 24.03.2001, que por sua vez promoveu alteração no Código de Processo Civil, passando a prever a possibilidade de reparação de danos causados pela excessiva duração do processo.

Referida alteração legislativa prevê: responsabilidade objetiva; critérios para considerar o processo como intempestivo; forma de indenização; competência; efeito recursal; prazo de cadência para ajuizamento da ação de reparação civil, dentre outras regras. Contudo, a experiência Italiana mostrou que a regulamentação da possibilidade de indenização, por si só, não tem o condão de contribuir com a diminuição da taxa de congestionamento processual, pelo contrário, o que houve foi uma maior ruptura do sistema em razão da enorme quantidade de demanda proposta visando à reparação civil.

Portanto, a experiência Italiana ensina que, para além de regulamentar as regras da responsabilidade civil do Estado, é preciso adoção de técnicas processuais que efetivamente contribuam, sem, contudo, esquecer da necessária responsabilização administrativa e pessoal do agente que colaborou para a ocorrência da intempestividade.

A falar da iniciativa legislativa no Brasil, necessário realizar registro histórico esclarecendo que já teve curso no Congresso Nacional projeto de lei tendente a regulamentar a indenização do jurisdicionado frente à intempestividade do Estado (PL 7.599/06), entretanto, tratava-se de um texto com previsões normativas extremamente atécnicas, tanto que o Órgão Legislativo promoveu o arquivamento da iniciativa, inexistindo atualmente qualquer novo projeto de lei de expressão que mereça atenção acadêmica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do breve apanhado teórico realizado e em atenção à realidade vivenciada no Brasil, é possível concluir que operamos em um sistema de justiça que não observa o Direito Fundamental à razoável duração do processo. Ou seja, a previsão

constitucional contida no art. 5º, LXXVII, CF não vem sendo eficazmente reproduzida na prática.

Todavia, é preciso reconhecer que iniciativas, ainda que insuficientes, vêm sendo adotadas paulatinamente, por exemplo: previsão do sistema de precedentes; instituição dos processos eletrônicos; incidente de demandas repetitivas; acordo de não persecução penal e cível; inventário e divórcio extrajudicial; instituto da repercussão geral, etc.

Ocorre que tais medidas, conforme se observa na prática, não estão sendo suficientes para solucionar a problemática experimentada, razão pela qual o jurisdicionado continua tendo sua dignidade ferida pela insuficiente prestação jurisdicional.

Nesses termos, se a prestação jurisdicional está sendo insuficiente em razão do descumprimento do direito à razoável duração do processo, implica dizer que o ideal de processo justo, que por sua vez engloba um conjunto de princípios (contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo), também não está sendo observado, restando, portanto, a aplicação de uma justiça falha, algo que deve ser combatido com prioridade.

Assim sendo, não pode o Estado brasileiro descansar de sua condição de garantidor e indutor da dignidade da pessoa humana, razão pela qual tem a obrigação constitucional de se empenhar com mais vigor na busca da observância da tempestividade processual.

Deve, portanto, a democracia brasileira continuar adotando medidas a fim de mitigar a problemática existente, através da regulamentação da responsabilidade civil estatal ante a intempestividade, punindo com maior rigor aquele responsável por contribuir com a não duração razoável do processo, ou implementando técnicas processuais úteis, a exemplo do fortalecimento do processo coletivo.

O que não se pode admitir é que o Legislador venha a se omitir ou adotar condutas inúteis, sob pena de contribuir para a condição do Brasil como país subdesenvolvido.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº REsp 1383776 / AM. Responsabilidade civil. Recurso especial. Razoável duração do processo. Lesão. Despacho de citação. Demora de dois anos e seis meses. Insuficiência dos recursos humanos e materiais do poder judiciário. Não isenção da responsabilidade estatal. Condenações do estado brasileiro na corte interamericana de direitos humanos. Ação de indenização por danos morais. Responsabilidade civil do estado caracterizada. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7179>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

A JUSTIÇA NEGOCIADA EM SENTIDO LATO E O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE ENTRE AS PARTES

NEGOTIATED JUSTICE IN A BROAD SENSE AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EQUALITY BETWEEN THE PARTIES

Igor Adriano Trinta Marques¹

Resumo: Dentre os mecanismos utilizados para a promoção dos direitos humanos, tem-se a justiça negociada com vistas à defesa da sociedade e da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o principal objetivo do presente estudo é analisar a aplicação dessa política, sendo necessário, para tanto, demonstrar as implicações diretas da utilização da justiça consensual frente ao direito fundamental à igualdade entre as partes, especialmente acerca dos limites e de como esse instrumento pode repercutir na promoção dos direitos humanos. A metodologia aplicada consiste no hipotético-dedutivo, de natureza exploratória, a partir de uma abordagem qualitativa, usando de técnicas de pesquisa bibliográfica e análise de conteúdo. Ao final, constatou-se que a viabilidade da justiça negociada é capaz de implementar um novo agir pelos atores do sistema de justiça invocando uma resposta estatal célere e adequada, pautada nos direitos fundamentais (dentre eles a igualdade entre as partes) e humanos, os quais não podem ser violados.

Palavras-chave: direitos fundamentais; igualdade das partes; justiça negociada.

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Mestrando em Direito pela PUCRS/UNDB. Bacharel em Direito na Universidade Federal do Maranhão e em Segurança Pública pela Universidade Estadual do Maranhão. Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais pela Universidade Uniderp e em Direito Constitucional Aplicado (2013) e Processo Civil (2014) pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. E-mail: igortrinta@mpma.mp.br

Abstract: Among the mechanisms used to promote human rights, there is negotiated justice with the purpose of defending society and human dignity. In this context, the main objective of this study is to analyze the application of this policy, being necessary, therefore, to demonstrate the direct implications of the use of consensual justice in the face of the fundamental right to equality between the parties, especially regarding the limits and how this instrument can have an impact on the promotion of human rights. The applied methodology consists of the hypothetical-deductive path, exploratory in nature, from a qualitative approach, using bibliographic research and content analysis techniques. In the end, it was found that the viability of negotiated justice is capable of implementing a new acting by the actors of the justice system, invoking a swift and adequate state response, based on fundamental and human rights (including equality between the parties), which cannot be violated.

Keywords: fundamental rights; equality of parties; negotiated justice.

1 INTRODUÇÃO

Em um país dotado de dimensões continentais e permeado por intensas desigualdades sociais, além de não apresentar estruturação uniforme de órgãos do Poder Judiciário, de segurança pública, Ministério Público, sindicatos, sistema penitenciário, defensoria pública, advogados, dentre outros aspectos, torna-se uma tarefa hercúlea e muitas vezes contrária aos direitos humanos tutelar-se direitos e promover a paz social, mormente quando se reverbera a aplicação e distribuição da justiça como um todo, considerando as partes do processo em geral.

De igual passo, o artigo 5º, caput e I, da CF/88, estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verifica-se que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Outrossim, o direito fundamental de igualdade entre as partes perpassa pelo papel do legislador na análise dos sujeitos comparados à luz de um critério único ou compensando diferenças.

Pensando nisso, importantes movimentos no campo doutrinário e legislativo passaram a defender e buscar a denominada justiça negocial como pressuposto para a promoção dos direitos humanos pelos atores da justiça e representativo da igualdade das partes.

Convém ressaltar que, em torno da justiça consensual, podemos enumerar uma série de exemplos de aplicabilidade na *praxis*, como a conciliação/mediação no âmbito do processo civil cada vez mais em voga e positivado, os acordos de não-persecução penal e não-persecução cível, a transação penal, o *sursis* e suas espécies, a colaboração premiada, dentre outros, destinados a promover a efetiva tutela dos direitos humanos e fundamentais.

Destarte, a negociação judicial é uma realidade sem volta no país, sobretudo porque imprime celeridade, duração razoável do processo, busca a verdade real e uma melhor atuação do órgão ministerial e do Poder Judiciário na medida em que desafoga o acervo existente e produz uma resposta penal mais rápida e adequada.

A própria Constituição impõe a duração razoável do processo (após a EC nº 45/2004), a dignidade da pessoa humana, ao se debelar o que vitimologia entende como revitimização secundária, além da promoção dos direitos humanos na medida em que passa a evitar processos judiciais eternos e todo o seu peso que representa às vítimas, acusados, testemunhas e atores processuais.

Outrossim, impende aventar que o desafio em questão é estudar a aplicação dessa política negocial entre as partes, sendo necessário, para tanto, demonstrar as implicações diretas da utilização da justiça consensual frente ao direito fundamental à igualdade entre as partes, especialmente acerca dos limites e de como esse instrumento pode repercutir na promoção dos direitos humanos.

Impende gizar que um dos exemplos de justiça negociada no âmbito penal, qual seja, o acordo de não-persecução penal, primeiramente foi tratado na Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual sofrera deveras críticas, uma delas porque não submetia a homologação do aludido acordo ao Poder Judiciário, o que motivou a ação de controle concentrado pela associação dos magistrados do Brasil questionando a constitucionalidade e legalidade, tendo a justiça negociada logrado mais êxito e aprovação após a inserção do instituto no Código de Processo Penal, com o advento do pacote anticrime (Lei nº 13.964/19).

De igual sorte, na seara administrativa e cível, a lei nº 8.429/1992 permite a avença no bojo de atos de improbidade administrativa com os denominados acordos de não-persecução cível, sem falar no código de processo civil que preconiza a negociação (autocomposição) entre as partes sobre alterações do procedimento, ônus, poderes, faculdade e deveres processuais, como consecutórios do dever de cooperação, autonomia privada e boa-fé, ocasião em que mediante concessões mútuas as partes perfilham para um modelo mais isonômico.

Cabe obter temperar ainda que, no âmbito da justiça laboral, com a edição da intitulada reforma trabalhista (Lei nº 14.467/2017), outorgou-se às partes componentes do acordo ou convenção coletiva mais autonomia na medida em que buscou

prestigiar princípios, como da intervenção mínima da justiça do trabalho, boa-fé dos participantes, ficando o magistrado do trabalho adstrito à análise de questões formais, sem se imiscuir no mérito das cláusulas entabuladas, mas tão somente nos vícios previstos no artigo 104 do Código Civil, em consonância com o artigo 8º, 3º, da CLT. Sabe-se, também, que muitas diatribes advieram com a reforma trabalhista, sobretudo de sindicatos, Central Única dos Trabalhadores e até mesmo da OIT (suposta ofensa à Convenção nº 98).

Nesta senda, o instituto em comento funciona como uma garantia constitucional e de promoção dos direitos humanos, porém há necessidade de mais avanços e discussão de eventuais limites calcados em determinados crimes, ofensa a bens jurídicos tutelados, cominação de penas, cláusulas infensas à negociação, métodos alternativos de decidir causas judiciais, onde é usado o juiz arbitral, a conciliação, o incentivo econômico na solução dos litígios fora dos tribunais, dentre outros.

Com isso, faz-se necessário que haja uma pesquisa científica que trate este assunto com maior preocupação, abordando de forma detalhada e minuciosa toda a problemática que circunda a justiça negocial e ao seu alcance.

Propõe-se elaborar uma análise apurada para saber se é válida, possível e viável a propagação da justiça negociada, para fomentar a promoção dos direitos humanos com a salvaguarda do direito fundamental à igualdade e concretização dos direitos das partes. Contudo, analisar-se-á o aspecto teórico paralelamente à *praxis* na seara extrajudicial e judicial.

Este estudo é fundado em vasta pesquisa bibliográfica e documental acerca do objeto de estudo, vale dizer, o instituto da justiça negociada e igualdade das partes. A análise de suas facetas foi orientada pela contraposição e contradição de ideias, consistindo em uma observação direta da realidade antagônica do sistema de justiça como um todo, e que culminou em uma proposta de intervenção a ser discutida teórica e academicamente com os que vivenciam tal realidade.

O método empregado para a consecução deste trabalho é o fenomenológico, o qual se baseia na inquietação do pesquisador no instituto em testilha e busca demonstrar que o objeto de estudo é encarado como um fenômeno, com implicações sociais, segundo a perspectiva dos sujeitos, dos participantes da situação.

Portanto, o estudo em evidência mostra-se de extrema importância, já que abordará vários aspectos inerentes ao instituto, desde sua conceituação até seus reflexos diretos na condução dos procedimentos extrajudiciais e judiciais, bem como tendo por guisa o direito à igualdade das partes.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE SOB O PRISMA DA CONSENSUALIDADE

Ab initio, para a busca do direito fundamental à igualdade, parte-se dos seguintes deveres e pressupostos: dever de aplicar as mesmas consequências jurídicas aos que se colocam em situação de igualdade; dever de aplicar diferentes consequências jurídicas aos que se colocam em situação de desigualdade; a proibição de aplicação de diferentes consequências jurídicas a pessoas que se colocam em situação de igualdade e a proibição de aplicação de consequências jurídicas iguais a pessoas que se colocam em situação de desigualdade.

Nesse contexto, aquele que se amolda a uma determinada hipótese de incidência está sujeito à consequência jurídica prevista nessa mesma norma, assim como pessoas que se amoldam a hipóteses de incidência distintas estão sujeitas a consequências jurídicas distintas, e a aplicação de consequências jurídicas distintas enseja o surgimento de uma situação de equiparação entre os sujeitos comparados.

Ademais, a solução consensual de conflitos deve dispensar tratamento jurídico capaz de permitir o surgimento de uma equiparação dos sujeitos comparados, além do dever de priorizar as distinções entre os sujeitos comparados toda vez que da oferta de tratamento jurídico diferenciado não resulte em equiparação entre eles, bem como na proibição de discriminação entre sujeitos que se colocam em situações de igualdade material e a proibição de equiparação entre sujeitos que não se colocam em situações de igualdade material.

Acerca dessa discussão, registra-se a premente necessidade de avenças contempladoras de direitos e garantias aos indivíduos. Nesse cenário, deve-se justamente buscar o equilíbrio necessário para a passividade acerca do dilema.

Convém ressaltar que a interface do sistema de justiça garantidora dos direitos humanos/fundamentais por intermédio de negociações fora do contexto de justiça estatal potencializa a atuação social com ênfase na transformação social associada à concretização dos direitos humanos e de igualdade entre os sujeitos processuais.

Todavia, importa saber quais circunstâncias envolvem a realização judicial/extrajudicial de tais negócios processuais e quais são as perspectivas de eficácia na direção do direito à igualdade entre as partes que deve priorizar a promoção dos direitos humanos.

3 JUSTIÇA NEGOCIADA

Como exemplo de justiça negociada, frisam-se as lições de Sánchez cujas premissas de “verdade” e “justiça” não parecem ser prioritárias na justiça negociada, pois encontram-se em segundo plano, enquanto os novos paradigmas apontam para a aplicação do Processo Penal, por exemplo, de modo a torná-lo mais célere, efetivo e negocial. Assim, sob influência de tradições jurídicas do *common law*, a prevalência da atuação das partes em detrimento da condução judicial inaugura o chamado *plea bargaining*. Tal fenômeno resta aparente quando o acusado renuncia ao direito de ser processado e julgado, devendo confessar o ilícito em troca de redução de sanção e/ou aplicação de condições, de forma a evitar o processamento criminal pelo Ministério Público (HEUMANN, 1978; MAYNARD, 1984).

No Brasil, a atração de uma justiça negociada já podia ser vista nos instrumentos voltados ao consenso previsto na Lei nº 9.099/1995. Destaca-se a transação penal, pela qual o membro do Ministério Público e o ofensor podem firmar um acordo para que este possa se livrar da ação penal, cuja competência privativa é do *Parquet*, observados requisitos legais, desde que assumida uma obrigação oferecida por aquele, fundamentada em penas restritivas de direitos ou multa (SOBRANE, 2001).

O fato de certas regras serem aplicáveis exclusivamente em favor de um dos contratantes tem um intuito claro: permitir a paridade/igualdade entre os sujeitos que se colocam em situação de comparação no que se refere às possibilidades dos contratantes relativamente ao exercício de suas individualidades em tais negócios jurídicos.

Por óbvio, por estar ativamente na barganha, o Ministério Público não deve desfalecer sua face de *custos juris*, uma vez que os efeitos de eventual acordo firmado podem, a depender do caso, ter reflexos para além das partes. A discricionariedade também precisa ser controlada em nome do bem-estar coletivo, de modo que o alcance do interesse público e a observância dos direitos humanos estão intrinsecamente ligados à disponibilidade do exercício da ação penal.

Dito isso, as medidas inovadoras da Lei no 9.099/95 podem caracterizar o início da justiça penal negociada no Brasil no âmbito criminal, ainda que aplicada ligeiramente (GORDILHO, 2009), já que a inovação da transação penal, *grosso modo*, caracteriza apenas uma espécie, *plea of nolo contendere*.

Para Albergaria (2007, p. 20):

É curioso notar que onde, em outros ordenamentos processuais penais, se consagram formas especiais de processo que visaram tratar certas formas de criminalidade através do consenso, não raro se enveredou por soluções mais próximas

da plea of nolo contendere do que do puro e simples plea of guilty, nomeadamente nele se consignando que a decisão se formasse sobre o acordo não teria valor na jurisdição cível – é o caso, por exemplo, da decisão condenatória resultante do acordo no âmbito do processo de applicazione delle pena su richiesta delle parti do processo penal italiano (artigo 445, nº 1 do Codice de Procedura Penale, onde se consagra ainda que a pena não terá eficácia na jurisdição administrativa), ou daquela outra resultante da “transação” do direito brasileiro, trazida pela Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995 [...].

O outro instituto, intitulado de acordo de não persecução penal, acompanha discussões mais recentes, pois foi incluído no Código de Processo Penal, por meio da Lei 13.964/2019. Vejamos o artigo 28-A:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

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

pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

Antes disso, por meio da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, o acordo de não persecução penal já previa a possibilidade de o *Parquet* deixar de oferecer a devida ação penal na hipótese de acordo com o autor da infração, desde que cumpridos determinados requisitos. Diante de muitas polêmicas, a previsão regulamentar do instituto proporcionava uma reflexão acerca da constitucionalidade e também da convencionalidade.

Nesse cenário, existem dois lados da moeda que podem ser questionados e envolvem a participação do Ministério Público como condutor de uma justiça negociada. A um, a novel regulamentação que hoje está prevista na lei antecipou um novo modelo para o processo penal, com conteúdos que colocam em risco a obrigatoriedade da ação penal. A dois, o conteúdo da proposta inovadora encontra-se em harmonia com tratados e convenções internacionais de direitos humanos que zelam pela desburocratização e celeridade dos órgãos de sistema de justiça, propiciando um descongestionamento da justiça criminal, sem atropelos de direitos e garantias fundamentais.

Quando se trata de efetivação de direitos humanos, não existe receita pronta que possa ser aplicada pelos órgãos de justiça criminal. Dependendo da circunstância, o Estado promoverá as ações necessárias para cumprir o que determinam as Cartas Políticas nacionais ou transnacionais. A preocupação deve pairar na busca pelo atendimento dos direitos mínimos, independentemente da posição da pessoa, ou seja, se ela for acusada, na fase pré-processual, deve-se certificar de que seus direitos e garantias individuais estão sendo observados. De igual forma, caso o Estado inicie o processamento criminal em desfavor do réu, o controle para que seja atendido o devido processo legal torna-se prioritário.

Portanto, a defesa do instituto que pode trazer benefícios práticos ao sistema de justiça resume-se nas palavras de Aras (2019, p. 320-321): “O acordo de não persecução penal não viola a legalidade nem o devido processo legal, porque é mero ajuste para não exercício do direito de ação pelo seu titular, na forma de um arquivamento condicional”. Por outra perspectiva, correntes doutrinárias contrárias ao acordo de não persecução penal colocam o Ministério Público em uma situação suprema de poder, pois chamam atenção para a fiscalização do acordo pelo representante ministerial que não teria isenção própria para separar as funções inerentes do sistema acusatório: acusar e julgar, desrespeitando, assim, princípios e normas básicas do Estado Democrático de Direito (BARROS; ROMANIUC, 2017).

Noutro giro, a autocomposição na seara processual civil e no bojo do processo trabalhista colima para a efetiva tutela dos direitos fundamentais na medida em que promovem concessões mútuas entre as partes, muito embora estas não sejam

materialmente iguais, ou seja, consomem a igualdade proporcional mediante a compensação das diferenças existentes. Assim, o fortalecimento da autonomia privada, da boa-fé objetiva, intervenção mínima estatal são pontos cruciais para o direito fundamental sob o ponto de vista do tratamento isonômico dotado de regramento, processo justo, economia processual e efetividade.

Na mesma baila, a Lei nº 8.429/1992 permite os acordos de não-persecução cível, os quais terão obrigações certas e líquidas, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e aplicação de penalidades, indicando vantajosidade à supremacia do interesse público. Neste caso, os acordos entabulados não possuem o condão de afetar o direito à igualdade, pois o instituto prevê a adoção de requisitos a todos aqueles perpetradores de condutas ímprobas, não fazendo quaisquer distinções.

Portanto, a justiça negociada para tutelar efetivamente o direito fundamental à igualdade entre as partes deverá impor: a proibição ao juiz de aplicação de consequências distintas em relação a pessoas que se colocam em situação de igualdade na condição de parte, além da proibição ao juiz de aplicação das mesmas consequências jurídicas às partes no caso em que o ordenamento jurídico imponha práticas diferentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo crucial discutir a aplicação da justiça negociada como meio de promoção dos direitos humanos e em observância ao direito fundamental à igualdade entre as partes, sendo necessário, para tanto, demonstrar as implicações diretas da utilização da justiça consensual, especialmente acerca dos limites e de como esse instrumento pode repercutir na promoção dos direitos humanos e à igualdade.

À guisa dos debates enfrentados, têm-se as seguintes conclusões: a aplicação da justiça negociada cresce vertiginosamente no país, representando uma solução minimamente adequada, uma vez que desafoga o numeroso acervo judicial, colima com os direitos humanos ao não permitir a eternização de processos judiciais e procedimentos extrajudiciais, garantindo ainda uma resposta processual razoável, focado na solução das lides e em fomento à dignidade da pessoa humana, além de avançar na direção do objetivo ‘utópico’ da igualdade entre as partes, justificando um tratamento mais adequado àqueles que preenchem determinados requisitos (âmbito penal, cível e administrativo), assim como liberalidade entre as partes (processo civil e direito laboral).

Em contrapartida, para melhor aperfeiçoamento, há premente necessidade de integração entre os órgãos do sistema de justiça, incentivo às partes envolvidas para adoção da negociação como pilar, assim como um melhor debate acerca dos limites para a justiça negociada, de modo que as diferenças entre as partes não maculem o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Assim, o universo ao qual pertence a igualdade das partes não contempla apenas o direito da própria parte, como também envolve os direitos das partes frente ao juiz e alberga as exigências feitas ao legislador quanto ao seu exercício de regulamentação processual. A igualdade, portanto, não pode ser reduzida a um aspecto quantitativo, mas deve refletir a igualdade de possibilidades no exercício do debate processual.

Conclui-se, que o firmamento de acordos e mediações entre as partes ‘beneficiadas’ não afeta o direito fundamental à igualdade, pelo contrário, trata de forma desigual os desiguais na medida das suas desigualdades, compensando as diferenças de forma razoável e com supedâneo no devido processo legal, igualdades objetiva e proporcional, tal como se observa no direito do consumidor, Lei Maria da Penha, Estatuto do Idoso etc sobretudo em questões cíveis de improbidade, persecução penal, assim como nos processos civil (conciliação, mediação) e trabalhista (acordos e convenções coletivas).

Ao cabo, apesar das limitações inerentes à pesquisa em forma de artigo, no que concerne ao alcance do objetivo proposto, qual seja, o de contribuir com a aplicabilidade da justiça negociada como meio de promoção dos direitos humanos e fomento ao direito fundamental à igualdade das partes, pontua-se que se trouxe a temática à baila perfilhando para um melhor entendimento, sem, no entanto, esgotá-la cabalmente.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, S. P. de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007. 160 p.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; BELTRAME, Martha Silva; ROMANO, Michel Beten-jane. Novo perfil constitucional do Ministério Público—negociação e mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas. *In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília, DF: CNMP, 2015. p. 89-140. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

ALMEIDA Gregório Assagra de; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. Mecanismos Autocompositivos no Sistema de Justiça. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília, DF: CNMP, 2015. p. 71-87. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual_mediacao_negociacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

ARAS, Vladimir. *Comentários ao Pacote Anticrime: a natureza jurídica do ANPP*. In: ARAS, Vladimir. *Blog do Vlad*. [S.l.] 18 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/18/comentarios-ao-pacote-52anticrime-6-a-natureza-juridica-do-anpp-e-a-recusa-a-suacelebracao/#:~:text=Diante%20disso%2C%20a%20Defensoria%20Publica,de%20recusa%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico>. Acesso em: 10 out. 2021.

ARAS, Vladimir. *Lei anticrime comentada*. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019.

BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. Estudo completo de não-persecução penal e o novo procedimento investigatório criminal (Parte I). *GEN Jurídico*, São Paulo, 12 set. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/09/12/estudo-completo-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-eo-novo-procedimento-investigatorio-criminal-parte-i/>. Acesso em: 1º dez. 2021.

BOLWERK, A. A.; LIRA, V. N. A. R. A implementação dos direitos humanos a partir do acesso ampliado à justiça: uma análise à luz dos métodos autocompositivos do Ministério Público. *Duc In Altum - Cadernos De Direito*, Recife, v. 13, n. 29, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22293/2179-507x.v13i29.1463>. Acesso em: 1 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941*. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 1 mar. 2022.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*: vol. I. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.

GOMES, Maria Tereza Uille. *Políticas Públicas e Ministério Público*. 2011. Tese. (Doutorado em Sociologia) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GORDILHO, H. S. Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais* [...] Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 9421-9437.

HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

MAYNARD, Douglas W. *Inside plea bargaining*. New Yourk: Plenum Press, 1984.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 210, p. 13-40, ago. 2012.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, p. 105-122, ago. 2014.

REICHELT, Luis Alberto. A tutela do consumidor e o direito fundamental à igualdade perante o ordenamento jurídico no novo código de processo civil na construção e na aplicação de um sistema de precedentes judiciais vinculantes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 107, p. 529-545, ago. 2016.

SAN TIAGO DANTAS, F. C. Igualdade perante a lei e due process of law. In: SAN TIAGO DANTAS, F. C. *Problemas de Direito Positivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23-44.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOBRANE, S. T. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

**DIREITOS HUMANOS CONTEMPORÂNEOS
E LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA:
(IN)CONVENCIONALIDADE, LIMITES DA LIMITAÇÃO,
PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS E OUTRAS REFLEXÕES
CONSTITUCIONAIS**

**CONTEMPORARY HUMAN RIGHTS AND LEGITIMATE
DEFENSE OF HONOR: UN)CONVENTIONALITY, LIMITS
OF LIMITATION, INTERPRETATIVE PRINCIPLES AND
OTHER CONSTITUTIONAL REFLECTIONS**

Joaquim Ribeiro de Souza Junior¹

Marco Túlio Rodrigues Lopes²

Resumo: O artigo lança holofotes explicativos acerca do que é conhecido como tese da legítima defesa da honra, perquirindo alguns pontos extraídos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 779, bem como costurando, ao fim, algumas intercorrências teóricas e práticas sobre a temática frente a feições contemporâneas dos direitos humanos. Norteada pelo método dedutivo – com procedimento monográfico, pesquisa qualitativa, objetivos explicativos e interpretação sistemática como ferramenta para contextualização adequada –, a investigação do objeto se dará pelo viés documental-bibliográfico em fontes como: artigos científicos, teses e dissertações, revistas/periódicos, doutrinas, jurisprudência e experiências em direito comparado. Enfrentam-se alguns questionamentos decorrentes da leitura contextualizada à luz das previsões legais correlatas à plenitude de defesa, em franca contraposição ao caráter absoluto (ou não) de direitos/garantias fundamentais e, igualmente, no exame dos princípios específicos de interpretação constitucional e teoria dos limites da limitação. Segue-se com o estudo da convencionalidade da tese da legítima defesa da honra construindo um diálogo com o princípio *pro homine* e o chamado efeito *cliquet* (vedação ao retrocesso). Defende-se não só a compatibilização

1 Mestrando em Direito pela PUCRS/UNDB. Pós-graduado em Direito Constitucional, em Processo Civil, em Processo Penal e em Direito Penal. Promotor de Justiça. E-mail: joaquimjunior33@gmail.com.

2 Mestrando em Direito pela PUCRS/UNDB. Pós-graduado em Ciências Criminais e Direito Tributário. Promotor de Justiça. E-mail: mtrlopes@gmail.com.

dos princípios da plenitude de defesa e soberania do júri, como a criação de um ambiente que possibilite a paulatina expurgação concreta da tese vergastada. Finaliza-se com a sugestão da necessária implementação de reformas na legislação ou mesmo na hermenêutica dos pontos alcançados.

Palavras-chave: legítima defesa da honra; direitos humanos contemporâneos; plenitude de defesa; limites da limitação; (in) convencionalidade; princípios de interpretação constitucional.

Abstract: This article casts explanatory spotlights on what is known as the thesis of the legitimate defense of honor, investigating some points extracted from the position of the Federal Supreme Court in ADPF 779, as well as sewing, in the end, some theoretical and practical interurrences on the subject in the face of contemporary aspects of human rights. Guided by the deductive method - with a monographic procedure, a qualitative research, explanatory objectives and a systematic interpretation as a tool for adequate contextualization -, the investigation of the object will be carried out by the documentary-bibliographic bias in sources such as: scientific articles, dissertations and theses, magazines/periodicals, doctrines, case law and experiences in comparative law. Some questions arise from the contextualized reading in the light of the legal provisions related to the fullness of defense, in clear opposition to the absolute (or not) nature of fundamental rights/guarantees and, equally, in the examination of the specific principles of constitutional interpretation and theory of limitation limits. It also includes the study of the thesis conventionality of the legitimate defense of honor, building a dialogue with the *pro homine* principle and the so-called *cliquet* effect (retrogression prohibition). It is defended not only the compatibility of the principles of the fullness of defense and sovereignty of the jury, but also the creation of an environment that allows the gradual concrete expurgation of the lashed thesis. It ends with the suggestion of the necessary implementation of reforms in legislation or even in the hermeneutics of the points reached.

Keywords: legitimate defense of honor; contemporary human rights; fullness of defense; limits of limitation; (un)conventionality; principles of constitutional interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Imagina-se que a expressão “legítima defesa da honra” seja, de algum modo, bem difundida na realidade da vida das pessoas, mesmo que apenas sob a perspectiva leiga, isto é: não estritamente jurídica. Aliás, dentre outros motivos, estão as próprias experiências cinematográficas que reiteradamente tentam inserir em seus roteiros casos decididos na ambiência do tribunal do júri, favorecendo que esses tipos de julgamentos acabem se popularizando e, identicamente, oportunizando que as principais ideias ali debatidas peguem reboque nessa difusão perante o imaginário popular.

No entremeio em ondas de idas e vindas, maior e menor grau, o debate envolto nessa questão acaba por protagonizar lugar de destaque em vários momentos históricos, principalmente quando algum caso alcança a tela midiática. Conquanto do ponto de vista conceitual e pragmático não se revele um instituto novo³, a questão ganha contornos especiais atualmente, na medida em que bate às portas do Supremo Tribunal Federal em pleno ano de 2021.

De logo, pertinente esclarecer que as linhas aqui escritas não se enveredam pelos caminhos da política, nem da história, muito menos por um campo essencialmente sociológico – embora reconheça-se, desde logo, que há intensa ligação do tema com questões envolvendo a construção da sociedade com base no patriarcado, machismo, etc. Realmente, fala-se em legítima defesa da honra porque, antes, existe uma nítida percepção que as sociedades foram construídas sob esses paradigmas que, malgrado abomináveis e ultrapassados, ainda hoje são totalmente presentes no país. Assim, o patriarcado, o machismo e, notadamente, a própria violência de gênero em face da mulher, são vistos aqui não como foco de estudo, mas como premissas

3 O tema pode ser visualizado desde as Ordenações Filipinas, ano de 1595, donde havia previsão do direito do homem matar a sua mulher quando flagrada em adultério. Ordenações Filipinas disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1188.htm>. Também em Shakespeare, 1603, mostra-se em Oteló homem que mata em razão de adultério por parte de sua esposa na seguinte passagem: “Dizei, se o quereis, que sou um assassino, mas por honra, porque fiz tudo pela honra e nada por ódio”. Decerto, aqui também a palavra honra traduz-se em “legítima defesa da honra” e é usada para significar “homem que não admite ser traído”. Aquele que mata e depois alega que o fez para salvaguardar a própria honra está querendo mostrar à sociedade que tinha ampla dominação e poderes sobre sua mulher; e que ela não poderia tê-lo humilhado ou desprezado. Os homicidas passionais não se cansam de invocar a honra, ainda hoje, perante os tribunais, na tentativa de ver perdoadas suas condutas. A literatura mundial está repleta de romances que relatam homicídios passionais. Tanto se escreveu sobre o tema, e de forma por vezes tão adocicada, que se criou uma aura de perdão em torno daquele que mata seu objeto de desejo. O homicídio passional adquiriu glamour, garantiu público em obras teatrais e cinema. Foi, reiteradamente, tolerado, ocasionando muitas absolvições até que a sociedade e as mulheres, mormente, por serem as vítimas favoritas dos tais “apaixonados”, insubordinaram-se contra a falta de punição e lograram demonstrar a inaceitabilidade da conduta violenta passional (ELUF, 2003).

fáticas existentes e com fulcro nas quais se avança para objeto principal a ser trabalhado: construir notas que demonstrem uma relação entre marcos teóricos do direito constitucional e de tratados internacionais os quais os Brasil seja, de algum modo, signatário, temperados ambos por inserções na legislação material e processual penal, todos se entrelaçando no entorno do tema exposto.

O artigo lança alguns holofotes explicativos acerca do que é conhecido como tese da legítima defesa da honra, abordando alguns pontos extraídos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 779, bem como costurar algumas intercorrências teóricas e práticas acerca da temática para além do que foi decidido no julgamento da cautelar em testilha. Norteadado pelo método dedutivo – com procedimento monográfico, pesquisa qualitativa, objetivos explicativos e interpretação sistemática como ferramenta para contextualização adequada –, a investigação do objeto se dará pelo viés documental-bibliográfico em fontes como: artigos científicos, teses e dissertações, revistas/periódicos, doutrinas, jurisprudência e experiências em direito comparado. Metodologicamente, destaque-se também o acesso a mídias, em especial vídeos em plataformas digitais, na formação das ideias debatidas.

Tem-se o escopo de erigir um referencial que alcance fundamentações para além do contido nos votos dos ministros na ADPF 779 até agora, citando algumas notas críticas acerca dos desafios da implementação prática na lide forense vista sob a ótica penal-constitucional e defendendo, a título de hipótese de arremate da pesquisa, não só a compatibilização/mitigação dos princípios da plenitude de defesa e soberania do júri como também a criação de um ambiente que possibilite a paulatina expurgação concreta da tese vergastada dos cenários nacionais onde comumente é consagrada.

A discussão assume latência contemporânea, dotando-se das adjetivações de relevância, atualidade e, mais que isso, necessidade.

Adiante se confirmará que os aportes do julgamento, até então na cognição cautelar, no Supremo Tribunal Federal nem de longe findou as discussões que permeiam a matéria. O grande realce é acentuado inclusive porque parece, enganosamente, que coloca uma aparente pá de cal na matéria, todavia, vê-se que, paralelamente, cria fecundo terreno poroso onde residem várias implicações (teórico-dogmáticas e práticas). Apenas à guisa de exemplo, cita-se já a euforia em torno do debate nas arenas daqueles que lidam direta ou indiretamente com o princípio constitucional da plenitude de defesa no tribunal do júri, havendo quem defenda que impedir a alegação da tese em liça é uma ofensa clara a tal postulado. Como esperado, existe quem raciocine de modo diametralmente oposto.

Os anseios da pesquisa a serem satisfeitos estão ligados a apresentar os percalços que estão nas entrelinhas da decisão do Supremo Tribunal Federal. Desta maneira, após a apresentação da matéria, pretende-se, além de chegar a uma contribui-

ção para calçar melhor a concretude de uma real defesa do princípio da dignidade humana e da isonomia entre homem e mulher na sociedade nesse cenário, levantar o assunto em discussão, ampliando os conhecimentos e debates sobre a importância e a viabilidade sobre essas esferas, tanto na comunidade acadêmica quanto fora dela.

Na primeira etapa do trabalho, sedimentam-se embasamentos elementares conceituais e históricos que permitam conhecer o assunto. Na sequência, esclarecem-se alguns aspectos decorrentes do entendimento sufragado na arguição constitucional acima aludida, em especial expor a profunda celeuma que repousa sobre o tema e o que restou decidido, por ora, pelo Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, avança-se no enfretamento de alguns questionamentos oriundos da leitura contextualizada à luz das previsões legais correlatas à plenitude de defesa e soberania dos veredictos em franca contraposição não só ao caráter absoluto (ou não) de direitos/garantias fundamentais, senão também traçando uma relação com os princípios de interpretação constitucional e teoria dos limites da limitação.

Segue-se, após, ao estudo da convencionalidade da tese da legítima defesa da honra – arguindo algumas experiências estrangeiras e atestando a (in)compatibilidade da tese com o conteúdo de normas internacionais às quais o Brasil se vinculou, assim como construindo um diálogo com o princípio *pro homine* e o efeito *cliquet*.

Ao fim, lançam-se algumas palavras críticas aviadas quanto à implementação e sugestões que permitam aquilatar as discussões e a viabilidade do posicionamento defendido.

2 ASPECTOS INICIAIS

Costuma-se fazer referência à legítima defesa da honra como sendo a tese utilizada para tentar justificar e, portanto, absolver alguém que tenha praticado um ilícito (a rigor, um ilícito penal) sob a justificativa de que a própria vítima deu causa à ação ao ferir gravemente a honra daquele primeiro. É dizer: a agressão seria justificável a partir do instante que a vítima feriu, antes, a honra do agressor, dando-lhe, por isso, o suposto direito de praticar o crime. São situações comumente motivadas por ciúmes ou por prática de traição/adulterio, via de regra praticados pela mulher.

Num raciocínio singelo é pensar na hipótese de um homem traído pela companheira (ou mesmo a pretexto de ciúmes) que se acha no direito de matá-la para salvaguardar sua honra (ou aquilo que ele imagina que o seja), desejando, em grande medida, elucidar que é superior e detentor poderes sobre a companheira, sendo intolerável qualquer humilhação, traição ou desprezo, etc.

É terreno comum, ao falar sobre tema, relembrar casos em que a tese foi usada e alcançou grande repercussão social. Os exemplos são inúmeros e ocupariam sem qualquer esforço dezenas de páginas de um trabalho. Eis alguns deles a título apenas ilustrativo.

O homicídio de Ângela Diniz, na década de 70, cometido por Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street), ocorrido no Rio de Janeiro (na Praia dos Ossos, em Cabo Frio), é sempre lembrado quando a pauta é a legítima defesa da honra. Nesse caso, julgamento que teve a defesa patrocinada pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Evandro Lins e Silva, além de ter sido suscitada a tese em questão, houve a alegação paralela que o réu teria “matado por amor”.⁴

Um pouco menos comentado, porém também digno de algum assédio midiático, o caso que ficou conhecido como o “crime da mansão da Pampulha”⁵ mostra outra situação onde a tese foi levantada.

Sustenta Maria (2003) que, durante muito tempo, o padrão em crimes dessa natureza era o da impunidade, sobretudo no início do século XIX. A prática era “fazer justiça com as próprias mãos” (“lavar a honra com sangue”) nos casos em que as mulheres, casadas ou não, ousassem ter mais de um homem ou cometessem adultério. A autora relata que, em 1873, na cidade de São Luís - MA, aconteceu um crime conhecido como o “crime da mala”, o primeiro desse tipo quanto à execução. Enciumado, o desembargador Pontes Visgueiro matou Maria da Conceição, uma adolescente de 15 anos, ao surpreendê-la com um homem em sua cama. Era público o comportamento devasso da jovem prostituta, conhecida por “Mariquinhas Devassa”. O bárbaro crime ganhou extraordinária notoriedade pelas circunstâncias hediondas, motivo pelo qual revoltou a opinião pública. Conta a mesma autora que:

O repúdio da sociedade se deu em virtude da crueldade da execução, cuja premeditação permitiu que fosse a vítima esquarterada e colocada numa caixa antecipadamente preparada para o ato. Era comum, na época, o criminoso passional ser visto com uma certa complacência. Entretanto, aquele não era apenas um “crime passional”, mas um crime passional com requintes de perversidade. E isso não era aceito, por chocar a sociedade. Por este motivo, até mesmo em virtude da condição social do criminoso, o fato ocupou relevante espaço na história da criminalidade do país. Não obstante o motivo do assassinato ter sido por ciúme, o crime, aos olhos

4 Para mais informações, ver o documentário Praia dos Ossos, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VOAws1a1FIA&list=PLD-9mG2PTpdBXeFga4AyHQOFKlaoAXIJM>.

5 Para mais informações, ver <https://www.youtube.com/watch?v=aHva8RUs4ks>.

da opinião pública, foge da seara “passional” – que, em tese, deveria merecer o perdão da mesma sociedade que costumava absolver – e passa à reprovação, merecendo, portanto, a condenação. Entende-se assim, que, se não houvesse a barbárie na execução do crime, inclusive com os premeditados detalhes, talvez a sociedade tivesse se pronunciado em favor do criminoso (MARIA, 2003).

Por essas dicções, nota-se que a própria sociedade, representada pelos jurados dela colhidos, responsáveis pelo veredicto final, acabava por legitimar essa razão do homem que praticava o comportamento⁶.

Aqui, dois pontos fulcrais. O primeiro consiste na identificação de que se trata de uma argumentação basicamente utilizada em crimes contra a vida (homicídio, em especial) ou contra a incolumidade física (lesão corporal, notadamente). O segundo – em razão do modo como as comunidades mundiais em sua maioria foram formadas, baseadas na dinastia de superioridade masculina, essencialmente patriarcais, marcadas pela predominância dos homens nas funções de poder e liderança em todos os contextos (familiar, trabalho, social, etc.) –, diz respeito ao fato de que, quase que de modo exclusivo, é uma proposição usada em favor de homens agressores em desfavor de mulheres agredidas, dificilmente o contrário. Logo, como se verá, tem-se a mais nítida corporificação da violência de gênero.

A ocorrência de violência de gênero, notadamente a expressiva quantidade de crimes nesse contexto, é evidenciada por diversas estatísticas⁷⁻⁸, inclusive citadas

-
- 6 Raízes desse raciocínio, a confirmar o que aqui se explica, podem ser vistas inclusive no conhecido *homicídio privilegiado*, que é uma causa de diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º, do Código Penal (vigente desde 1940 e com vários dispositivos que refletem ainda hoje o anacrônico e retrógrado pensamento da época), onde se vê possível alegar que o crime era justificável porque o agente estava dominado por violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima (injusta provocação essa que poderia ser considerada, por exemplo, o adultério da mulher). Embora o réu não fosse absolvido, beneficiava-se de uma generosa redução de pena.
- 7 Consoante dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), vinculada à Organização das Nações Unidas, 40% de todos os assassinatos de mulheres registrados no Caribe e na América Latina ocorrem no Brasil. Disponível em http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp?fbclid=IwAR29DPySrtbfqc9X_xpF4K%20piKJUQJ13o83pr5lGxMQUCPJ9XQhajEL9svQhttp://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp?fbclid=IwAR29DPySrtbfqc9X_xpF4K%20piKJUQJ13o83pr5lGxMQUCPJ9XQhajE-L9svQ. Acesso em 24/05/21. Dados citados na decisão da ADPF 799.
- 8 O Atlas da Violência 2020 (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA) indica o crescimento dos índices de feminicídio no Brasil entre 2008 e 2013. A taxa de homicídios na residência ficou constante entre 2008 e 2013, porém aumentou 8,3% entre 2013 e 2018,

na ADPF 779 e aqui reproduzidas, que corporificam essa realidade. Ainda hoje é possível verificar pessoas que, de modo retrógrado, pensam a mulher como pessoa inferior, suscetível de apropriação e mais sujeita à admissibilidade de violência⁹⁻¹⁰.

Com efeito, é uma alegação usada quase que exclusivamente em favor homem. Extrai-se disso que existiria uma superioridade da honra do homem em detrimento da vida ou incolumidade física da mulher, já que quase inexistente a possibilidade de a mulher utilizar-se da mesma motivação quando da prática de adultério por parte do seu companheiro. Assentada, então, que é uma tese de mão única, unidirecional.

A confirmar tais pensamentos, Núñez Cetina (2015) aponta a total preponderância de homicídios passionais com vítima mulher cometidos no México no período de 1929 a 1971. Segundo a pesquisa, obtempera-se que:

havendo estabilidade entre 2017 e 2018. Essas diferenças indicam a existência de dinâmicas diversas nos homicídios de mulheres nas residências em comparação com aqueles fora das residências. Ademais, considerando-se os homicídios ocorridos na residência como *proxy* de feminicídio, observa-se que 30,4% dos homicídios de mulheres ocorridos em 2018 no Brasil teriam sido feminicídios – crescimento de 6,6% em relação a 2017 –, indicando crescimento da participação da mortalidade na residência em relação ao total de mulheres vítimas de homicídio. Esse percentual é compatível com os resultados apresentados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em que a proporção de feminicídios em relação aos homicídios de mulheres registrados pelas polícias civis foi de 29,4%. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36488&Itemid=432. Acesso em: 24 maio 2021. Dados citados na decisão da ADPF 799.

- 9 O Mapa da Violência de 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil, já registrava que o Brasil detinha a 5ª maior taxa de feminicídios do mundo. Com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, mostrando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. Mas as taxas do Brasil são muito superiores às de vários países tidos como civilizados: 48 vezes mais homicídios femininos que o Reino Unido, 24 vezes mais homicídios femininos que Irlanda ou Dinamarca, 16 vezes mais homicídios femininos que Japão ou Escócia. Mapa disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021. Dados citados na decisão da ADPF 799.
- 10 Segundo o Estadão Dados, núcleo do jornal O Estado de São Paulo especializado em reportagens baseadas em estatísticas, no Estado de São Paulo, a cada 60 (sessenta) horas uma mulher é vítima de feminicídio, conforme boletins de ocorrência da Secretaria de Segurança Pública. No sentir do Ministério da Saúde, com base no cruzamento dos registros de óbitos com os atendimentos na rede pública de saúde entre 2011 e 2016, verificou que três em cada dez mulheres que morreram no Brasil por causas ligadas à violência haviam sido frequentemente agredidas. Disponível em: <https://saopaulo.estadao.com.br/noticias/geral,uma-mulher-vitima-defeminicidio-a-cada-60-horas-noestado-de-saopaulo,70002725469>. Acesso em: 24 fev. 2021. Dados citados na decisão da ADPF 799.

Uno de los primeros resultado es que el análisis del crimen pasional permite ubicar en un plano de relevancia las relaciones de género, el sistema moral y simbólico que vincula a hombres y mujeres en una escala de jerarquías y negociaciones que no siempre favorecieron a estas últimas. Entonces, lo que sobresale aquí, por una parte, es que el criminal pasional (varón) no es considerado como un sujeto peligroso y más bien se atenúa su sanción por la emoción violenta que le produce el saberse traicionado o por el derecho a defender su honor; y por otro, se acepta y protege legalmente la autoridad masculina que recurre incluso a la violencia extrema para controlar la sexualidad de las mujeres (NÚÑEZ CETINA, 2015)

Tal raciocínio aplica-se ao Brasil, no entender de Martina Lassalle (2019). Explica, aduzindo aos dados colhidos na pesquisa de Núñez Cetina (2015), que

Su investigación, centrada en la Ciudad de México para un periodo anterior, 1929-1971, analizó los argumentos de los jueces en las sentencias de los llamados “homicidios pasionales”. Entre estos casos, un 5% correspondía a homicidios cometidos por mujeres, y todos ellos fueron caratulados como homicidios agravados o como homicidios resultantes de una pelea, por lo cual fueron castigados con más de 10 años de prisión. En cambio, entre los homicidios cometidos por varones, un 60% fueron considerados homicidios para defender el honor, y entonces penados con entre 2 y 8 años de reclusión, un 30% homicidios en emoción violenta, y el resto fueron absueltos. En este sentido, puede verse que los hallazgos de Nuñez Cetina se encuentran en línea con los de los trabajos de Azaola correspondientes a la década del '90 (LASSALLE, 2019).

Desde a antiguidade, a sujeição da mulher em relação ao homem sempre foi uma constante. Essa superioridade irradiada fez nascer no homem a ideia de que a legitimidade desse tipo de violência era uma decorrência desse *status*. Noutro plano, na busca pela cessação dessa abjeta situação, não raras vezes, o comportamento feminino de resistência ou não aceitação resultava numa reação masculina violenta (MARIA, 2003).

Decerto, a luta feminina por igualdade é histórica e permanece até os dias atuais. Várias batalhas e movimentos foram construídos para tentar equilibrar a balança de direitos entre homens e mulheres. Mesmo na legislação, é fácil identificar

traços da visão do homem como o chefe de família, sempre dotado de alguma preponderância, percepção ultrapassada e negativa de hierarquia familiar que inferioriza a mulher.¹¹

Como percebe-se na petição inicial que inaugura a ADPF 779, ainda hoje encontram-se nos fólios jurídicos processos onde a tese é utilizada, não à toa o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal.

3 ADPF 779 E JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES BRASILEIRAS

A incoerência da admissibilidade da tese, onde se diria necessário certo esforço para entender o porquê de ainda ser utilizada nos dias atuais, é colocada por terra a partir do instante em que a matéria passou a ser adjudicada pelo Supremo Tribunal Federal – desnudando a existência de posicionamentos controversos dignos de serem unificados pela mais alta instância do judiciário pátrio. O tópico foi levado à corte por intermédio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: a ADPF 779.

A ADPF é, segundo Slaibi Filho (2008), um remédio jurídico processual cujo objeto é a garantia ou defesa de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal de 1988, competindo, funcionalmente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar tal arguição¹².

11 Tema sinteticamente pontuado por Carla Estela Rodrigues (2016), baseada na obra de Eronides Câmara de Araújo (*Homens traídos e práticas da masculinidade para suportar a dor*. Campina Grande: Appris Editora, 2016), onde são apontados diversos dispositivos legais de cunho machista, preconceituoso e anacrônico: “[...] Com isso, na tentativa de compreender o machismo expresso durante o processo de divórcio da escritora, o presente texto realizou uma análise de dispositivos civis e penais invocados no Código Civil de 1916 e no Código Penal de 1940, que tratam sobre a figura da mulher. Neste sentido, buscamos revelar que, no Brasil, os discursos jurídicos que atravessaram o século XX, influenciados por uma sociedade extremamente sexista, se desviaram da utilidade social do Direito para proteger a supremacia masculina [...]”. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/leis-civis-e-penais-machistas-do-seculo-xx-e-a-obra-homens-traidos>.

12 A respeito da natureza jurídica, Slaibi Filho (2008), mencionando o Informativo nº 253 STF, sobre o julgamento da medida cautelar na ADI 2231-DF, aviada pelo Conselho Federal da OAB em face do texto integral da Lei nº 9.882/99, aduziu que se constata, nas ideias do Ministro José Nery da Silveira, que a ADPF é instrumento de controle concentrado da constitucionalidade, exigindo que somente emenda constitucional pudesse criar a ADPF como forma de controle incidental, fundamento pelo qual entendeu incompatível com a Lei Maior a disposição do art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99. No contexto, nas palavras do mesmo autor, de bom alvitre destacar que a liminar em ADPF poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente de coisa julgada.

Para Sarlet (2020), erige-se como uma ação utilizada para o controle de constitucionalidade das leis, intensificando o poder de averiguação de compatibilidade do Supremo Tribunal Federal.

Expõe o artigo 1º da Lei 9.882/1999 que “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” Em complemento, o parágrafo único desse mesmo artigo 1º disciplina que:

Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Esta ação coloca-se ao lado das demais ações do controle concentrado, tendo o objetivo de suprir as necessidades de verificação em abstrato da constitucionalidade. Assim, por exemplo, possui relevante função diante do direito pré-constitucional e do direito municipal, uma vez que: a) no primeiro caso, a ação direta de inconstitucionalidade não é admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em vista da ideia de ser um contrassenso declarar inconstitucional norma que foi não recepcionada por incompatibilidade com o novo texto constitucional; b) no segundo, a constitucionalidade tem como parâmetro de controle apenas a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF/88). A arguição de descumprimento, tal como tratada pela Lei 9.882/1999, pode ser autônoma e incidental. No primeiro caso, a questão constitucional é direcionada ao Supremo Tribunal Federal independentemente de caso concreto em que tenha surgido questão constitucional relevante. O controle de constitucionalidade, assim, é feito mediante ação absolutamente autônoma (apartada de ação concreta), levada diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que, então, faz controle principal da constitucionalidade. Na segunda hipótese, a questão constitucional, para dar origem à arguição de descumprimento, tem não apenas de brotar em caso concreto em curso, como ainda ter fundamento relevante nos aspectos econômico, político, social ou jurídico (SARLET, 2020).

Proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), a ADPF 779 pugnou fosse dada interpretação conforme a Constituição aos artigos 23, inciso II, e 25, *caput* e

parágrafo único, do Código Penal (CP), e aos artigos 65 e 483, III, §2º, do Código de Processo Penal (CPP)¹³, impedindo a utilização da tese da legítima defesa da honra¹⁴.

Sustentou-se que havia “relevante controvérsia constitucional” a ser verificada, já que tribunais de justiça estaduais e veredictos do tribunal do júri oscilavam quanto a admissibilidade da tese, especialmente em feminicídios¹⁵. Nada obstante

13 Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). [...] II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779). Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779). Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADPF 779). Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) I – a materialidade do fato; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) II – a autoria ou participação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) III – se o acusado deve ser absolvido; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) O jurado absolve o acusado?

14 Em 01/03/21, o autor da ação requereu o aditamento à inicial (37), pleiteando: “[...] (i) a juntada das inclusas decisões anexas, ratificando a prova da controvérsia constitucional relevante que justifica o cabimento da presente ADPF (complemento ao doc. Eletrônico nº 21); (ii) o complemento da causa de pedir da petição inicial, com a explicação da jurisprudência pacífica desta Suprema Corte sobre o caráter relativo (e não absoluto) da previsão constitucional da ‘soberania dos veredictos’ do Tribunal do Júri, no sentido de que é compatível com a Constituição a possibilidade de apelação contra decisões de Júris que sejam manifestamente contrárias à prova dos autos e ao Direito em vigor, bem como dos demais fundamentos aqui apresentados; (iii) seja reconhecida conexão ou continência com o ARE nº 1.225.185/MG-RG, que visa discutir se é possível o júri absolver homicidas por ‘clemência’ e os limites de tal ‘clemência’, lembrando-se que a petição inicial defendeu que absolvições pelo quesito genérico em questão só são constitucionalmente admissíveis nas hipóteses de excludentes de ilicitude, a saber, legítima defesa (a genuína, não a ‘da honra’), estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e inexistência de conduta diversa em geral [...]”.

15 Feminicídio, grosso modo, é o homicídio de mulher por razões de gênero. O art. 121 do Código Penal aduz, no §2º-A, que considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

existir posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁶ repudiando a tese, deveras é possível colher que a matéria era objeto de alguma celeuma no campo pretoriano¹⁷.

Em 2020, consultando a expressão “legítima defesa da honra” nos tribunais estaduais brasileiros, demonstra-se a continuidade da alegação: no Supremo Tribunal Federal (STF) aparecem 8 acórdãos e 5 decisões monocráticas; no Superior Tribunal

16 STJ. Notícias. 12/11/2019. Decisão. Ministro repudia tese de legítima defesa da honra em caso de feminicídio. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-repudia-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-caso-de-feminicidio.aspx>.

17 Da petição inicial da ADPF 779 colhe-se, demonstrando, exemplificadamente, que realmente a tese já foi referendada pelo judiciário numa quantidade significativa de vezes. Veja-se: - TJ/AC, Apelação Criminal nº 0019060-06.2010.8.01.000, Acórdão nº 16.395, Câmara Criminal, Rel. Des. Francisco Djalma, DJe de 10.10.2014, onde, em plena segunda década do Século XXI..., se admitiu a horrenda e nefasta tese anacrônica da “legítima defesa da honra” (sic), sob fundamento de que “Se a decisão do Conselho de Sentença está respaldada por uma das vertentes da prova produzida nos autos, optando os jurados, por íntima convicção, pela tese defensiva, consistente na legítima defesa própria ou da honra, não há que se falar em contrariedade à prova dos autos” (grifos nossos); - TJ/RR, Apelação Criminal nº 0005993-27.2013.8.23.0010, Turma Criminal, Rel. Des. Leonardo Cupello, DJe de 14.03.2019, que relata outros precedentes de outros Tribunais no mesmo sentido, a saber: - TJ/SE, [não cita o número], Câmara Criminal, Rel. Des. Netônio Bezerra Machado, j. 28.06.2010, segundo o qual “APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - APELO MINISTERIAL - TESE DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - ABSOLVIÇÃO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO. A sistemática dos julgamentos pelo Júri é distinta da do Juiz singular. Este na formação da convicção condenatória obedece ao critério da certeza e fundamenta suas decisões e, na absolutória basta a insuficiência de provas para absolvição. Já os Jurados, sem fundamentar o veredicto decidem por íntima convicção e, basta parcela verossímil da tese escolhida pelos jurados para obstar a anulação da soberana decisão” (sic, grifos nossos). Como não citou o número do processo, entenda-se tal fundamentação como integrante unicamente do precedente do TJ/RR que o citou, mas obviamente serve de “testemunho” de jurisprudência do E. TJ/SE no mesmo sentido; - TJMG, APR nº 10003020064568002, 01ª Câmara Criminal, Rel. Des. Kárin Emmerich, DJe de 21.02.2014: “APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO PRATICADO SOB O DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO – RECURSO MINISTERIAL - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - SOBERANIA DO JÚRI POPULAR - SÚMULA CRIMINAL Nº 28, DO TJMG - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A soberania dos veredictos é constitucionalmente assegurada ao júri, razão pela qual somente nas hipóteses em que a tese acolhida pelo Conselho de Sentença não estiver lastreada em arcabouço probatório mínimo será possível proceder à anulação do julgamento, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal. Assim, se o Conselho de sentença opta por uma das versões apresentadas, com respaldo em prova produzida, há que se respeitar a decisão proferida, em observância ao princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, da CR/88). 2. ‘A cassação do veredito popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes’ (Súmula 28 TJMG)”. Embora essa tese abstrata esteja correta (sobre o caráter excepcional de anulação de júris por manifesta contrariedade à prova dos autos apenas quando a decisão não se basear em arcabouço probatório mínimo que torne a decisão defensável), o problema constitucional está na sua aplicação incorreta/inconstitucional à hipótese da anacrônica, nefasta e horrenda tese de lesa-humanidade de “legítima defesa da honra” (sic).

de Justiça (STJ) aparecem 10 acórdãos e 85 decisões monocráticas; no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) aparecem 73 acórdãos relacionados a homicídios (MACHADO, 2020).

O posicionamento crítico que, de antemão, aqui se estabelece, de logo, gize-se, é identificar que a questão da multiplicidade de posicionamentos jurisprudenciais anteriores diz mais respeito à ideia de admitir-se como intocável a decisão dos jurados que acatam a tese que, ao revés, propriamente posicionarem-se as cortes diretamente acerca da constitucionalidade da alegação. Somente recentemente é que houve a suscitação da constitucionalidade. Isto é, pelo que se nota, o debatido na maioria das ações cinge-se em saber se seria legítimo o judiciário reformar ou determinar novo julgamento a partir de uma decisão do tribunal popular que absolve um réu com base na tese aqui encetada. A despeito de ser um fator prévio importante, isso foi ruim, na medida em que se gastou tinta e tempo no debate se admissível ou não a interferência do judiciário, ficando o enfrentamento do mérito constitucional propriamente dito relegado a segundo plano.

De todo modo, pareceu bem confirmada a divergência da questão relevante¹⁸.

No mérito constitucional, arguiu-se na ADPF 779 violação ao artigo 1º, *caput* e inciso III, do artigo 3º, inciso IV, e do artigo 5º, *caput* e inciso LIV, da Constituição Federal (direitos à: dignidade da pessoa humana¹⁹, isonomia²⁰, vida²¹, além do devido processo legal²²). Consigne-se, outrossim, que a ADPF 779 sustentava que a soberania dos veredictos do tribunal do júri necessitaria compatibilizar-se com os direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana e à igualdade de gênero.

18 Desde há muito, Flávia Piovesan (2004) alertava para o fato de que alguns tribunais no Brasil, de algum modo, permitiam a tese da legítima defesa da honra. Segundo a autora, a cultura da desigualdade, apontada acima como um dos obstáculos de acesso da mulher à justiça, pode ser ilustrada por dispositivos legais, por interpretações jurisprudenciais concernentes à legítima defesa da honra e pela demora na prestação da justiça. Disponível em <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/23/mng/mng9.pdf>. Acessar para ver constatações e diversos julgados onde a questão é debatida nos tribunais brasileiros.

19 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) V - o pluralismo político.

20 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

21 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

22 Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Noutras palavras: a garantia constitucional de soberania dos veredictos e plenitude de defesa não poderiam ser usadas como subterfúgio para chancelar julgamentos dissonantes com os fatos e provas; e sob talante do devido processo legal, tais não se prestariam a chancelar também um verdadeiro ato discriminatório contra as mulheres vítimas de agressão e/ou feminicídio (BRASIL, 2021).

A medida cautelar pleiteada foi deferida, *ad referendum* do plenário, para:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência; (iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade (BRASIL, 2021).

Malgrado supor-se que a principal questão dessa ADPF, então, fosse discutir o conteúdo jurídico da legítima defesa, que seria causa excludente de ilicitude, de maneira a afastar de sua esfera a proteção à honra do acusado, após o deferimento em sede de medida liminar, foram vistas acentuadas e complexas decorrências do desenvolvimento do assunto, em especial a divergência acerca da possibilidade ou não de imiscuidade do Supremo Tribunal Federal no ponto: estimar-se se é possível a corte suprema determinar o que pode e o que não em júris envoltos nessa esfera; determinar o conteúdo do que pode e o que não pode ser argumentado; a Corte controlar o que se pode e o que não se pode falar.

De plano, é possível identificar o levante de várias opiniões contrárias ao que ficou assentado na cautelar acolhida, a maioria por entender que não seria legítima a intervenção proibitiva da Suprema Corte por ofensa à plenitude de defesa²³. Fala-se em cerceamento da plenitude de defesa, menciona-se restrição da soberania dos veredictos e até mesmo em limitação da liberdade de expressão na esfera judicial. Daí já se vê que a decisão na cautelar não colocou fim nas discussões, ao contrário, as acirrou

23 Paraverificar várias opiniões contrárias, vejam-se: <https://www.youtube.com/watch?v=xU3AV780BiI>, <https://www.youtube.com/watch?v=NidH913V>, https://www.youtube.com/watch?v=bRi9yxe_G8C4, <https://www.youtube.com/watch?v=bhbA2CnX-A8>.

sob certo prisma. Por corolário, pensa-se que tudo isso ainda moverá processos judiciais e, quiçá, voltará a permear a pauta do Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, por ocasião do referendo posterior pelo plenário, à unanimidade, chancelou-se com acréscimos a concessão parcial da medida cautelar para:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF);

ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator (BRASIL, 2021).

A ressalva do Ministro Gilmar Mendes foi acolhida pelo Relator: acresceu aquele primeiro que a vedação da utilização da tese deve estender-se a todos os atos da persecução penal, não se atrelando somente à defesa – o que, como dito, foi acatado pela maioria.

O Ministro Edson Fachin, ladeado pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, também acompanhou o afastamento da tese, porém todos estes adicionaram que eventual acórdão de Tribunal de Justiça anulatório da decisão de júri (que acolhesse a tese em determinada casuística) seria acertado e plenamente compatível com a garantia da soberania dos veredictos do tribunal do júri, pois esse último não poderia exercer poder ilimitado. Entretanto, essa ideia não foi acompanhada pela maioria.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, de acordo com (PINTO, 2021), demonstra um progresso do sistema de justiça e da sociedade quanto ao papel da mulher e o respeito sistêmico em todo o ordenamento jurídico acerca de seus direitos. Realmente, omitir-se diante da tese de legítima defesa da honra é uma forma de ratificar a continuidade de existência da ideia machista, patriarcal e retrógrada.

O julgamento alicerçou um direcionamento onde a mulher não é mais objetificada, onde uma possível honra de ninguém pode ser equiparada à própria vida de outrem.

Entretanto, como se verá, isso está longe de colocar um ponto final na questão.

4 TEORIA DOS LIMITES DA LIMITAÇÃO, PRINCÍPIOS E MÉTODOS ESPECÍFICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CONTRAPOSIÇÃO À PLENITUDE DE DEFESA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Doravante, ponto que se impõe é avaliar a discussão sob a ótica do postulado dos limites da limitação. Perquirir até onde a plenitude de defesa poderia ser mitigada pela vedação à menção direta ou indireta à tese vergastada.

Se é certa alguma convergência no sentido de concluir-se não existirem direitos ou garantias fundamentais absolutas, a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos também devem submeter-se ao mesmo raciocínio, isto é, podem de algum modo serem limitadas²⁴.

Na esteira de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2019), direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições também devem ser controladas. Cogita-se aqui dos chamados limites dos limites ou limites da limitação (no alemão *Schranken-Schranken*²⁵), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas²⁶.

24 Canotilho (2012) afirma que conflitos entre direitos fundamentais podem ocorrer: a) entre vários titulares de direitos fundamentais entre si; b) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da sociedade e/ou Estado.

25 Mendes e Branco (2019) sustentam que a expressão limites da limitação (em alemão *Schranken-Schranken*) foi trazida do direito alemão e utilizada pela primeira vez por K. H. Wernicke nos comentários ao art. 19 da Lei Fundamental alemã (*Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Anm. II 2 b).

26 À falta de um critério que também se mostre universal para responder quando uma limitação é legítima, recorre-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a ideia que flerta com a preservação de um núcleo essencial do direito. Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949, que estabelece que “em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência”. No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitaram-se indagações expressas em dois modelos básicos: 1) os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial

Defende-se que as mesmas ideias podem, *a fortiori*, ser utilizadas quando da avaliação de inconstitucionalidade que tenha por objetivo balizar uma interpretação conforme em que haja necessidade de mitigar um direito fundamental em detrimento de outro. Constrói-se a possibilidade do uso da teoria na sua acepção relativa (*relative theorie*).

Voltando ao contexto da discussão, parece razoável crer-se que, não sendo absolutas, a mitigação circunstancial da soberania dos verdecidos e da plenitude de defesa não faz com que percam seu núcleo essencial ao serem limitadas pela impossibilidade de sustentar-se uma determinada tese flagrantemente paradoxal com o espírito sistêmico do ordenamento.

A uma porque já existem atualmente outras limitações ao que pode ou não ser objeto de utilização na plenária do júri, todas elas em plena vigência e sem maiores dissonâncias doutrinárias e pretorianas, a teor do que se constata nos art. 478 e 479 do Código de Processo Penal²⁷.

A duas porque, pelo menos por ora, a decisão dos jurados continuará soberana, não sendo substituída fortuita e gratuitamente. Mesmo na hipótese de recurso e reforma da decisão popular, esta não será substituída pelo juiz togado (tribunal *ad quem*), senão realizado outro julgamento para que o júri possa exercer novamente

autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação; 2) os defensores da chamada teoria relativa (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório (MENDES; BRANCO, 2019).

27 Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008). Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

seu papel constitucional. Isto é, a análise de mérito ainda pertencerá a este último. A palavra final continuará nas mãos do júri.

A essa altura, indispensável os abalamentos realizados por Walfredo Cunha Campos (2015):

[...] nenhum órgão do Poder Judiciário pode passar incólume ao controle de suas decisões, quando teratológicas, inclusive o Júri. Como diz José Frederico Marques, o termo soberania não deve ter seu sentido buscado em esclarecimentos vagos de dicionários ou filosóficos de Direito Constitucional, mas sim na sua acepção técnico-processual, qual seja, da impossibilidade de um tribunal togado substituir ou alterar no mérito um veredicto popular. Afinal, não teria sentido algum cruzar os braços frente a uma condenação ou absolvição escandalosas, que representassem uma encarnação da imoralidade.

No ponto, observa-se, demais disso, a necessidade de observância ao duplo grau de jurisdição, princípio implícito na Constituição Federal de 1988, porém explícito no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos)²⁸.

A três porque plenitude de defesa não significa possibilidade infinita e incontrolável de utilização de qualquer via ou argumento defensivo.

Conforme assentado no julgamento, por ora, da ADPF 779, isso que se alcu-nhou de legítima defesa da honra, tecnicamente, nem mesmo pode ser considerada uma legítima defesa na forma preconizada pelo Código Penal, por total ausência dos requisitos impostos pelo art. 25 desse *códex* (em especial pela total imoderação, ou seja, pelo total agir com excesso, não havendo que se constatar em meio proporcional a repelir injusta agressão).

No entanto, além da falta de adequação legal, caberia principalmente nesse instante falar em invocação de alguns métodos/princípios específicos de interpretação constitucional para argumentar que a hermenêutica mais adequada para conciliar, de um lado, a impossibilidade de alegação da legítima defesa da honra e, de outro, a plenitude de defesa, é optar pela limitação/compatibilização desta última²⁹.

28 Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º: Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) Direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

29 Canotilho (2012) referencia que o choque de direitos pode exsurgir nas seguintes modalidades: a) cruzamento de direitos fundamentais, situação vista quando o mesmo comportamento de um

Antes de mais nada, impende citar o raciocínio do sistema apregoado por Alexy (2017), segundo o qual, quando em rota de colisão, os direitos (ou princípios, como no presente caso) fundamentais carecem ser ponderados – não de forma absoluta, mas sim num sistema aberto e flexível, sem regra previamente fixada e, em especial, sempre guardando relação com as vicissitudes no caso em concreto³⁰, acomodando ambos sem que um exclua totalmente o outro, embora se permita certa relativização/mitigação. Em outras palavras, é realizar o sopesamento entre os direitos ou princípios em colisão e definir, à luz do caso concreto, qual terá maior prevalência,

De acordo com Souza Neto e Sarmento (2014), o princípio da unidade da constituição deriva do elemento sistemático de interpretação constitucional, devendo ela ser interpretada não como conjunto assistemático de preceitos, mas como um todo integrado de normas que se completam e se limitam reciprocamente, inexistindo hierarquia formal entre as normas que compõem o texto constitucional originário.

Por seu turno, o método da tópica, na concepção de Mendes e Branco (2019), toma a constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que analisa. O foco, para o método, é o problema, servindo as normas constitucionais de catálogo de múltiplos e variados princípios, onde se busca argumento para o desate adequado de uma questão prática³¹.

Outro método pertinente é conhecido como científico-espiritual. Tem o seu ápice no jurista alemão Smend. Enxerga-se a constituição como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores subjacentes à Lei Maior³² (MENDES; BRANCO, 2019).

titular é compreendido na esfera de proteção de distintos direitos, liberdades e garantias; b) e acumulação de direitos, modalidade em que certo bem jurídico, leva à acumulação, em relação ao mesmo indivíduo, de múltiplos direitos fundamentais. A colisão aconteceria nas hipóteses em que o exercício de um direito fundamental agride outro bem jurídico igualmente tutelado pelo sistema jurídico.

30 Segundo Alexy (2017), os princípios podem ser considerados mandados de otimização, institutos que determinam a execução de uma situação jurídica na medida mais extensa possível, abrindo a possibilidade, logo, da implementação em diferentes graus de intensidade, de acordo com as vicissitudes fático-jurídicas a serem analisadas na situação em concreto.

31 É bem verdade que esse método supõe um consenso sobre o conteúdo da Constituição e sobre os valores que nela se inserem, o que dificulta a sua operacionalidade em sociedades distinguidas pela polarização ou pela multiplicidade de visões em torno de valores políticos e morais (MENDES; BRANCO, 2019).

32 Esses valores, contudo, estão sujeitos a flutuações, tornando a interpretação da constituição fundamentalmente elástica e flexível, submetendo a força de decisões fundamentais às vicissitudes da realidade cambiante (MENDES; BRANCO, 2019).

Obtempera-se, ainda, o princípio do efeito integrador, a estear a ideia de que o intérprete deverá, sempre que possível, buscar soluções que propiciem a integração social e a unidade política na aplicação da norma jurídica, com respeito ao pluralismo existente na sociedade. Nesse diapasão manifesta-se de forma lapidar a doutrina (MENDES; BRANCO, 2019):

Esse cânone interpretativo orienta o aplicador da Constituição no sentido de que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de criar uma certa ordem política, toda constituição necessita produzir e manter a coesão sociopolítica, enquanto pré-requisito ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico.

Noutra vertente, cabe argumentar o postulado da justeza ou da conformidade funcional: o mencionado princípio tem por escopo orientar o intérprete para que não chegue a uma exegese que deturpe o sistema organizatório-funcional estabelecido na constituição (CANOTILHO, 2002).

Por fim, talvez mais relevante, o princípio do cosmopolitismo, a fundamentar que existe um diálogo internacional na interpretação constitucional. Existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional, dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais migram. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014). Como se verá adiante, os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário contemplam diversas menções das quais se pode concluir ser a legítima defesa da honra inaplicável hodiernamente.

Todos esses princípios, isolada ou conjuntamente concatenados, levam a crer que o melhor entendimento é aquele que consagra a possibilidade de controle/limitação da soberania dos veredictos e da plenitude de defesa por outras normas constitucionais (de igual hierarquia formal, diga-se) que, materialmente, levam à concretização de uma melhor certificação do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (notadamente, combate à violência de gênero). Decerto, essa opção melhor se adequa à cidadania e dignidade da pessoa humana, fundamentos da República – bem como se alinha a uma maior perfectibilização dos objetivos fundamentais do Brasil em construir

uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional (leia-se aqui: desenvolvimento ético ou moral); erradicar marginalização (de direitos a que as mulheres são constantemente submetidas); reduzir as desigualdades sociais; e, mormente, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, por exemplo, a isonomia e a dignidade humana poderiam interacionar-se com a plenitude de defesa, conformando-a de modo a compatibilizá-la com os objetivos apresentados pelo constituinte. Não se trata de cerceamento de defesa ou saqueamento ao devido processo legal, mas de compatibilização de duas normas constitucionais³³.

Não há digladição aos limites da limitação, eis que o núcleo essencial da plenitude de defesa ainda resta intacto, podendo o réu valer-se dos mais variados argumentos de defesa, assim como, em eventual novo julgamento, o júri é quem decidirá o mérito.

A prevalência da tese combatida sob o manto da plenitude de defesa está na contramão do princípio da proporcionalidade e suas vertentes (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Como bem pontuado no voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADPF 779:

[...] a premissa da legítima defesa da honra corrobora com a naturalização do feminicídio e com a objetificação da mulher, como se fosse propriedade do homem, em flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana. Trata-se, segundo a parte autora, de uma inferiorização jurídica feminina que se apoia em justificativas hierárquico-patriarcais com óbvia origem histórica, sendo indispensável, nos dias atuais, afastar a utilização dessa tese. Em seguida, aduz a contrarie-

33 A mesma conclusão chegou Oliveira (2020) “[...] A ninguém é dado o direito de questionar a plenitude da defesa, pois ela constitui cláusula pétrea na Constituição de 1988. Sua importância no seio jurídico-penal é indiscutível e sua retirada do âmbito do Tribunal do Júri enfraqueceria não somente os institutos, mas – e principalmente – o Estado Democrático de Direito. O convite da discussão do tema não cuida da existência, mas sim da forma irrestrita como a defesa plena vem sendo tratada pela doutrina e tribunais. Os princípios, diversamente das regras, conseguem sobreviver entre si, ao invés de se eliminarem, quando contrapostos. Entretanto, para que continuem possuindo vigência, faz-se necessário que resguardem suas características mínimas, essenciais, nucleares, quando em confronto com outro princípio. O que tem ocorrido é que as interpretações simplesmente ignoram esse entendimento e tratam os princípios constitucionais como se regras fossem. Assim, ou é um ou outro e, desse modo, sempre resta a defesa plena em detrimento dos demais princípios constitucionais. Chegou o momento de destacar que os princípios constitucionais devem-se compatibilizar, ou seja, são aplicáveis, desde que não ofendam outros irmãos de categoria jurídica [...]”.

dade à *razoabilidade* e à *proporcionalidade* em admitir-se a invocação dessa justificativa de que a prática de homicídio configura meio legítimo para defender a honra maculada pelo adultério, considerada sua manifesta *desnecessidade*, por existência de meio objetivamente menos gravoso (divórcio ou separação), bem como sua evidente *desproporcionalidade em sentido estrito*, pela supremacia no caso concreto do direito fundamental à vida sobre o direito fundamental à honra. Suscita, também, a sua duvidosa *adequação*, uma vez que a honra invocada como bem jurídico a ser tutelado na espécie não se confunde com orgulho ferido de homem traído, sendo certo, ainda, que o adultério não coloca o marido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do Código (BRASIL, 2021).

Aceitar que plenitude de defesa obste a proibição da tese em testilha seria permitir claro ataque ao princípio da vedação de proteção deficiente (do alemão *untermassverbot*)³⁴. Seria o mesmo que dizer que, sob o manto da plenitude de defesa e soberania dos veredictos, pudesse o tribunal do júri editar decisões absolutamente incoerentes, infundadas, teratológicas, dotadas de direcionamento subjetivo em razão, por exemplo, do sexo, enfim, prolar decisões flagrantemente contrárias aos interesses da nação³⁵⁻³⁶. Ao assim agir, estaria a se legitimar um poder absoluto e ilimitado dos jurados, situação inconciliável com o Estado Democrático de Direito – que deve primar pelo combate a decisões que revelem irracionalidades, arbitrariedade, abusos, injustiças, preconceitos.

Nessa toada, o princípio da unidade, da concordância prática, da justeza, do efeito integrador, do cosmopolitismo, o método da tópica, científico espiritual,

34 Princípio bem lembrado pelo ministro Alexandre de Moraes em seu voto na ADPF 779, segundo o qual o Estado não pode permanecer omissivo perante a naturalização da violência contra a mulher, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente e do descumprimento ao compromisso adotado pelo Brasil de coibir a violência no âmbito das relações familiares (BRASIL, 2021).

35 Como bem argumentado na petição inicial da ADPF 799, não há que se considerar a cláusula constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri de forma absoluta, através da possibilidade de absolvição pelo quesito genérico com total arbitrariedade, constitui “*formalismo cego avalorativo*”, a permitir um poder fático que não encontra nenhum limite, em evidente contrariedade ao princípio da vedação do arbítrio, basilar do Estado de Direito. Urge uma interpretação sistêmica à cláusula soberania dos veredictos, em consonância com os demais princípios constitucionais, para dela afastar qualquer conclusão que permita a validade de julgamentos manifestamente contrários tanto à prova dos autos quanto ao Direito pátrio (BRASIL, 2021).

36 A esse respeito, “*A defesa no Tribunal do Júri - Quando a plenitude se torna abuso de direito*”, Daniel Bernoulli Lucena de Oliveira (2020).

o postulado dos limites da limitação e da vedação de proteção deficiente são marcos teóricos importantes na sedimentação dessas ideias.

Critica-se que o Supremo Tribunal Federal não tenha sequer mencionado princípios tão caros e relevantes como alicerçamento da decisão. O levantamento de questões sociais é importante, principalmente as estatísticas, todavia a fundamentação sob o prisma da dogmática constitucional é tão quanto.

Possivelmente por isso não se tenha avançado para permitir que o próprio Tribunal *ad quem* possa diretamente rever/anular o mérito da decisão, submetendo o réu um novo julgamento popular, mesmo nos casos de absolvição no quesito genérico. De mais a mais, para tanto, concorda-se que o melhor seria uma alteração legislativa no Código de Processo Penal, de modo a deixar clara tal inteligência. Todavia, a discussão, ainda que *obiter dictum*, quem sabe estimularia modificação no texto legal nessa direção.

Difícil imaginar que não exista certo consenso em torno da eficácia jurídica e do desejo nacional de densificação da força de postulados como da dignidade humana, vida e combate à violência de gênero³⁷. Até mesmo porque tal densificação não significa, por si só, enfraquecimento de garantias processuais.

Para serem peremptórios: os direitos humanos, enquanto um dos cernes principais do sistema, devem consubstanciar-se como limite ético inclusive na defesa dos acusados que se valem de absurdas tentativas de subverter a ordem social e jurídica.

37 Imagina-se que, em última análise, o que está em discussão é a adequada proteção do direito à vida (das mulheres), em compatibilidade com o princípio da vedação à proteção insuficiente (do alemão *untermassverbot*). Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por diversas vezes elencou como preponderante tal direito quando em contrariedade com outros. Exemplo: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. [...]. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL).

5 DAS QUESTÕES CONVENCIONAIS (NORMAS INTERNACIONAIS), PRINCÍPIO *PRO HOMINE* E *EFEITO CLIQUET*

As normas de direito brasileiro, para além de carecer serem ajustadas com a Constituição, necessitam também deter compatibilidade com os tratados internacionais os quais o Brasil seja signatário. Linhas gerais, a isso se dá o nome de controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade é bem explicado por Mazzuoli (2009):

É bem sabido que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quorum qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “status de norma

constitucional”, nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, §3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.

Trata-se de fazer a verificação da adequação entre o direito doméstico e, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica ou os demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados e também com a própria jurisprudência das Cortes Internacionais.

Indo ao ponto, percebe-se que há documentos internacionais que tornam a utilização da tese aqui trabalhada contrária às convenções internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir.

A arguição da legítima defesa da honra ofende, à guisa exemplificativa: a) o Decreto nº 4.377/2002 – promulga a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; b) Decreto nº 1.973/1996 – promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

A mera leitura dos textos dá conta de que o espírito normativo de proteção, isto é, a essência de tais tratados, rechaça por completo a mencionada sustentação.

Dos aspectos que permitam concluir isso, relativamente à Convenção da ONU, salienta-se:

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Artigo 2º

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher;

- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Artigo 3º

Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem (ONU, 1979).

Com muito mais destaque, também no âmbito ONU (por intermédio do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW/ONU³⁸), rememore-se que há posicionamento específico nessa ambiência. Na Recomendação nº 19 do Comitê CEDAW/ONU (violência contra as mulheres) constata-se que:

As medidas consideradas necessárias para superar a violência familiar devem incluir as seguintes: (i) Sanções penais onde

38 A título explicativo, esse Comitê exerce a supervisão do cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país signatário. O Brasil assume o compromisso de internalizar a normativa internacional de proteção dos direitos das mulheres. O Comitê da CEDAW acompanha o cumprimento dessas obrigações, produzindo relatórios e recomendações.

necessário e a remediação civil em caso de violência doméstica; (ii) Legislação para eliminar a “defesa da honra” no que respeita à violência ou morte de um familiar feminino; (iii) Serviços para assegurar a segurança das vítimas da violência familiar, incluindo “refúgios” seguros, o aconselhamento e programas de reabilitação; (iv) Programas de reabilitação para os agressores de violência doméstica; (v) Serviços de apoio para familiares onde tenha ocorrido um caso de incesto ou de abuso sexual (ONU, 1992).

Igualmente, traz-se à lume a Recomendação n° 35 do Comitê CEDAW/ONU, no sentido de que os Estados membros apliquem medidas legislativas para revogar todas as disposições legais, incluindo de direito consuetudinário, religioso e indígena, que discriminam as mulheres e assim consagrem, encorajem, facilitem, justifiquem ou tolerem qualquer forma de violência baseada no gênero, em particular, regras e procedimentos probatórios discriminatórios, incluindo procedimentos que permitam a privação de liberdade das mulheres para as proteger da violência, práticas centradas na “virgindade” e defesas legais ou fatores atenuantes baseados na cultura, religião ou privilégio masculino, como a denominada “defesa de honra”, desculpas tradicionais, perdão da família das vítimas/sobreviventes ou casamento posterior da vítima/sobrevivente de agressão sexual com o agressor, procedimentos que resultem em penas mais severas, incluindo lapidação, flagelação e morte, muitas vezes reservados às mulheres, bem como práticas judiciais que ignorem a história da violência com base no gênero em detrimento das mulheres³⁹ acusadas (ONU).

39 A Recomendação n° 35/2017 do Comitê CEDAW cita ainda que a violência com base no gênero afeta as mulheres ao longo do seu ciclo de vida e, portanto, as referências às mulheres neste documento incluem adolescentes. Tal violência assume múltiplas formas, incluindo atos ou omissões destinados ou suscetíveis de causar ou resultar em morte ou danos físicos, sexuais, psicológicos ou econômicos para as mulheres, ameaças de tais atos, assédio, coação e privação arbitrária de liberdade. A violência contra as mulheres com base no gênero é influenciada e muitas vezes exacerbada por fatores culturais, econômicos, ideológicos, tecnológicos, políticos, religiosos, sociais e ambientais, como evidenciado, nomeadamente, em contextos de deslocação de pessoas, migração, aumento da globalização das atividades econômicas, incluindo cadeias mundiais de distribuição, indústria extrativa e *offshoring*, militarização, ocupação estrangeira, conflito armado, extremismo violento e terrorismo. A violência contra as mulheres com base no gênero é também influenciada por crises políticas, econômicas e sociais, instabilidade civil, emergências humanitárias, desastres naturais e destruição ou degradação de recursos naturais. As práticas nocivas e os crimes contra as mulheres defensoras de direitos humanos, políticas, ativistas ou jornalistas são também formas de violência de gênero contra as mulheres influenciadas por fatores culturais, ideológicos e políticos. As mortes resultantes de violência baseada no gênero incluem homicídios, *mortes em nome da chamada “honra”* e suicídios forçados. Ver o relatório do inquérito relativo ao México; e o relatório do inquérito relativo ao Canadá (CEDAW/C/OP.8/CAN/1); bem como as observações finais do Comitê sobre os seguintes relatórios periódicos dos Estados Partes: Chile (CEDAW/C/CHL/CO/5-6 e Corr.1); Finlândia (CEDAW/C/FIN/CO/7); Guatemala (CEDAW/C/GUA/CO/7); Honduras

Na pesquisa não foi possível identificar se já houve julgamento por alguma corte de direitos humanos acerca especificamente do ponto debatido. Entretanto, importante salientar que, na esteira do que sustenta Machado (2020), curiosamente, a Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH) entende convencional a ausência de fundamentação explícita por parte dos jurados:

Se destaca, en particular, que en el referido caso la Corte señaló que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación ya que, en efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. La Corte consideró que lo que correspondía analizar era si el procedimiento penal en su conjunto ofrecía mecanismos de salvaguardia contra la arbitrariedad y que permitieran comprender las razones del veredicto – no acotado al acusado sino también a la víctima o a la parte acusadora (CIDH).

Isso deve ser objeto de reflexão, porquanto, como o voto é secreto, também por força constitucional no Brasil têm-se que redobrar as atenções para identificar se uma absolvição foi baseada, ainda que indireta ou ocultamente, em algum resquício da tese em liça. Por certo, é difícil entrar no íntimo secreto mental do jurado para acessar a motivação da absolvição quando sediada na resposta ao quesito genérico.

O mesmo autor aponta que a própria Corte Interamericana já se posicionou que o poder judiciário deve realizar controle de convencionalidade de suas normas internas: “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Caso Almonacid Arellano vs. Chile). De tal modo que, mais uma vez, o conteúdo dos dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal pátrios devem ser combativos, à permissividade do uso da tese, devendo ser, portanto, amoldados, principalmente na via da exegese, como fez o Supremo Tribunal Federal na ADPF 779, ao conteúdo protetivo feminino da lei fundamental e dos tratados/recomendações acima elencados.

Diga-se que, a despeito do descumprimento especificamente da Convenção de Belém do Pará, é possível inclusive gerar sanções para o Brasil na órbita internacional, até mesmo pelo constrangimento ao Estado violador perante seus pares, exercendo sobre ele pressão político-econômica, a fim de que cumpra integralmente a sentença. Nesse contexto, a Assembleia pode emitir resolução (não vinculante) re-

(CEDAW/C/HND/CO/7-8); Iraque (CEDAW/C/IRQ/CO/4-6); México (CEDAW/C/MEX/CO/7-8); Namíbia (CEDAW/C/NAM/CO/4-5); Paquistão (CEDAW/C/PAK/CO/4); África do Sul (CEDAW/CEDAW/C/ZAF/CO/4); Turquia (CEDAW/C/TUR/CO/7); e República Unida da Tanzânia (CEDAW/C/TZA/CO/7-8), entre outros (ONU).

comendando aos demais Estados-Partes da Organização do Estados Americanos que imponham sanções econômicas ao Estado violador até que haja o cumprimento da sentença (CEIA, 2012). Logo, para evitar tais condenações, faz-se necessário que se inicie o manejo desse tipo de argumentação, mormente no júri.

Em recente julgamento, sugere Machado (2020), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (caso Roche Azaña Y Otros vs. Nicaragua) enfrentou julgamento sobre a possibilidade de recurso pela acusação e pela vítima, quando diante de uma situação que violava direitos humanos, tendo afirmado que:

Ausencia de recurso contra el veredicto absolutorio 81. La Comisión sostuvo que la legislación nicaragüense establecía la imposibilidad de apelar el veredicto del Tribunal de Jurados, por lo que el procedimiento no ofreció las garantías suficientes para escrutar tal decisión y asegurar que la misma no fuera arbitraria ni violatoria de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (CIDH).

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma Machado (2020), não chegou a se debruçar sobre a temática da ausência de recurso, pois entendeu que a não participação da vítima no processo, por si só, já caracterizaria violação à Convenção (tese que antecedia a do recurso), condenando a Nicarágua pela violação dos artigos 4.1, 5.1, 8.1 e 25, todos da Convenção. Nada obstante a ausência de manifestação da Corte, Eugenio Raúl Zaffaroni proferiu importante voto conjunto. De tal voto resta nítido que o Estado tem o dever de perseguir violações a direitos humanos, sejam ou não praticadas por agentes do Estado:

La responsabilidad internacional del Estado no surge de la mera producción de resultados, por graves que fuesen, y tampoco necesariamente de la comisión de los delitos, sino de la impunidad de éstos, cuando es arbitrariamente selectiva y afectan bienes jurídicos internos pero que también son Derechos Humanos que el Estado está obligado internacionalmente a garantizar. Los delitos bien pueden haber sido cometidos por personas no vinculadas al Estado, pero la lesión al derecho humano a la vida, desde la perspectiva internacional, consiste precisamente en la impunidad de estos delitos cuando el Estado haya tenido la posibilidad material de investigarlos y penarlos (CIDH).

Zaffaroni citou a grave violação aos direitos das mulheres julgados pela Corte no caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, concluindo que:

A mi juicio esta es la impunidad que se señala en esta misma sentencia como violatoria del Derecho Humano a la vida y a la integridad física, que representa al mismo tiempo el incumplimiento estatal de la obligación impuesta por el derecho internacional de garantizar la vida de toda persona, al que se vincula el Estado en función de su condición de parte de la CADH CIDH).

Confirma-se que, ladeado com pensamento de Machado (2020), obstar o recurso da acusação, ainda que a decisão dos jurados seja a absolutória no quesito genérico fere, de fato, direitos humanos, não podendo ser convalidada pela jurisprudência, sob pena de ensejar “un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada” (CIDH, 2020).

Isso mostra que, embora exista formalmente o sigilo das votações, por todo o exposto até aqui, é necessária a criação de mecanismos para minimamente auditar e impedir que jurados extrapolem na construção de veredictos absolutamente irracionais e teratológicos. No ponto, *de le ferenda*, a interessante seria a maximização de estruturas de controle para barrar sustentações que privilegiem indiretamente a tese ou mesmo a veicule de modo subconsciente, nas entrelinhas.

Valioso trazer à baila os escólios do conteúdo jurídico do princípio *pro homine* ou *pro persona* (que se encontra inscrito em diversos diplomas internacionais, notadamente no art. 29b da Convenção Americana de Direitos Humanos [CADH], no art. 4º do Protocolo de San Salvador), a determinar que, entre outras acepções, sempre que houver conflito⁴⁰ entre normas internacionais e normas de direito interno envolvendo demandas de direitos humanos, deve prevalecer a norma mais benéfica e protetiva à vítima ou a mais favorável à dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2019).

Disso extrai-se que: i) não se pode impedir o recurso do veredicto absolutório (ainda que resultante de absolvição baseada no quesito genérico), diante de provas contundentes de materialidade e autoria de violação do direito à vida; ii) a plenitude de defesa deve ser circunstancialmente mitigada e compatibilizada para possibilitar o total rechaço de sustentações que veiculem o odiável argumento de defesa da honra como aqui estudado; iii) comportamento diverso corresponde a proteção deficiente do bem jurídico tutelado, além de grave violação à ordem jurídica brasileira que ratificou a CADH (PIOVESAN, 2019).

A essa mesma conclusão chegaram Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Caio Márcio Loureiro, César Danilo Ribeiro de Novais e Marcelle Rodrigues da Costa e

40 A respeito dessa colisão entre normas na perspectiva do princípio do *pro homine* ou *pro persona*, ver, STF HC 88.420.

Faria (2020), bem como Enzo Pravatta Bassetti (2021); em igual sentido, Douglas Fischer:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como reconhecido pela reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, traz obrigações processuais penais positivas dos Estados, para garantia de efeito útil aos direitos assegurados nas convenções internacionais, informando a interpretação do texto constitucional, diante do constitucionalismo de co-opeação e da internacionalização do Direito Constitucional (cf. CRFB, art. 4º, II, e ADCT, art. 7º). [...]

Os artigos 1.1, 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e a reiterada jurisprudência da Corte Interamericana impõem obrigações processuais penais positivas, ou mandados implícitos de criminalização decorrentes do direito internacional, determinando a adequação das atividades de persecução e processamento penal a padrões mínimos que garantam às vítimas e a seus familiares o acerto dos fatos, o julgamento em tempo adequado e o sancionamento minimamente proporcional de responsáveis por violações de direitos humanos, sejam elas praticadas por agentes públicos, sejam por particulares, vedando a concessão de graça, indulto ou anistia. [...]

A vedação de recurso de mérito (art. 593, III, d, do CPP) contra veredicto absolutório fundado no art. 483, III, do CPP importa em violação a mandados implícitos de criminalização e obrigações processuais penais positivas dos direitos humanos, ao outorgar aos jurados direito potestativo irrecorrível para conceder, arbitrariamente, impunidade a violações dolosas do direito à vida por razões metajurídicas (como empatia pelo homicida ou aversão às suas vítimas e preconceitos, conscientes ou não, de classe, raça, gênero, orientação sexual, podendo se prestar até a legitimar motivações eugênicas e crimes de ódio contra vítimas vulneráveis), não sendo compatível com o Estado Democrático de Direito. [...] Em rigor, deve ser excluída do âmbito normativo do inciso III e do § 2º do art. 483 do CPP, mediante interpretação conforme sem redução de texto, qualquer possibilidade de que a absolvição seja fundada em mera clemência por

parte do corpo de jurados, por violação ao devido processo legal, à separação de poderes, ao princípio da isonomia e, com relação a crimes hediondos e equiparados, ao mandado expresso de criminalização do art. 5º, XLIII, da CRFB, sendo dispensada a formulação do terceiro quesito quando a tese de defesa fundar-se exclusivamente na negativa de autoria e o júri houver reconhecido a materialidade e a autoria nos dois primeiros quesitos (FISCHER, 2021).

Resta evidente que pensar de modo contrário é ir na contramão do efeito *cliquet*⁴¹ em matéria de direitos humanos, já que se padeceria de inegável retrocesso não só do reconhecimento como, especialmente, na proteção eficaz e concreta dos direitos humanos das mulheres. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de *effet cliquet*) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (LEITE, 2009).

Na perspectiva de combate à violência de gênero, o efeito *cliquet* se perfectibiliza a impor que os direitos humanos não podem retroagir, apenas avançar nas proteções dos indivíduos em todas as nações. Na doutrina brasileira, esse efeito é mais referenciado como princípio da vedação do retrocesso: os direitos humanos só podem alavancar-se e desenvolver-se cada vez mais.

Na intelecção de José Joaquim Gomes Canotilho, significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos já regulamentados sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios (CANOTILHO, 2002).

Nesse patamar, permitir que mulheres sejam mortas sob a justificativa de salvar qualquer honra masculina consubstancia uma clara ofensa a essa vedação de retrocesso. Legítima defesa da honra é uma licença para matar mulheres (BIANCHINI, 2018).

41 A expressão *cliquet* é utilizada pelos profissionais alpinistas fazendo referência a um movimento que apenas se permite subir rumo ao cume, não havendo possibilidade de retroceder na sua caminhada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito isso, e tendo sido demonstrado que parcela da comunidade jurídica se manifestou contrariamente à intervenção do Supremo Tribunal Federal na ADPF 779, evidencia-se que problemáticas jurídicas ainda persistem, até mesmo pelas suscitações práticas decorrentes do novo modelo a ser implementado pela decisão em liça.

Na prática, não ficou estabelecido como deverá o magistrado fazer se, por exemplo, o advogado sustentar a tese de forma indireta, subliminar. Entres as opções estariam: i) apenas lançar na ata, deixando para que as partes aleguem a nulidade em tempo oportuno, se desejarem ou se houver prejuízo concreto (até mesmo em respeito aos postulados do princípio acusatório, que indicam a clara divisão das funções de julgar, acusar e defender e, principalmente, ao magistrado manter-se numa posição equidistante e não substitutiva da atividade das partes, acautelando sua imparcialidade); ii) advertir o causídico e deixar o julgamento seguir, sob a condição de não reiteração; iii) de imediato dissolver o conselho de sentença por receio que os jurados já estariam, a essa altura, influenciados pela exposição; iv) explicar aos jurados para que eles decidam acerca do ponto. Fica a dúvida também de qual comportamento executar se ficar constatado que a alegação foi maliciosa e proposital, apenas com o condão de gerar intencionalmente a nulidade do feito.

Por óbvio que a sociedade, que outrora era muito mais complacente com o machismo, atualmente já repudia diversos comportamentos da cultura patriarcal. Quer-se confiar que advogados e defensores em geral têm plena consciência que o uso da tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio é contraproducente.

De todo modo, imagina-se que seria legítimo permitir ao Ministério Público recorrer, ainda que nas situações de absolvição por quesito genérico, sempre que restar evidenciada a ardil alegação. No quadrante, imprescindível ao órgão ministerial empreender o máximo de diligência processual com o escopo de amealhar cabedal probatório que sustente o manejo recursal, velando para que se expurguem pensamentos permissivos no sentido de que o homem pode ceifar a vida da mulher, pois inaceitável e deve ser impetuosamente combatido.

Acredita-se que ainda haverá quem sustente essa argumentação na plenária do júri, notadamente de forma indireta/subliminar.

O posicionamento adotado, por ora, pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 779 não assegura, reconheça-se, efeitos práticos certos e perfeitos, até porque ele ainda consequencia alguns problemas na sua implementação. Isso sem falar no problema do controle da íntima convicção dos jurados, que poderão em seu voto secreto dar provimento à sustentação da defesa no exercício da sua soberania dos veredictos.

Após as exposições e análise das realidades práticas, que por vezes noticiam decisões contraditórias em júri, posiciona-se no sentido de que são necessários, por vias legislativas ou interpretativas (interpretação conforme à constituição), institutos que permitam certo controle de racionalidade das decisões oriunda desse tribunal popular. Isso implica também revisar não só a possibilidade de limitar argumentos usados na plenária, como tornar admissível que acórdão de Tribunal de Justiça possa anular a sentença baseada na tese debatida, eis que plenamente incompatível com preceitos constitucionais, embora advinda da garantia da soberania dos veredictos e plenitude de defesa, pois essas últimas não podem sagrar-se ilimitadas.

Urge avançar, igualmente, para, diante da dubiedade do Código de Processo Penal, tornar cabível recurso da acusação mesmo em absolvição baseada em quesito genérico, sempre que se verificar ofensa a direitos fundamentais e construção de decisões teratológicas ou inegavelmente contrárias à prova dos autos, em consonância com os ditames do que se alçou de processo penal constitucional – isso porque a Constituição Federal deve, afora outras importantes missões, permear-se de uma profícua função de horizonte, apontando os rumos para os quais, ainda que talvez distantes, determinada sociedade deve seguir. O ideal seria, diga-se de passagem, a alteração literal da própria Constituição nesse tocante (diminuindo a necessidade de mecanismos como, por exemplo, a interpretação conforme – que quase sempre flutua na subjetividade dos juízes que ocasionalmente integram a Corte), ainda que isso representasse um caminho mais árduo, pois espancaria qualquer imprecisão a respeito, criando detalhamento específico e tornando peremptória a opção do país.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BASSETTI, Enzo Pravatta. Da (im)possibilidade de recurso do Ministério Público contra a decisão do jurado que absolveu o réu no quesito genérico. *Jusbrasil*. 2021. Disponível em: <https://enzobassetti.jusbrasil.com.br/artigos/1150979846/da-im-possibilidade-de-recurso-do-ministerio-publico-contra-a-decisao-do-jurado-que-absolveu-o-reu-no-quesito-generico>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BIANCHINI, Alice. Violência de gênero constitui uma forma de violação dos Direitos Humanos. *Unisul*, 2018. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/6736/3971. Acesso em: 14 mar. 2021.

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

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 779*. Processo eletrônico público número único: 0112261-18.2020.1.00.0000. Arguição de descumprimento de preceito fundamental Nº 779/2020. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>. Acesso em: 20 maio 2021.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. 2380 p.

CEIA, Eleonora Mesquita. *A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013. Trabalho apresentado no 2º Congresso da Sociedade Latino-americana de Direito Internacional, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. Acesso em: 2 mar. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso González et al. “Campo Algodonero” v. México*, 2009. Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso V.R.P., V.P.C.* Y otros VS. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Costa Rica, 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Comissão Interamericana de Direitos Humanos: caso 12.722, Pedro Bacilio Roche Azaña e outro, relativo a Nicarágua*. San José, Costa Rica, 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/109.asp>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: derechos humanos y mujeres*, San José, Costa Rica, n. 4, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf?fbclid=IwAR2HYPKRUcCXGiGrRHLc49Kn9GkpdW3_da0j_B10IY-biNGAq_miATVLFUtwg. Acesso em: 5 maio 2021.

CORREIA, Ana Luiza de Moraes Gonçalves; KOWARSKI, Clarissa Brandão de Carvalho. O estado brasileiro perante as sentenças da corte Interamericana de direitos humanos: o caso vladimir Herzog. *Revista Juris Uni Toledo*, Araçatuba, SP, v. 4, n. 1, p. 67-81, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITO-LEDO_v.4_n.1.05.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

COSTA, Renata Tavares da. *Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri*. Texto apresentado no concurso de teses do XII Congresso Nacional de Defensores Públicos. Disponível em <https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/4/2016/03/OS-DIREITOS-HUMANOS-COMO-LIMITE-%C3%89TICO-NA-DEFESA-DOS-ACUSADOS.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Lindemberg Alves*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FISHER, Douglas; COELHO, Carlos Gustavo. Júri e absolvição contra a prova dos autos: clemência absoluta ou arbítrio? *Gen Jurídico*, 9 fev. 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/02/09/juri-absolvicao-prova-dos-autos/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

LASSALLE, Martina. *Administración de justicia y castigo de mujeres. El caso del delito de homicidio*. Trabalho apresentado na 13ª Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2019, Buenos Aires.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do Efeito Cliquet ou Princípio da Vedação de Retrocesso. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, 24 maio 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/113-direito-constitucional/3583-do-efeito-cliquet-ou-principio-da-vedacao-de-retrocesso. Acesso em: 30 jun. 2021.

MACHADO, Iure. Legítima defesa da honra, decisão manifestamente contrária à prova dos autos e a corte interamericana de direitos humanos. *Sala de Aula Criminal*, 10 jul. 2020. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/legitima-defesa-da-honra-decisao-manifestamente-contraria-a-prova-dos-autos-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em: 23 jan. 2021.

MARIA, Sônia de Medeiros Santos de Assis; OLIVEIRA, Luciano. *Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais: da ascensão ao desprestígio*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NÚÑEZ CETINA, Saydi. Entre la emoción y el honor: Crimen pasional, género y justicia en la ciudad de México, 1929-1971. *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*. Disponível em: <https://moderna.historicas.unam.mx/index.php/ehm/article/view/65699/57682>. Acesso em: 2 mar. 2021.

OAB. Conselho Federal. Comissão Nacional da Mulher Advogada – CNMA; ABMCJ - Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas. *Manifestação Pública acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 29 de setembro de 2020, no HC/178.777*. Brasília, DF, 10 fev. 2021. Disponível em <https://abmcj.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Manifesto.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*, “Convenção de Belém do Pará”. Belém: CIDH, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

OLIVEIRA, Daniel Bernoulli Lucena de. A defesa no tribunal do júri - quando a plenitude se torna abuso de direito. Brasília, DF: MPDFT, 2020. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/artigos-menu/1635-a-defesa-no-tribunal-do-juri-quando-a-plenitude-se-torna-abuso-de-direito#:~:text=A%20defesa%20constitui%20um%20dos,em%20um%20Estado%20de%20direit>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ONU. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher - CEDAW 1979*. [S.l.: s.n], 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

ONU. *Recomendação Geral n. 35 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ONU. *Recomendação Geral n. 19 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)*. [S.l.: s.n], 1992. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomendac%CC%A7a%CC%83o-19-CEDAW-1.2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomendac%CC%A7a%CC%83o-19-CEDAW-1.2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; LOUREIRO Caio Márcio; NOVAIS, César Danilo Ribeiro de; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e. Recurso contra veredicto injusto do tribunal do júri. *Consultor Jurídico*, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/opiniao-recurso-veredicto-injusto-tribunal-juri>. Acesso em: 19 maio 2021.

PINTO, Ana Carolina Martins Monteiro. Decisão do STF sobre legítima defesa da honra mostra evolução do Judiciário. *Consultor Jurídico*, 31 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opiniao-decisao-stf-legitima-defesa-honra>. Acesso em: 19 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Mulher e Justiça: violência doméstica. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 23, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/23/mng/mng9.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

RODRIGUES, Carla Estela dos Santos; ARAÚJO, Eronides Câmara de. Leis civis e penais machistas do século XX e a obra homens traídos. *Empório do Direito*, 22 jun. 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/leis-civis-e-penais-machistas-do-seculo-xx-e-a-obra-homens-traidos>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SLAIBI FILHO, Nagib. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Banco do Conhecimento*, 16 jul. 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=73e9c2c2-4015-4f4c-93df-0708eb6bde27&groupId=10136. Acesso em: 18 jun. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VÍTIMAS (IM)PROVÁVEIS: VIVÊNCIAS DAS MULHERES USUÁRIAS DE *CRACK* EM DIÁLOGO COM A VITIMOLOGIA E A CRIMINOLOGIA FEMINISTA

IM)PROBABLE VICTIMS: EXPERIENCES OF FEMALE CRACK USERS IN DIALOGUE WITH VITIMOLOGY AND FEMINIST CRIMINOLOGY

Ana Luísa Rocha Martins Naslauský¹

Resumo: Pesquisas sobre usuários de *crack* apontam para uma distinção de gênero quanto às estratégias de financiamento do uso intenso de drogas ilícitas, especialmente o crack: enquanto os homens (geralmente) se envolvem na criminalidade, as mulheres se prostituem. Tal formulação permite a percepção de que a experiência masculina seja mais violenta. Todavia, a prostituição por drogas (distinta da prostituição como profissão) e o contexto de clandestinidade no consumo expõe as mulheres usuárias problemáticas de *crack* a riscos de violências sexual, física e psicológica que não chegam às instâncias formais de controle. A partir de então, busca-se um diálogo com a vitimologia, acerca das classificações de vítimas, dos processos de vitimização e da teoria do aprendizado; e com a criminologia feminista, sobre a proteção que o sistema de justiça penal oferece às mulheres que não atendem às expectativas de gênero, como o caso das usuárias de *crack*.

Palavras-chave: mulheres usuárias de *crack*; vitimologia; criminologia feminista.

1 Servidora do Ministério Público do Maranhão. Bacharel em Direito (UFMA). Mestre em Sociologia (UFMA). Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. E-mail: anamartins@mpma.mp.br.

Abstract: Research on crack users point to a gender distinction in terms of financing strategies for the intense use of illicit drugs, especially crack: while men (generally) are involved in crime, women are prostitutes. Such a formulation allows the perception that the male experience is more violent. However, drug prostitution (distinct from prostitution as a profession) and the context of clandestine consumption expose problematic female crack users to risks of sexual, physical and psychological violence that do not reach the formal levels of control. From then onwards, a dialogue with victimology is sought, regarding victim classifications, victimization processes and learning theory; and with feminist criminology, about the protection that the criminal justice system offers to women who do not meet gender expectations, such as crack users.

Keywords: female crack users; victimology; feminist criminology.

1 INTRODUÇÃO

As questões suscitadas pelas sociedades pós-modernas ou pós-industriais, precisamente a partir da segunda metade do século XX, culminaram em posições críticas ao estruturalismo científico, às grandes narrativas e à tradição positivista em teoria social, de modo a contemplar os temas da igualdade, diversidade e democracia (FARGANIS, 2016).

No mesmo período surgiram as vertentes da vitimologia e das criminologias crítica e feminista. Tais abordagens exploram as insuficiências da criminologia clássica, mediante o discurso de que seu objeto se encerra em uma figura muito específica de criminoso que não dá conta das complexidades do mundo pós-moderno. Assim, enquanto a criminologia crítica expande o debate criminológico para os grupos marginalizantes, a vitimologia e a criminologia feminista o fazem em relação aos grupos marginalizados.

Paralelamente, a segunda metade do século XX consolidou espaços urbanos, evidenciando a difusão das tecnologias de produção, transporte e comunicação. Além disso, o prestígio político-econômico estadunidense contribuiu, dentre uma infinidade de fatores, para a aderência global da pauta proibicionista, conformando o consumo de certos psicoativos como uma problemática social.

O *crack* emerge nesse contexto como subproduto da cocaína destinado a “subusuários” dos subúrbios de grandes cidades. A complexidade científica do tema

não comporta o presente trabalho, mas é facilmente percebida no dia a dia das cidades, pela mídia e na rotina do sistema judiciário. Os usuários problemáticos da referida droga ilícita constituem um grupo social no qual se inserem diferentes perfis, incluindo o das mulheres.

As mulheres usuárias de drogas ilícitas foram objeto de pesquisa da autora deste artigo durante o mestrado, especialmente daquelas que buscavam interromper o uso intenso, mediante o acolhimento voluntário em uma comunidade terapêutica (CT) de Imperatriz/MA. A partir do trabalho etnográfico, pelas entrevistas e com a leitura de outras pesquisas na mesma área, obteve-se acesso à seguinte formulação: enquanto os homens em uso intenso de drogas ilícitas (geralmente) se envolvem no crime, as mulheres se prostituem. Em razão disso, a experiência masculina com o *crack* pode ser considerada como mais violenta do que a feminina (NASLAUSKY, 2021).

Na sequência, as acolhidas na CT pesquisada relataram episódios de estupro, agressões físicas, psicológicas, privação da liberdade, feminicídio (uma ex-acolhida levou um tiro na testa, disparado pelo próprio companheiro, após consumir a droga que ele estava prestes a vender), ou seja, várias formas de violência que incitaram questionamentos sobre as distinções de gênero em torno das percepções sobre segurança, violência, criminoso e vítima.

Tendo em vista os diferentes métodos de financiamento do uso intenso de drogas ilícitas, sobretudo o *crack*, seria a experiência feminina (com a prostituição por drogas) um caminho mais seguro do que o caminho masculino? O presente artigo não tem o escopo de responder tal questionamento, ainda que fosse possível, mas sim de explorá-lo. Trata-se de um esforço em abordar a temática a partir de algumas contribuições da vitimologia e da criminologia feminista, enquanto ferramentas teóricas apropriadas à compreensão de grupos marginalizados, como o caso das mulheres que lidam com o uso problemático de *crack*.

De início, serão traçadas linhas gerais sobre algumas pesquisas com usuárias de *crack*. Em seguida, serão articuladas questões atreladas à vitimologia e à criminologia feminista, sem a pretensão de esgotar os tópicos. Tais temáticas foram associadas no esforço de expandir a compreensão acerca das dinâmicas sociais que circundam o sistema penal brasileiro, de modo a contemplar grupos marginalizados, seja pelo processo penal, como é o caso das vítimas, seja pela própria dinâmica social patriarcal, como é o caso das mulheres.

2 AS MULHERES USUÁRIAS DE *CRACK*

O uso problemático de drogas ilícitas, sobretudo o *crack*, acomete não apenas a saúde mental, mas também, e principalmente, as relações sociais da(o) usuária(o), propiciando o acesso a contextos de uso clandestinos e violentos. Pesquisas na área identificam notáveis distinções de gênero quanto ao uso abusivo de *crack*. A “Pesquisa Nacional sobre o Uso de *Crack*” menciona uma prevalência de mulheres em situação de rua (45,66%), em relação aos homens (37,23%). Nessa lógica, haveria uma prevalência de homens na prática de algum trabalho ilícito para obtenção de dinheiro ou drogas (26,97%) e na existência de histórico prisional (52,50%), cabendo às mulheres os percentuais de 24,23% e 35,43%, respectivamente. Por outro lado, uma proporção expressiva de mulheres relatou engajamento em trabalho sexual ou troca de sexo por dinheiro (55,36%), proporção substancialmente mais elevada do que aquela atribuída aos homens (14,60%) (BASTOS; BERTONI, 2014).

A partir de então, formula-se a seguinte associação: para conseguir drogas ilícitas em quantidade compatível com o uso intenso, os homens (geralmente) se envolvem na criminalidade, enquanto as mulheres têm uma alternativa a mais: elas se prostituem. Nappo (2004) identifica uma unanimidade entre autores, inclusive internacionais, no que se refere à “relação simbiótica entre prostituição e uso compulsivo de *crack*” (NAPPO, 2004, p. 19). A autora ressalta a distinção entre profissionais do sexo e prostituição por droga. Na segunda hipótese, o consumidor sexual domina a negociação, chegando muitas vezes a exigir a dispensa do preservativo e/ou posições impraticáveis entre outras situações. “Ainda, pagamentos irrisórios são impostos levando-as a um número maior de relações sexuais e conseqüentemente um maior número de parceiros para alcançarem a quantia necessária para a droga” (NAPPO, 2004, p. 20).

Tendo em vista as entrevistas que realizou, Nappo (2004) conclui que a prática seria até mesmo inevitável, vez que as mulheres nessas condições são estimuladas a essa atividade por outras colegas e principalmente por quem vende a droga. A prostituição em tais condições representa uma forma rápida de conseguir dinheiro ou drogas em quantidade compatível com o uso intenso. “O valor moral dessa prática não é colocado em jogo, porque muitas já tentaram outras alternativas ilegais na busca de dinheiro ou droga e consideram essa prática mais segura (entender ‘segura’ como do ponto de vista legal) e rendosa” (NAPPO, 2004, p. 54).

A palavra “segurança”, de fato, deve ser utilizada com muitas ressalvas nesse contexto. A prostituição como alternativa de financiamento do uso abusivo de drogas coloca as mulheres usuárias problemáticas de *crack* em exposição a várias formas de violência sexual, física e psicológica. Durante as entrevistas para a dissertação de mestrado, mesmo sem haver um questionamento específico no tema, emergiram com

recorrência relatos de violência sexual. Certa acolhida revelou que esteve presa na casa de um homem durante os períodos de uso intenso e que negociava um balde de água (para tomar banho) por favores sexuais etc (NASLAUSKY, 2021).

Na pesquisa de Nappo (2004), 52% das mulheres entrevistadas já haviam sofrido algum tipo de violência física durante os programas que realizavam em função de dinheiro/droga. “Os motivos dessas brutalidades são variados; porém todos têm em comum o desrespeito nutrido por essas mulheres. Fica implícito em seus relatos que são tratadas de forma torpe e vil e, ainda, sua vontade nunca prevalece, apenas a de quem paga [...]” (NAPPO, 2004, p. 79).

Além das violências já referidas, as vivências em situação de rua e na prostituição acarretavam maior exposição a doenças sexualmente transmissíveis, maior risco de contaminação pelo vírus HIV, emergindo nas entrevistas da pesquisa de mestrado queixas ginecológicas e relatos de aborto. Pela “Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack” da Fiocruz, mais de 70% das mulheres referiu ter tido sexo sem uso de preservativo (BASTOS; BERTONI, 2014).

[...] identifica-se nos discursos das entrevistadas a presença constante de violência. Porém, “acostumadas” aos maus-tratos, elas não os reconhecem como violência, a não ser que haja um dano físico grave. Dessa forma é correto afirmar que o dado obtido (52%) (ver Figura 19, pág. 80) é subestimado, já que nele não se incluem os casos em que a violência não resulta em injúria física. Esse comportamento é explicado por alguns autores como resultante da baixa auto-estima reinante entre essas mulheres, a qual as leva a sentirem-se menos valorizadas e mais fracas, aspectos que ocorrem tanto na subcultura do consumo de drogas como na sociedade em geral (Reed, 1985). Esse estigma associado ao estilo de vida de usuária de droga, somados ainda às baixas expectativas que possuem em relação às suas vidas, aumentam sentimentos e comportamentos da percepção negativa que têm de si próprias, agravando-se ainda mais a culpa e a vergonha, culminando com a omissão da denúncia de violência (Cuskey, 1982). Outros autores identificaram em estudos semelhantes a violência física contra mulheres usuárias de *crack* que praticam a venda do corpo, como, por exemplo, He *et al.* (1998). Esses autores constataram que essas mulheres experienciaram uma série de violências físicas e sexuais, tendo 45% delas sofrido estupro pelo menos uma vez; 42% agressão física e 36% foram ameaçadas de violência. Os mesmos autores concluíram que experiências e ameaças de violência

estão associadas com aumento de comportamento sexual de risco, já que o medo da agressão reforça ainda mais a subserviência dessas mulheres (NAPPO, 2004, p. 90).

Portanto, é possível que a percepção de que a prostituição por droga seja um caminho “mais seguro”, em comparação com o caminho dos homens envolvidos em crimes contra o patrimônio, e esteja pautada em um sentido próprio de “segurança” que exclui o acesso não consentido ao corpo feminino. Tal sentido não leva em conta os riscos de violência sexual, física e psicológica que acometem principalmente as mulheres usuárias de *crack*. O não reconhecimento de tais riscos, a invisibilização da dor e do sofrimento dessas mulheres, permitem a impressão de que o roubo e o furto sejam mais perigosos, permitem cogitar que categorias como segurança, violência, criminoso e vítima sejam, talvez, categorias exclusivamente masculinas.

Ainda sobre a distinção de gênero no financiamento do consumo intenso de *crack*: “Aparentemente, ambas as situações oferecem riscos, em diferentes níveis. A violência do roubo e do tráfico aciona uma rede pública de controle estatal. A violência sexual e psicológica restringe os envolvidos e a vítima é uma só” (MARTINS, 2020). Afinal de contas, seria possível atribuir a essas mulheres a qualidade de vítimas?

3 CONTRIBUIÇÕES DA VITIMOLOGIA

A área do conhecimento da qual serão extraídas ferramentas teóricas no esforço de compreender a realidade das mulheres descritas anteriormente possui origem relativamente recente, seja como ciência autônoma, seja como ramo específico da criminologia. A vitimologia surge em meados do século XX, precisamente no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

A doutrina atribui a gênese da vitimologia aos estudos de Benjamin Mendelsohn, sobretudo com a conferência *Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia* (1947), pronunciada na Universidade de Bucareste, e de Hans Von Hentig, com a publicação da obra: *O criminoso e sua vítima* (1948). No Brasil, o pioneirismo na área é atribuído a Edgard de Moura Bittencourt, com sua obra *Vítima* (1978). Tais autores estão associados à vitimologia clássica, cuja análise se volta à demonstração da participação da vítima, e não apenas do criminoso, na compreensão do fenômeno criminal.

Em seus estudos, Benjamin Mendelsohn desenvolveu uma classificação com base na existência de participação ou provocação da vítima. Segundo o autor, haveria as vítimas ideais (completamente inocentes, que não apresentam participação ou sua participação é insignificante na produção do resultado); as vítimas menos culpadas que os criminosos (aquelas que, por negligência, colaboram para a ocorrência do cri-

me); as vítimas tão culpadas quanto os criminosos (cuja participação é essencial para a prática do crime); as vítimas mais culpadas que os criminosos (provocadoras que dão causa à infração penal); e as vítimas como únicas culpadas (agressoras, simuladas ou imaginárias).

Diante de tal sistema classificatório, há quem entenda que as mulheres usuárias de *crack* que, no contexto de prostituição por drogas, sofrem violência física, sexual e psicológica sejam as vítimas tão culpadas ou mais culpadas que os criminosos. Tais mulheres seriam as provocadoras dos supostos crimes, na medida em que voluntária ou imprudentemente incitam e colaboram para a ação delituosa, ao se permitirem, com pouco recato², vivenciar tais ambientes. Ou seja, elas teriam dado causa ao crime, como se o estado de abstinência não fosse capaz de influir em suas escolhas, como se a ilicitude da droga estivesse impregnada em seus corpos, sendo, por isso, merecedoras e mais culpadas que os criminosos pelas práticas não consentidas.

Tal concepção reflete a principal crítica à vitimologia clássica que, em algumas construções mais radicais terminam por vitimizar duplamente a vítima (revitimização), “[...] à medida em que, além de ser sujeito passivo do crime, a ela é transferida a responsabilidade por sua gênese” (VIANA, 2018, p. 164). O autor acrescenta que “[...] a marginalização da vítima pode corromper a compreensão do seu papel no cenário do crime” (VIANA, 2018, p. 164). Em outras palavras, a confusão de papéis entre criminoso e vítima ganha força em contextos de marginalização, como o das mulheres usuárias de *crack* que se prostituem para financiar o consumo intenso.

Segundo Weigert e Carvalho (2020), as feições positivistas da vitimologia clássica articula padrões morais elevados a categorias científicas que acabam por produzir dobras de vitimização, notadamente com a culpabilização da vítima pela violência sofrida, não apenas nos discursos cotidianos, mas também nas práticas do sistema penal. Tais abordagens acabam por “[...] reproduzir e reforçar um modelo científico no qual a constituição da personalidade e o comportamento feminino serão interpretados como fatores determinantes da origem e da permanência da violência” (WEIGERT; CARVALHO, 2020, p. 1791).

Além da preocupação em classificar as vítimas, a vitimologia avançou na análise dos processos de vitimização, ou seja, dos prejuízos derivados da experiência do fenômeno do crime. Tais processos de vitimização podem ser divididos em: vitimização primária (danos materiais, físicos e psicológicos causados diretamente pela prática do delito); vitimização secundária, revitimização ou sobrevitimização (sofrimento adicional sofrido pela vítima, decorrente do tratamento a ela conferido pelas

2 Eduardo Viana (2018) faz menção ao “Item 50” da Exposição de motivos do Código Penal, cujo trecho segue: “[...] fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminoso, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.”

instituições de controle social); vitimização terciária (humilhação e falta de amparo e acolhimento à vítima, tanto pelo Estado, quanto pelos familiares e grupo social a que pertence); Os processos de vitimização secundária e terciária são comumente exemplificados com as vítimas de crimes sexuais:

[...] no estupro é vulgar a resistência da vítima em recorrer ao sistema penal (Polícia, Ministério Público, etc.): ou porque sente-se envergonhada com o fato e não quer reviver a experiência traumática; ou porque, ao reviver, será estigmatizada pelas instâncias encarregadas da persecução penal – a exemplo das teses defensivas de consentimento da vítima –, reencontrará o criminoso, interrogatórios (VIANA, 2018, p. 167).

As vitimizações secundária e terciária acabam por fazer do sistema de justiça um ambiente pouco (ou nada) acolhedor às vítimas mais vulneráveis, ou seja, àquelas que não contam com o mínimo de assistência social, jurídica, psicológica e familiar, tal como é o caso de muitas usuárias problemáticas de *crack*. A partir da dita ausência de confiabilidade das vítimas nas instituições de controle, ou da ausência de confiabilidade das instituições de controle nas usuárias problemáticas de *crack*, estabelece-se um abismo cujas dimensões afastam até mesmo a identificação com os sentidos de vítima.

Avançando nas contribuições da vitimologia, Penteado Filho (2020, p. 79) menciona a existência de vítimas latentes ou potenciais, ou seja, grupos ou indivíduo acometidos por critérios definidores da tendência de se tornar vítima de crimes. Segundo García-Pablos de Molina (2013, p. 151), as estatísticas de risco demonstram que crianças, adolescentes, idosos, marginalizados, estrangeiros etc., pertencem a grupamentos humanos propensos a se converterem em vítimas de delito. Salienta, ainda, haver situações nas quais o cidadão legitimamente, porém nem sempre de forma consciente, contribui para a própria vitimização.

Alguns fatores têm maior capacidade influenciadora na configuração do crime, razão pela qual se fala em risco de vitimização ou vulnerabilidade, o qual consiste no risco que corre uma pessoa ou grupo de pessoas de serem vítimas de determinados delitos. Viana (2018) aponta para a existência de fatores criminógenos objetivos – sociais, pessoais e situacionais – a que estão submetidos pessoas e grupos de pessoas que são determinantes para considerá-los mais vulneráveis e atrativos a uma classe de delitos, a exemplo da idade, sexo, cor, profissão, infraestrutura urbana.

Acerca das mulheres usuárias de *crack*, tendo em vista a abordagem proibicionista do sistema jurídico brasileiro, não é forçoso deduzir que os meios de obtenção da droga são fortemente permeados pela ilegalidade e pelas disputas de território

entre a polícia e o tráfico. Com isso, os locais de consumo estão geralmente alheios a qualquer controle social tendente a inibir potenciais violências, inclusive de ordem sexual. Além disso, o baixo custo da droga faz com que boa parte de seus consumidores estejam nas classes mais baixas da sociedade, incluindo populações de rua. Em suma, o contexto de uso da droga é fortemente marcado pela clandestinidade, influenciando como provável fator de risco de vitimização.

Outro fator determinante, agora do ponto de vista individual, diz respeito ao estado de abstinência. É notório que o *crack* possui alto risco de dependência, cujo estado de compulsão por uso diferencia-se das demais drogas em termos de intensidade, razão pela qual leva o nome próprio de “fissura”. A falta de apetite, insônia, depressão, paranoia são algumas das sensações que acompanham o desespero por mais uma dose da droga, influenciando fortemente na saúde mental e, naturalmente, na qualidade do julgamento do indivíduo. Logo, a urgência pela obtenção da droga e o estado de abstinência podem ser mais um fator de risco de vitimização.

Com isso, é possível influir que o risco de vitimização está atrelado a fatores sociais e biológicos, transformando o risco de vitimização em algo seletivo: a probabilidade de ser vítima, por exemplo, baseia-se na exposição do indivíduo a lugares e horários de alto risco, assim como nos contatos que podem existir com possíveis criminosos. Tal modelo aponta para o estilo de vida vitimógeno levado pelo indivíduo como fato decisivo para o tornar-se, ou não, vítima. Talvez seja o caso das mulheres usuárias de *crack* que circulam em espaços clandestinos de consumo e se prostituem para aquisição de droga.

Fala-se, ainda, na teoria do desamparo aprendido (ou da vulnerabilidade aprendida), segundo a qual o processo da conversão da pessoa em vítima também pode ser derivado das suas características pessoais; das suas experiências em situações sociais ou mediante um processo de aprendizagem.

[...] o perigo da situação de vitimização consiste no *déficit* comportamental a que essa pode conduzir a vítima, isto é, no fato de que ela não poderá livrar-se da situação de perigo porque não aprendeu a evitá-la de modo exitoso. O decisivo no critério, portanto, não é que a situação seja objetivamente incontrolável pela vítima, senão que ela, a vítima (subjetivamente), não consegue controlá-la (VIANA, 2018, p. 175).

As mulheres entrevistadas na pesquisa de mestrado (NASLAUKSY, 2021) eram em maioria pretas e pardas, oriundas de famílias com situação econômica desfavorecida, com pouca qualificação profissional. Tal perfil se assemelha ao das mulheres entrevistadas no artigo “Vivências de mulheres que consomem crack” (CRUZ; OLIVEIRA; COIMBRA; KANTORSKI; PINHO; OLIVEIRA, 2014).

Elas eram, em sua maioria, pretas ou pardas, possuíam entre 19 e 48 anos de idade, encontravam-se em situação social e econômica desfavorecida, trabalhavam de forma informal, possuíam companheiro e pelo menos 1 filho.

As mulheres usuárias de *crack* submetidas às mais diversas violências físicas e sexuais compõem uma fração da cifra negra da criminalidade, já que não são alcançadas pela proteção penal. Tendo em vista os contextos de onde essas mulheres vieram, é possível que seus corpos já estejam violados, que já tenham aprendido a viver no desamparo, mediante a intersecção entre gênero, raça e classe.

Tratando-se de vítimas e mulheres, a seletividade do sistema de justiça criminal se opera negligentemente. Pesquisas sobre vítimas invisíveis (LARRAURI, 1994) indicam que a cifra obscura da criminalidade ocultaria um maior número de delitos praticados contra as mulheres do que aqueles registrados nas estatísticas oficiais. A partir das dinâmicas de gênero, insere-se o diálogo com a criminologia feminista.

4 DIÁLOGO COM A CRIMINOLOGIA FEMINISTA

A criminologia crítica denuncia a seletividade do sistema de justiça penal em favor das classes economicamente dominantes, ao passo que a criminologia feminista aborda a seletividade do sistema de justiça penal em função das relações de gênero, reconhecendo a dominação masculina e as discriminações de gênero articuladas através do sistema de justiça penal.

Nas palavras de Weigert e Carvalho (2020), o salto qualitativo proporcionado pela criminologia crítica foi o de elevar as pesquisas nas ciências criminais da perspectiva micro à perspectiva macrocriminológica, orientando sua análise às violências estruturais e institucionais e aos fatores de vulnerabilidade e de seletividade que operam nos processos de criminalização. Nessa perspectiva, o crime não existe como tal. A análise se volta aos sistemas de criminalização concretos e práticas criminalizadoras específicas que se operam a serviço de interesses dominantes. Os autores prosseguem elucidando que:

Se a criminologia ortodoxa operou uma atomização do objeto criminológico aos conflitos interindividuais, procurando identificar nos atores diretamente envolvidos no delito os fatores explicativos da criminalidade (paradigma etiológico), a criminologia crítica redirecionou a lente com o objetivo de explorar os processos seletivos de criminalização e as violências produzidas pelas próprias agências responsáveis pelo controle penal (WEIGERT; CARVALHO, 2020, p. 1787).

A perspectiva microcriminológica desenvolvida pela criminologia clássica mediante o paradigma etiológico se caracterizou pela limitação dos conflitos a uma dimensão particular e pela ênfase na identificação de características individuais, sobretudo psicológicas, que constituiriam as identidades do criminoso e da vítima. Conforme Weigert e Carvalho (2020), o essencialismo, em seus aspectos cultural ou biológico, se caracteriza pela produção e reprodução de estereótipos sobre pessoas ou grupos identitários. Os processos de essencialização são dinamizados pela pessoa ou pelos grupos rotulados (essencialização endógena) ou, de forma oposta, hipótese mais comum, são deflagrados nas interações socioculturais de rotulação das diversidades (essencialização exógena).

Tal abordagem não fornece respostas à cifra negra da criminalidade que ocorre nos contextos de uso de drogas ilícitas e termina por culpabilizar a vítima que não procura o sistema penal, e, no caso das usuárias de *crack*, nem sequer se enxergam como tal. Conforme Campos (2017), a criminologia crítica notou que o aumento na taxa de delitos escondia a existência de uma enorme ‘cifra oculta’ da criminalidade cuja natureza era endêmica. Observou que os crimes contra a propriedade tendiam a ser mais reportados que os crimes de violência sexual e doméstica. Isso significa que não se tratava apenas de tipos de delitos mais denunciados, mas que determinados delitos praticados contra determinadas vítimas não eram frequentemente reportados. Assim, havia delitos visíveis e delitos invisíveis.

Em suma, a criminologia crítica e a criminologia feminista convergem na desconstrução dos fundamentos do positivismo e na problematização das justificativas às políticas criminais de intervenção punitiva. As zonas de convergências entre crítica e feminismo criminológicos ocorrem, pois, em três dimensões: na negação dos processos de essencialização dos sujeitos envolvidos nas condutas qualificadas como crime; na contraposição aos procedimentos institucionais de atomização e de congelamento do conflito em uma esfera exclusivamente interindividual; e, em consequência, na substituição da perspectiva microcriminológica (essencializada e atomizada) de criminalidade pela noção macrocriminológica (dinâmica e interativa) de criminalização.

Segundo Mendes (2017), a criminologia teve seu nascedouro como um discurso de homens, para homens, de modo que a perspectiva feminista, em um giro epistemológico, visa subverter a forma de pensar os processos de criminalização e vitimização, mediante a inserção de aspectos relacionados ao gênero na análise criminológica, dando ensejo à evidenciação da lógica patriarcal preponderante.

A discussão de gênero permite o debate acerca da subjugação de corpos femininos às moralidades patriarcais, fomentando e inserindo pautas sobre criminalização do assédio sexual, violência doméstica, feminicídio etc., em concomitância com a descriminalização do aborto, do adultério etc. Assim, “[...] a violência doméstica, a

violação e o assédio sexual são parte de uma opressão sistemática das mulheres, e não casos isolados com as suas próprias causas psicológicas e criminosas” (GIDDENS, 2008, p. 117). As pesquisas em criminologia feminista exploram as seguintes problemáticas:

[...] (primeiro) por que certas condutas femininas são criminalizadas? (p. ex., infanticídio, aborto e prostituição); (segundo) por que determinadas mulheres são mais vulneráveis (seletividade) à criminalização? (p. ex., mulheres negras, pobres e faveladas); (terceiro) por que determinadas mulheres são mais vulneráveis à vitimização? (p. ex., idem, mulheres negras, pobres e faveladas); (quarto) por que determinadas causas de justificação são aplicadas aos homens não se adaptam às circunstâncias vivenciadas pelas mulheres? (p. ex., legítima defesa no uxoricídio); (quinto) por que a conduta da mulher-vítima de violência é, em várias situações, valorada negativamente conduzindo inclusive à exclusão da ilicitude do fato (p. ex., legítima defesa da honra) ou a reduzir a reprovabilidade do ato delituoso (p. ex., crimes de estupro); (sexto) por que as penas aplicadas às mulheres, em situações semelhantes aos crimes praticados por homens, tendem a ser mais altas? (p. ex., casos de tráfico de entorpecentes); (sétimo) por que determinados direitos são assegurados aos homens e negados às mulheres presas? (p. ex., visita íntima) (WEIGERT; CARVALHO, 2020, p. 1800).

Campos (2017) sintetiza que a criminologia feminista seria um corpo da pesquisa e da teoria criminológica que situa o estudo do crime e da justiça criminal dentro de um complexo entendimento de que o corpo social é sistematicamente formado pelas relações de gênero/sexo. A criminologia feminista surge a partir da crítica ao funcionamento sexista do sistema penal e das violências sofridas por mulheres, nos âmbitos público e privado.

Assim, têm-se como ponto de partida as teorias de gênero, incluindo a interseccionalidade com indicadores de raça, classe, idade e outros, a fim de que o estudo do crime e da justiça criminal não perca de vista as relações de gênero, que se operam não apenas na organização da vida social e suas práticas, mas também nos diversos campos discursivos dos quais homens e mulheres são construídos (CAMPOS, 2017, p. 271).

A criminologia feminista distingue-se do estudo criminológico tradicional em cinco aspectos (DALY; CHESNET-LIND, 1988, p. 504 apud CAMPOS, 2017, p. 271): distingue sexo biológico de gênero (produto histórico, social e cultural);

considera as relações de gênero como estruturantes da vida e das instituições sociais; reconhece que as construções de feminilidade e masculinidade são assimétricas, baseando-se na superioridade masculina e na dominação econômica, social e política das mulheres; tem a produção de conhecimento como “gendrado”, vez que reflete a visão de mundo dos homens; busca a centralização das mulheres nas pesquisas intelectuais, deixando-se de se situar de forma periférica ou invisibilizada pelos homens.

Segundo Souza (2013), o sistema de justiça criminal, quando se volta aos conflitos de gênero, expressa o imaginário de casamento, de família e de papéis sociais presentes na sociedade. Souza (2013) menciona dois grandes eixos pelos quais se concretizam as relações de dominação por meio do controle penal: a sexualidade feminina voltada para a função reprodutora e a centralidade do trabalho doméstico. Basta mencionar que os crimes contra os costumes se tornaram crimes contra a dignidade sexual apenas em 2009, com as alterações da Lei nº 12.015.

A autora ressalta que o sistema de justiça criminal faz suas seleções binárias, existindo as vítimas honestas ou não, como as prostitutas. Na criminalização sexual o sistema criminal segue, com grande contundência, a lógica da seletividade, acendendo seus holofotes sobre as pessoas (autor e vítima) envolvidas, antes que sobre o fato-crime cometido, de acordo com estereótipos de violentadores e vítimas.

Dentro desse quadro simbólico, as mulheres usuárias de *crack* não encontram abertura para figurarem como vítimas no sistema jurídico penal. A condição de usuárias problemáticas de drogas ilícitas as afastam dos papéis sociais de boas mães, esposas devotas, donas de casa assíduas e profissionais honestas, ao passo que a prostituição por drogas termina por corromper uma série de papéis de gênero, reduzindo-as à condição de não mulheres e, conseqüentemente, não vítimas. Em outras palavras:

[...] a mulher pode receber um tratamento mais benéfico quando o delito ou a sua situação pessoal responde às expectativas de comportamento feminino. No entanto, receberá um tratamento mais severo quando o delito não seja especificamente feminino ou quando a autora não se adeque à imagem de mulher convencional (casada, mãe, dependente economicamente, respeitável...) (LARRAURI, 1994, p. 299).

O grupo de mulheres usuárias de *crack* pode ser tido como um condensado de violações às expectativas de gênero. Inicialmente, há uma prevalência de mulheres de classes economicamente desfavorecidas, tendo em vista o baixo custo de consumo, atrelado ao fato de que a ilegalidade da droga reforça a marginalidade de seus usuários. Em adição, o estado de uso intenso compromete a saúde física e mental

dessas mulheres, com o reforço negativo do estereótipo de “zumbi humano”³. A partir de então, o uso intenso propicia um afastamento familiar e profissional. Por fim, a prostituição por drogas acaba por frustrar uma expectativa de sexualidade adstrita às relações amorosas, ao ponto de retirar-lhes também o sentimento de vítimas de eventuais violências.

Daí a percepção de que a prática de crimes patrimoniais seja mais violenta do que a exposição aos riscos da prostituição por drogas. Os perigos dos crimes patrimoniais na rua, na via pública, são caracterizáveis do ponto de vista simbólico. São passíveis de conformação na categoria masculina de violência. Em sentido contrário, os abusos por elas sofridos nos contextos de uso não são entendidos como violências. Talvez seus corpos já estejam violados. Talvez a lógica patriarcal não os conceba como mulheres dignas de articularem os sentidos penais.

5 CONCLUSÃO

Assim, os crimes praticados contra mulheres em contextos de uso intenso de drogas, dada à marginalidade do perfil das usuárias de *crack*, contribuem para a cifra negra, onde a própria qualidade de vítima é negada, pois as violências vivenciadas são tidas como brandas em comparação com a experiência masculina com crimes patrimoniais e de tráfico de drogas. Naturalmente, “[...] se existe uma cifra negra da criminalidade também existe uma cifra negra das vítimas” (VIANA, 2018, p. 155).

A lógica proibicionista em relação a determinados psicoativos, incluindo o *crack*, dificulta a inserção do usuário no sistema penal pela condição de vítima. Tal fato se agrava no caso das mulheres sobre as quais incidem as moralidades patriarcais estruturadas em diversas formas de controle social, incluindo o sistema de justiça penal. Nesse ponto, a conclusão de Souza (2013) é digna de nota:

As mulheres em situação de violência sentem dificuldade de compreender os meandros da Lei porque não são colocadas como protagonistas dos debates acerca das ações que protagonizam, e se veem reféns das imposições do marido e familiares e, em muitos casos, dos agentes do direito que atuam em seus processos. Um dos principais desafios é justamente como transformar o direito em um valor. Reconhecer a vio-

3 A abordagem midiática do tema articula a lógica de causa e efeito, entre *crack*-miséria-perda de controle/autonomia-violência. Nesse cenário, os usuários são apresentados como “zumbis humanos”, os *corpos abjetos* (RUI, 2012), que perambulam pelas ruas das capitais, roubando pessoas, e assustando pela sua aparência decrépita, de modo a reforçar ações do Estado que violam os direitos individuais, em prol de um suposto “bem comum” da sociedade.

lência para nomeá-la, tipificá-la ao atribuir-lhe significados que dialoguem com o social e com o contexto individual em que foi impetrada para sua real efetividade é um dos principais desafios a serem enfrentados (SOUZA, 2013, p. 53).

Ao infringirem uma série de expectativas de gênero, seus corpos se tornam menos femininos. As práticas não consentidas são compreendidas como consequência de sua própria marginalidade. As mulheres usuárias de *crack* são vítimas pouco prováveis e, em algum sentido, sinalizam as limitações e os limites de alcance do próprio sistema jurídico penal.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, F. I. P. M. *et al.* (org.). *III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ICICT, 2017. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- BASTOS, F. I. P. M.; BERTONI, N. (org.). *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ICICT, 2014. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/10019>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- CAMPOS, C. H. *Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CRUZ, V. D.; OLIVEIRA, M. M.; COIMBRA, V. C. C.; KANTORSKI, L. P.; PINHO, L. B.; OLIVEIRA, J. F; Vivências de mulheres que consomem crack. *Revista RENE: Revista da Rede de Enfermagem do Nordeste*, Fortaleza, v. 15, n. 4, p. 639-649, 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/rene/article/view/1095>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- FARGANIS, J. *Leituras em teoria social: da tradição clássica ao pós-modernismo*. 7. ed. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda. 2016.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *O que é criminologia?* Trad. Danilo Cymrot. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GIDDENS, A. *Sociologia*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- LARRAURI, E. *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Vientiuno Editores, 1994.
- MARTINS, A. L. R. O corpo da mulher como elemento privilegiado de manifestação de poder. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 9 out. 2020. (Série Feminismos Transnacionais). Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-corpo-da-mulher-como-elemento-privilegiado-de-manifestacao-de-poder/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

MENDES, S. R. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NAPPO, S. A. *Comportamento de risco de mulheres usuárias de crack em relação às DST/AIDS*. São Paulo: CEBRID – Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, 2004.

NASLAUSKY, A. L. R. M. *Entre flores, espinhos e cruz: etnografia de uma comunidade terapêutica feminina em Imperatriz/MA*. 2021. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2021.

PENTEADO FILHO, N. S. *Manual esquemático de criminologia*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RUI, Taniele. *Corpos abjetos: etnografia em cenários de uso e comércio de crack*. 2012. 335 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2012.

SOUZA, L. T. Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro. *Cadernos de gênero e tecnologia*, Curitiba, v. 7, n. 27-28, 2013. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/cgt/article/view/6102>. Acesso em: 3 ago. 2022.

VIANA, E. *Criminologia*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

WEIGERT, Mariana Assis Brasil; CARVALHO, Salo. Criminologia Feminista com Criminologia Crítica: perspectivas teóricas e teses convergentes. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1783-1814, set. 2020. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/38240>. Acesso em: 3 ago. 2022.

A APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE MINNESOTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ENFRENTAMENTO ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

THE APPLICATION OF THE MINNESOTA PROTOCOL BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE TO CONFRONT HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Bárbara Machado Alexandre¹

Resumo: Apesar das conquistas das últimas décadas, verifica-se que não há ainda uma sólida cultura de Direitos Humanos, em especial no tocante a mortes potencialmente ilícitas que têm o Estado como agente. Diante desse quadro, o artigo objetiva compreender como o Protocolo de Minnesota pode auxiliar o Ministério Público na tentativa de minimizar as dificuldades em cumprir exigências internacionais quanto aos parâmetros de investigação e, assim, evitar violações de Direitos Humanos. Por isso, destaca-se a importância de pautar, com prioridade, essa questão, na busca de alternativas eficazes.

Palavras-chave: direitos humanos; parâmetros de investigação; mortes potencialmente ilícitas; Protocolo de Minnesota.

Abstract: Despite the achievements of the last decades, it appears that there is still no solid culture of Human Rights, especially when related to potentially unlawful deaths that have the State as the agent. In view of this situation, the article aims to understand how the Minnesota Protocol can help the Public Prosecutor's Office in an attempt to minimize the difficulties in complying with international requirements regarding investigation parameters and, thus, to avoid human rights violations. Therefore, the importance of prioritizing this issue in the search for effective alternatives is highlighted.

1 Servidora do Ministério Público do Maranhão. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. E-mail: barbaramachado@mpma.mp.br.

Keywords: human rights; investigation parameters; potentially unlawful deaths; Minnesota Protocol.

1 INTRODUÇÃO

As violações de direitos humanos que ocorrem através de mortes potencialmente ilícitas, sejam por execuções forçadas/sumárias ou pelas omissões do dever de cuidado ou proteção, são um problema grave a ser enfrentado socialmente e que já gerou algumas condenações do Estado brasileiro.

É possível identificar diversas violações relacionadas a esse tema. Aqui estão alguns casos que valem serem ressaltados por seus destaques, são estes: o Caso Ximenes Lopes, o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, o Caso Favela Nova Brasília e o Caso Garibaldi.

Posto isso, o presente trabalho estudará como o Brasil tem dificuldades em cumprir exigências internacionais quanto aos parâmetros de investigação, e qual o papel do Ministério Público dentro deste bojo.

Com esse fim, buscará compreender como o Protocolo de Minnesota pode colaborar para a mitigação do problema, tendo em vista que ele foi construído por especialistas a fim de dirimir a parcialidade investigativa, que traz diretrizes que orientam as investigações e cuja utilização já foi recomendada tanto em sentenças da Corte IDH, quanto em decisão do Superior Tribunal de Justiça.

À vista disso, os problemas a serem discutidos objetivarão entender qual o dever constitucional do Ministério Público frente a indícios de parcialidade no curso das investigações; qual a atuação da Instituição junto ao SIDH e qual o impacto na atribuição constitucional; o que o Protocolo de Minnesota pode trazer de respostas para o enfrentamento da imparcialidade e impunidade; como o protocolo pode ser aplicado pelo Ministério Público; e quais os entraves para a aplicação.

Na busca desses entendimentos, serão apresentadas análises de bibliografias, ainda que parcas, à luz das jurisprudências da Corte IDH e interna brasileira.

Entende-se que é necessário buscar a superação dos velhos problemas que geram a impunidade daqueles que violam os direitos humanos no Brasil, ferindo o direito das vítimas e enfraquecendo as instituições do próprio sistema de justiça, incapazes de dar uma resposta à sociedade.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO EM SUA ATUAÇÃO JUNTO AO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aumentou-se o leque de atribuições dadas ao Ministério Público brasileiro. A Instituição alçou importância, sendo-lhe atribuída as defesas da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, conforme os artigos 127 e 129 da CRFB (CARNEIRO, 2018, p. 137).

Frente a essa ampliação, torna-se evidente que compete ao Órgão a defesa dos direitos humanos, sendo uma verdadeira missão institucional (RAMOS, 2017, p. 448 apud CARNEIRO, 2018, p. 138). Isso porque a ordem jurídica – como é sabido dentre os operadores do direito – é composta pela CRFB, pela legislação infraconstitucional e pelos tratados internacionais ratificados.

Ademais, o Estado Democrático de Direito foi o modelo instituído pela Constituição de 1988, e “um estado não poderá ser considerado ‘de direito’ se não respeitar os direitos humanos” (CUNHA; BORGES, 2011, p. 228).

Para a garantia de tais direitos, o Ministério Público possui diversos instrumentos, judiciais e extrajudiciais, quais sejam: o Inquérito Civil, onde podem ser expedidas recomendações e celebrados Termos de Ajustamento de Conduta, medidas cautelares assecuratórias, ações civis públicas, ações penais, ações diretas de inconstitucionalidade, dentre outras.

Todavia, conforme salienta Carneiro (2018, p. 153):

Em se tratando de direitos indisponíveis e fundamentais, nosso sistema de proteção interno demanda ser aprimorado, de modo a que tais demandas sejam efetivamente priorizadas e solucionadas, e para que as decisões judiciais garantidoras sejam de fato executadas.

Essa é uma das principais razões que fazem do sistema internacional de proteção um valioso auxílio e instrumento para a implementação de direitos humanos no âmbito interno.

Quando o direito interno não é capaz de resolver as violações de direitos humanos, os instrumentos internacionais podem servir de auxílio. Por isso, a importância dos membros do Ministério Público conhecerem e atuarem junto ao SIDH, buscando a “responsabilização internacional do Estado em casos de violações, ou simplesmente contribuindo para a promoção desses direitos, por meio da interação com os organismos internacionais” (CARNEIRO, 2018, p. 154).

Quanto à legitimidade interna para tal atuação, surgem perguntas como: tal atuação seria exclusiva do MPF ou caberia também aos MPEs e ao MPU? Seria de competência exclusiva do chefe da Instituição ou também dos membros?

Tais perguntas são brilhantemente respondidas por Carneiro, em sua dissertação defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, frente ao silêncio da lei brasileira.

Todavia, ao presente trabalho, importa apenas a discussão se o Ministério Público pode ou não interagir com o SIDH, adotando o entendimento da autora citada, que em verdade a Instituição tem o dever de atuação, sendo ele um reflexo de sua missão constitucional (CARNEIRO, 2018, p. 157).

Tais reflexões foram trazidas para dar luz à missão constitucional do Ministério Público na luta contra violações de direitos humanos e levantar a importância de se utilizar os instrumentos internacionais para esse fim.

Contudo, ainda existe pouca bibliografia acerca das possibilidades de interação entre a Instituição e o SIDH. Alguns autores apontam algumas formas, por exemplo, a queixa individual e as denúncias feitas à CIDH, e o controle de *convenionalidade*.

Projeta-se aqui a discussão da possibilidade de utilização de protocolos internacionais para resolução das violações citadas dentro do direito interno, aproximando-se de um estado de direito mais pleno e, em caso de não efetividade dessas tentativas ou de falta de celeridade, busca-se pelo sistema internacional.

3 O PROTOCOLO DE MINNESOTA E SUA APLICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sabe-se que o Ministério Público brasileiro já atua incansavelmente dentro do sistema interno, para buscar a justiça em casos de ameaça e lesão de direitos humanos. E o maior conhecimento do sistema internacional pode trazer resoluções mais satisfatórias, mesmo internamente.

Pensar em uma atuação mais ampliada em busca de justiça é principalmente orientar a atuação para que as violações não aconteçam, sem perder de vista a possibilidade de recorrer às cortes internacionais quando o Judiciário falhar ou permanecer inerte.

A aplicação do Protocolo de Minnesota é um bom exemplo para uma mudança concreta, tendo em vista que dentre as atribuições alargadas pela CRFB está o controle externo da polícia (art. 129, VII).

Sua importância também decorre das recorrentes violações de direitos humanos através de mortes potencialmente ilícitas, já objeto de condenação ao Estado brasileiro em casos bastante conhecidos.

Tais condenações são frutos de violações às garantias judiciais, em especial aquelas chamadas de garantias de acesso, encontradas no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Segundo Pagliarini e Carvalho (2021, p. 97):

A (a) garantia de acesso diz respeito ao socorro que as pessoas devem receber contra qualquer violação de seus direitos (na esfera civil ou penal), nomeadamente de direitos humanos, sendo dever do Estado tomar as providências necessárias para elucidar, processar e, em sendo o caso, sancionar os violadores. Representa garantia que protege às vítimas (ou seus familiares) de crimes e de ilícitos cíveis para que os seus causadores sejam localizados e punidos.

Dentre as ‘providências necessárias’, está a garantia de investigação pela polícia e pelo MP, quando ocorrem delitos abrangidos pelo Protocolo de Minnesota. Isso porque o objeto do protocolo é garantir a regularidade na colheita das provas, garantindo a imparcialidade das investigações e protegendo, assim, o direito das vítimas.

O Protocolo de Minnesota, lançado em 2016 e atualizado em 2017 pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, traz diretrizes para tornar as investigações de mortes potencialmente suspeitas mais eficazes e livres de qualquer interferência. Todavia, ele é encontrado apenas nos seis idiomas oficiais da Organizações das Nações Unidas, quais sejam: árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo.

Seu objetivo:

Es proteger el derecho a la vida y promover la justicia, la rendición de cuentas y el derecho a una reparación mediante la promoción de una investigación eficaz de toda muerte potencialmente ilícita o sospecha de desaparición forzada. El Protocolo establece una norma común de desempeño en la investigación de una muerte potencialmente ilícita o una sospecha de desaparición forzada, así como un conjunto común de principios y directrices para los Estados, las instituciones y las personas que participen en la investigación (PROTOCOLO..., 2017).

Consta em seu texto que o Protocolo é aplicado para morte causada por atos e omissões do Estado, de seus órgãos ou agentes, ou que pode ser imputável ao Estado

quando viola sua obrigação de respeitar o direito à vida. Também é aplicado quando ocorre a morte de pessoa detida ou sob custódia do Estado, seus órgãos ou agentes, e quando resulta de qualquer descumprimento de sua obrigação de proteger a vida.

Nele:

Se describen las obligaciones jurídicas de los Estados y las normas y directrices comunes relativas a la investigación de muertes potencialmente ilícitas (sección II). Se establece la obligación de toda persona partícipe en una investigación de observar las normas de ética profesional más estrictas (sección III). Se proporciona orientación y se describen las buenas prácticas aplicables a los partícipes en el proceso de investigación, incluida la policía y otros investigadores, los médicos y juristas y los miembros de mecanismos y procedimientos de indagación (sección IV). Si bien el Protocolo no es ni un manual general que trata de todos los aspectos de las investigaciones, ni tampoco un manual de instrucciones paso a paso para profesionales, contiene directrices pormenorizadas sobre aspectos fundamentales de la investigación (sección V). Contiene un glosario (sección VI). Los anexos (sección VII) contienen esquemas anatómicos e impresos para su utilización en la práctica de la autopsia (PROTOCOLO..., 2017).

Para Agnes Callamard, relatora especial da Organização das Nações Unidas, o Protocolo é “uma ferramenta inestimável que ajudará a orientar investigações sobre mortes suspeitas, garantir a responsabilidade por violações do direito à vida e trazer verdade, justiça e reparação para as famílias das vítimas” (ACNUDH, 2017).

Suas diretrizes são pensadas para serem utilizadas por todos aqueles que atuam nas investigações de mortes potencialmente ilícitas, quais sejam policiais, promotores de justiça, médicos, advogados, juízes, oficiais de justiça, sociedade civil organizada, entre outros. E partem do direito humano à garantia de acesso, que só pode ocorrer se partir de uma investigação independente, imparcial e transparente, com atuação pronta e diligente, buscando a verdade real e levando em conta as provas percíveis.

Para a comunidade internacional, a falta de um documento científico unificado para investigação de crimes potencialmente ilícitos, ou seja, execuções ilegais, dificultavam a efetividade das investigações. Por isso, o documento foi criado para ajudar a identificar quais provas são relevantes para o esclarecimento do fato e como devem ser produzidas e documentadas (LUMIENTO, 2022, p. 229-232).

Contudo, cabe ressaltar que a unificação através de um documento não significa padronizar os caminhos das investigações, que certamente afastariam da busca da verdade real, tendo em vista as especificidades sociais, jurídicas, culturais de cada país. Visa apenas estabelecer quais os padrões fundamentais de uma investigação.

Como bem apontam Pagliarini e Carvalho (2021, p. 99-100):

As autoridades estatais que conduzem a investigação devem, *inter alia*: a) identificar a vítima; b) recuperar e preservar o material probatório relacionado com sua morte, a fim de colaborar em qualquer investigação; c) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações com relação à morte que se investiga; d) determinar a causa, forma, lugar e momento da morte, bem como qualquer procedimento ou prática que possa tê-la provocado; e e) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. É necessário, ademais, investigar exaustivamente a cena do crime, além da realização de necropsias e análise dos restos humanos, de maneira rigorosa, por profissionais competentes e mediante o uso dos procedimentos mais adequados.

Percebe-se que as condenações mais emblemáticas do Brasil junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos mostram justamente vícios nas investigações, como: a não preservação do local do crime, demora na abertura do inquérito policial, falta de oitivas de testemunhas imprescindíveis, perda de provas precíguas, demoras que ensejam a prescrição, dentre outros.

Dentre esses casos estão: o Caso Ximenes Lopes², cuja sentença foi publicada em 4 de julho de 2006; o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde³, com sentença

-
- 2 A título de recordação, o Caso Ximenes Lopes diz respeito à morte de Damião Ximenes Lopes, que veio a óbito no dia 04/10/1999, quando estava internado na Casa de Repouso Guararapes, um centro de tratamento psiquiátrico privado que operava junto ao SUS. Foi levado à Corte IDH frente às violações de direitos humanos, inclusive pela falta de investigação e garantias judiciais. Destaca-se da sentença: que havia lesões e a perícia não seguiu parâmetros rigorosos, considerando a causa inconclusiva; que o local da morte não foi preservado, não sendo realizada nenhuma diligência de reconstituição.
 - 3 O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde analisou violações ocorridas em caso de trabalhadores submetidos a trabalho análogo à escravidão nessa fazenda, localizada no estado do Pará. Neste caso, o Estado teve conhecimento a partir de trabalhadores que conseguiram fugir do local. Constatou-se que não foram tomadas as medidas de punição e reparação para as vítimas. A denúncia oferecida em 1997 pelo MPF restou prescrita virtualmente e foi realizado acordo na ação civil pública de 2000, sem aplicação de sanção e multa, entre outras medidas ineficazes na proteção ao direito das vítimas

em 20 de outubro de 2016; o Caso Favela Nova Brasília⁴, com sentença em 16 de fevereiro de 2017; e o Caso Garibaldi⁵, com sentença publicada em 26 de setembro de 2018.

Da análise das sentenças, percebe-se que, por vezes, os Ministérios Públicos responsáveis agiram de maneira ineficiente e contrária à imparcialidade necessária às investigações, deixando de assumir um papel mais ativo quando era seu dever fazê-lo.

As principais críticas dirigidas à Instituição, nessas sentenças, são: 1- deixar de assumir investigações evidentemente parciais, em tempo suficiente que possibilitasse ainda a colheita das provas necessárias; 2- promoções de arquivamento de inquéritos, sem esgotar as possibilidades investigativas (novas oitivas, acareações e etc.); e 3- realização de pedidos de diligências sem controle de prazo, deixando incidir a prescrição.

Percebe-se que o Ministério Público, ao não assumir o papel ativo às investigações, falha em cumprir o papel constitucional que lhe foi dado, e conforme bem aponta Carneiro (2018, p. 149):

Se alguma instituição pode ajudar a reverter essa situação, essa Instituição é o Ministério Público, por meio do controle externo da atividade policial. O MP deve atentar para o fato de que, se não desempenhar bem esta função, a sociedade elegerá outro ator para fazê-lo. Urge que a instituição proceda uma mudança de mentalidade e de atuação. O direito à segurança pública não exclui nem pode se sobrepor aos demais direitos humanos.

4 O Caso Favela Nova Brasília diz respeito a 26 execuções extrajudiciais praticadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em incursões na Favela Nova Brasília entre 18/10/1994 e 08/05/1995. Neste caso, a Corte IDH entendeu que “não houve pelo Ministério Público o cumprimento de sua função de controle da atividade investigativa, pois promoveu o arquivamento do inquérito policial mesmo com a inexistência da realização de diligências mínimas e mesmo com a flagrante violação à independência durante mais de uma década” (PAGLIARINI; CARVALHO, 2021, p. 105).

5 O Caso Garibaldi foi assim denominado devido ao homicídio de Sétimo Garibaldi, provocado por uma milícia que desocupou de maneira forçada uma ocupação do Movimento Sem Terra, na cidade de Querência do Norte/PR, ocorrida em 27/11/1998. Os principais motivos de ter sido levado à Corte IDH também se referem às omissões nas investigações. Nesse caso em especial, o Ministério Público na época arquivou o inquérito policial mesmo havendo indícios de que a arma do crime fora adulterada pelos policiais que investigaram o caso e depois dada como “perdida”, que não foram realizadas perícias em todos os materiais bélicos encontrados no local do crime e que não foram feitas diligências de acareação entre testemunhos contraditórios. Apenas no ano de 2009, e, portanto, 11 anos depois, o inquérito foi desarquivado.

Em sede de julgamento de medida cautelar na ADPF 635/MC, o Ministro Edson Fachin apontou para a obrigatoriedade de investigação pelo Ministério Público em casos de morte praticada por policiais, tendo em vista ser a única Instituição imparcial nesses casos. Vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. OMISSÃO ESTRUTURAL DO PODER PÚBLICO NA ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A REDUÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO. LIMITAÇÕES LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. INDEPENDÊNCIA E AUDITABILIDADE DAS PERÍCIAS DO ESTADO. PROTOCOLO DE MINNESOTA. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS OPERAÇÕES POLICIAIS NAS PROXIMIDADE DE ESCOLAS. DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ABSOLUTA PRIORIDADE. FUNÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEVER DE INVESTIGAR EM CASOS DE SUSPEITA DE ILÍCITOS PRATICADOS POR AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA

(...)

9. O reconhecimento da competência investigatória do Ministério Público, tal como fez este Tribunal quando do julgamento do RE 593.727, deflui da competência material direta do Ministério Público, consoante disposto no art. 129, I e IX, da Constituição Federal. O sentido da atribuição dada ao Ministério Público no texto constitucional coincide com o papel que se exige de uma instituição independente para a realização das atividades de responsabilização penal prevista nos Princípios das Nações Unidas sobre o Uso da Força e Armas de Fogo. O reconhecimento do poder do Ministério Público de realizar essa atividade não pode ser visto como faculdade, pois quem detém a competência para investigar não pode agir com discricionariedade sobre ela,

sob pena de compactuar com a irregularidade que deveria ser cuidadosamente apurada. Ademais, não se pode alegar que a competência dos delegados de polícia para a realização de investigações de infrações que envolvam os seus próprios agentes atenda à exigência de imparcialidade, reclamada pelos tratados internacionais de direitos humanos. Sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do órgão do Ministério Público competente. O exercício dessa atribuição deve ser ex officio e prontamente desencadeada, o que em nada diminui os deveres da polícia de enviar os relatórios sobre a operação ao parquet e de investigar, no âmbito interno, eventuais violações.

[...]

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça, em harmonia com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, entende que seria um verdadeiro poder-dever, decorrente da titularidade da ação penal. E apontam a necessidade de aplicação do Protocolo de Minnesota, com a instauração de uma comissão especial de inquérito, para que haja uma investigação paralela à policial que seja objetiva e imparcial, seguindo as diretrizes internacionais.

As diretrizes e precauções apontadas pelo protocolo buscam sanar a ausência de imparcialidade do trabalho pericial. Isso porque, apesar de dizer-se científico, o trabalho pericial não possui checagem e possibilidade de modificação dos resultados pelos pares.

A questão apontada anteriormente é somada à cultura existente dentro dos órgãos que realizam as perícias, inicialmente ligados à polícia civil. Conforme Garrido e Giovanelli (2011, p. 14):

A lógica de funcionamento dos órgãos periciais é subsumida pelos mecanismos de poder e estruturação estabelecidos no âmbito da polícia civil. Ou seja, a perícia nada mais é do que uma das estruturas mantenedoras e reprodutoras da cultura e de práticas comumente adotadas pela polícia civil.

Dentro deste contexto, pode-se caracterizar a investigação policial, em geral, pelo uso de práticas inquisitoriais em que primeiro se supõe a existência de um crime, depois se presume um culpado e em seguida buscam-se provas para condená-lo. Como a polícia agrega as funções de repressão

e investigação, muitas vezes há uma contaminação de princípios aparentemente contraditórios.

Para Kant de Lima (1999, apud GARRIDO; GIOVANELLI, 2011, p. 10), as práticas ilegais ou insuficientes realizadas por esses órgãos não são incomuns, por estarem embebidos da cultura policial.

Ainda que tenha havido a separação da polícia e subordinação às secretarias de segurança pública, a história dos órgãos periciais e o perfil dos profissionais – muitas vezes advindos das carreiras policiais – fazem com que a parcialidade deles seja um ponto de alerta quando os crimes tenham como investigados policiais e profissionais da segurança pública (GARRIDO; GIOVANELLI, 2011, p. 14).

Ao Ministério Público importa conhecer o texto contido no protocolo, até mesmo para postular pedidos e contestar perícias parciais, conseguindo constatar quando, e se cenas de crimes foram alteradas, se todos os quesitos foram respondidos pelo perito oficial, dentre outras questões tão caras ao processo penal. Diante disso, é recomendada a instauração de um Procedimento Investigatório Criminal para acompanhamento desses casos, podendo valer-se, se identificada a necessidade, de perícias da própria instituição.

4 OS LIMITES PARA APLICAÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos interpreta as garantias de acesso de forma ampla e entende que os Estados têm o dever de aplicar o Protocolo de Minnesota. Todavia, internamente, esbarramos em diversas dificuldades para sua aplicação.

Antes das dificuldades da aplicação do protocolo, em si, que têm causas mais materiais, é necessário mencionar que existem também restrições jurídicas para adoção de parâmetros de investigação da Corte IDH.

A principal restrição é a ausência de uma norma específica do SIDH indicando quais seriam os procedimentos investigativos básicos que estariam os Estados membros obrigados a adotar. Verifica-se que aquilo que a Corte IDH entende como parâmetros necessários é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Uma das obras doutrinárias onde se encontram os parâmetros de investigação é de autoria do Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, o CEJIL. Conforme se extrai do estudo de Rocha (2020, p. 21):

Na obra “*Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*”, delimitaram 9 (nove) “Pressupostos básicos em toda a investigação relacionada com gra-

ves violações de direitos humanos” (2010, p. 38). Segundo eles, a investigação deve:

- a) Estar destinada a localizar a vítima ou seus restos, em caso de não se conhecer seu paradeiro;
- b) Estar direcionada a estabelecer a identidade da(s) vítima(s) em caso de execução extrajudicial;
- c) Estar direcionada a sancionar todas as pessoas responsáveis pelas violações;
- d) Abarcar a totalidade dos fatos violadores aos direitos humanos;
- e) Executar as ordens de captura e as decisões judiciais;
- f) Utilizar todos os meios a seu alcance para a obtenção das provas;
- g) Contar com o apoio de experts para alcançar a verdade dos fatos;
- h) Considerar o contexto e as peculiaridades da situação ou do tipo de violação que se está investigando;
- i) Considerar diversas hipóteses, contar com uma metodologia para descartá-las e ser consistente.

As sentenças da Corte IDH – que formam a jurisprudência interamericana – também acabam por determinar o que seriam as violações ante a falta de um documento legal. Porém tal fato esbarra no fato de elas não serem fontes internacionais de direito para o Brasil, que reconhece como fonte somente o tratado, os princípios gerais do direito e o costume. E essas fontes têm meios para serem incorporadas (GALINDO, 2014, p. 289-291).

Existem ainda outras restrições jurídicas para a delimitação dos parâmetros de investigação, que não serão abordadas neste trabalho. Cabe apenas apontar o longo caminho para que haja parâmetros mínimos e que a utilização do Protocolo de Minnesota pode ser um passo inicial para impedir que haja condenações por violações de direitos humanos, ou melhor, para garantir que a investigação seja isenta, justa e eficaz.

O protocolo traz diretrizes metodológicas a serem utilizadas pelos profissionais responsáveis pelas investigações, que deverão fazer as perguntas básicas que tragam um direcionamento, descartando o que for desnecessário e otimizando a busca pelo resultado.

Ainda que haja as restrições jurídicas, a utilização do protocolo pode trazer resultados práticos ao Promotor de Justiça em casos de mortes potencialmente ilícitas, quando a isenção de autoridades policiais na condução das investigações é bastante questionada.

O conhecimento do texto e o estudo do documento são importantes para que o Ministério Público adquira maior entendimento sobre o trabalho pericial e saiba identificar quando respostas trazidas pelos peritos são incompletas, ou até mesmo contraditórias com os fatos investigados.

Dá também munção, inclusive, para a atividade postulatória, podendo o membro encaminhar quesitos do protocolo para o perito oficial ou utilizar perícia própria, dificultando as violações.

Por isso, recomenda-se a instauração de Procedimento Investigatório Criminal, por parte do Ministério Público, para realização de investigação paralela àquela realizada pela polícia.

A aplicação do protocolo também encontra problemas de ordem prática, e a primeira delas são as muitas atribuições que os membros possuem, somadas à insuficiente estrutura de algumas promotorias, o pouco conhecimento que se tem desse documento, mais a dificuldade de encontrá-lo traduzido para a língua portuguesa.

O pouco conhecimento sobre o texto esbarra na existência de poucos estudos específicos sobre a aplicação desse protocolo, não havendo dados concretos de sua aplicação no país, o que dificulta quaisquer análises sobre o tema.

Além disso, a estrutura do serviço de perícia forense no Brasil é bastante carente, em especial nos rincões brasileiros, o que torna as investigações ainda mais difíceis de ocorrerem utilizando os critérios internacionais.

Grande parte das comarcas brasileiras, senão a maioria, não possui peritos oficiais, não há isolamento dos locais de crime, colheita de vestígios, câmaras frias para conservação dos corpos das vítimas, dentre outros problemas. Ou seja, há uma falta de organização e padronização de procedimentos, e insuficiência tecnológica, conforme se observa no “Diagnóstico da Perícia Criminal Brasileira”, publicado pela SENASP (BRASIL, 2013).

Até mesmo as provas requeridas nos processos penais são insuficientes, justamente por essa carência. Quando muito, são realizadas perícias em armas e munições que dependem da análise de peritos de outras localidades, em geral abarrotados de trabalhos e carentes de tempo para o aprimoramento profissional.

No estado do Maranhão, por exemplo, existem apenas centros da Polícia Técnico-Científica nas cidades de São Luís, Imperatriz e Timon. O centro São Luís possui sete Institutos: o ICRIM, o IML, o IDENT, o CPTCA, o IGF, o ILAF e a

CCVC. Já o Polo Imperatriz como o Polo Timon, possuem apenas Unidades Periciais do ICRIM e IML.

Conforme o diagnóstico:

Tanto o Polo Imperatriz como o Polo Timon, contam apenas com as Unidades Periciais do ICRIM e IML, os quais, atualmente, são responsáveis por 79 (setenta e nove) municípios circunvizinhos. No entanto, tais Institutos só conseguem dar pronto atendimento a municípios que distam até 200 Km (duzentos quilômetros) desses órgãos, e isso em casos de crimes contra a pessoa na modalidade homicídio ou suicídio. Nas demais situações o atendimento só acontece por meio de agendamento. Por outro lado, o IML e ICRIM de São Luís respondem, com muitas dificuldades, por 83 (oitenta e três) municípios, inclusive cidades que são de abrangência dos outros polos, sendo que desse quantitativo apenas os municípios da Grande São Luís têm suas ocorrências atendidas de imediato, enquanto que as demandas das demais cidades só são atendidas também mediante agendamento. O mesmo ocorre com os demais Institutos (IDENT, CPTCA, IGF, ILAF e CCVC). Os demais municípios, ou seja, mais de cinquenta, também têm suas demandas atendidas, porém num lapso tempo maior, mesmo quando agendado (MARANHÃO, 2016, p. 3).

É certo que a cultura constitucional, fortalecida após a promulgação da CFRB de 1988, conseguiu minimizar a cultura policial do passado – que, como já mencionado, influencia historicamente os centros de perícia – mas a realidade mostra que há muito o que avançar.

Isso tudo, somado às dificuldades práticas para a aplicação do protocolo, confirmam as falhas do Estado, que deixa de fornecer instrumentos necessários para as investigações ao não dar estrutura de trabalho necessária quando deveria fazê-lo, negligenciando ações para mudar a cultura policial.

Tais falhas já foram tratadas de alguma maneira em sentenças condenatórias da Corte IDH contra o Brasil, contudo, conforme aponta Bolfarini, os Estados têm cumprido as condenações da corte de maneira “*à la carte*”, ou seja, escolhendo quais pontos irão cumprir e quais não, seja pelas dificuldades apontadas, seja por desinteresse político em mudar a realidade quanto a isso.

Frente ao exposto, percebe-se que o desconhecimento sobre esse protocolo faz com que sua aplicação seja condicionada ao membro que atua no caso,

não havendo uma uniformização da atuação, sendo essencial uma mudança nessa realidade.

O passo inicial para superação desse problema passa pela formação de membros e servidores a partir de uma política institucional, que uniformize a atuação do Ministério Público junto ao SIDH. Preparando-os para apresentar relatórios de monitoramento de tratados (*treaty bodies*), se utilizar de procedimentos de queixa individual, realizar controle de convencionalidade, entre outros (CARNEIRO, 2018, p. 166-182).

Mas também, após tais formações, determinem a aplicação de protocolos internacionais que auxiliem o Órgão no cumprimento de suas atribuições institucionais, deixando no passado as práticas que contribuíram para as condenações pela Corte IDH.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se que a importância de parâmetros de investigação garante o direito de acesso e a recurso judicial efetivo. E, de forma geral, garantem também os direitos das vítimas – ainda que representadas por seus herdeiros e familiares, impedindo a impunidade dos violadores dos direitos, o que só é alcançado com uma investigação eficaz, que deve ser a finalidade do Ministério Público.

Podemos afirmar que a tentativa de buscar a imparcialidade e eficácia das investigações visa a esse fim de proteger o direito à vida e, por isso, diz respeito aos direitos das vítimas, em especial quando a morte pode ter sido causada por atos ou omissões do Estado, seus órgãos ou agentes, tendo em vista a desproporção de forças existentes entre os atores do processo penal.

Apesar do Órgão Ministerial possuir um fim, que é a busca pela punição de agentes que tenham a autoria e materialidade comprovadas em seu desfavor, é a Instituição com maior independência para a busca dissociada de interesse.

Quando se fala de agentes estatais, em especial aqueles ligados à segurança pública, envolvidos em mortes ilícitas, a atuação do Ministério Público é essencial para a garantia da busca pela verdade. E, nesse caminho, o conhecimento do Protocolo de Minnesota (e outros documentos internacionais) pode auxiliar os membros a identificarem aquelas provas que não estão sendo levadas para as periciais, ou que chegam aos peritos com alteração ou com incompletudes que impedem uma boa perícia de ocorrer.

O protocolo deixa claro que proteger o direito à vida significa prevenir as execuções sumárias ou forçadas e exige a responsabilização quando essas arbitrariedades

des ocorrem, dando aos operadores do direito e a todos os envolvidos na investigação, algumas diretrizes que orientam a busca por provas isentas.

Por isso, ele é uma arma tão poderosa para o Ministério Público, que tem o dever constitucional de acusar e buscar a condenação, sendo este um papel atribuído pela Constituição brasileira.

A utilização do protocolo pode ser um meio para buscar essa responsabilização e impedir ou ao menos tentar impedir as violações de direitos humanos. E mais, ele pode ser uma ferramenta de uso imediato do membro dessa Instituição, frente à ausência de um texto legal que fornece parâmetros investigativos.

Ainda que o Estado cumpra as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos de maneira parcial, cabe ao Ministério Público – em especial devido à independência funcional – a busca pela superação dos vícios durante a investigação, protegendo, assim, os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Nações Unidas atualizam protocolo global para investigação de homicídios*. Brasil, 24 maio 2017. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/oficina-del-acnudh-publica-directrices-mundiales-para-investigar-las-ejecuciones-arbitrarias/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BOLFARINI, Isabella Christina da Mota. *Força Vinculante das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador, Brasil: Editora JusPodivm, 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil*. Brasília. 2013.

CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. *O papel do Ministério Público junto ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, p. 1-240, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José, Costa Rica, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Sentença de 23 de setembro de 2009 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José, Costa Rica, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José, Costa Rica, 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). San José, Costa Rica, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

CUNHA, José Ricardo; BORGES, Nadine. “Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão”. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Direitos Humanos: poder judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2011.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira; MAUÉS, Antonio. O Caso Brasileiro. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres. *Proteção multinível dos Direitos Humanos*. Barcelona, Espanha: Rede de Direitos Humanos e Educação Superior, 2014.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. A perícia criminal no Brasil como instância legitimadora de práticas policiais inquisitoriais. *Revista do Laboratório de Estudos de Violência da UNESP*, Marília, v. 7, n. 7, p. 1-20, jun. 2011.

LUMIENTO, Maria Elena. Sobre la obligación de aplicar los Protocolos de Estambul y Minnesota en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Quaestio facti*, Madrid, n. 3, p. 217-249, fev. 2022.

MARANHÃO. Secretaria de Estado da Segurança Pública. *Expansão da polícia técnico-científica do Estado do Maranhão*. São Luís, 2016.

PAGLIARINI, Alexandre; CARVALHO, Luciana. Violações brasileiras às “garantias judiciais”: uma visão a partir da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 93-127, jan./abr. 2021.

PROTOCOLO de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016). Nova York: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/07/Protocolo-de-Minesota-sobre-investigar-mortes-ilicitas.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

ROCHA, Marcos Alexandre de Carvalho. *Restrições jurídicas na adoção pelo Brasil dos parâmetros de investigação da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2020. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

A INCIDÊNCIA DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MARANHÃO: PERCEPÇÃO E REALIDADE

THE INCIDENCE OF CORRUPTION CRIMES IN THE MILITARY POLICE OF THE STATE OF MARANHÃO: PERCEPTION AND REALITY

*Clodomir Bandeira Lima Neto*¹

Resumo: Este trabalho pretende abordar sobre a incidência dos crimes de corrupção praticados por policiais militares no Estado do Maranhão, a partir da análise de dados coletados junto aos Órgãos de Controle Interno e Externo da Atividade Policial Militar, analisando-os em cotejo com a percepção pela sociedade da corrupção como problema que afeta em alta monta a institucionalidade brasileira.

Palavras-chave: corrupção; Polícia Militar; incidência.

Abstract: This work addresses the incidence of corruption crimes committed by military policemen in the State of Maranhão, from the data analysis collected from the Internal and External Control Agencies of military police activity, analyzing them in comparison with the society's perception of corruption as a problem that highly affects Brazilian institutionalality.

Keywords: corruption; Military Police; incidence.

1 Promotor de Justiça, titular da 6ª Promotoria Especializada - 1ª Militar, do MPE-MA. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão.

1 INTRODUÇÃO

Conforme se pode extrair da Transparência Internacional Brasil (2021), que produz o Índice de Percepção da Corrupção, o Brasil, relativamente ao ranking de 2021, aparece como um dos países de pior avaliação nesse aspecto. Em uma escala que vai de 0 a 100, sendo 100 para muito íntegro e 0 para altamente corrupto, o Brasil alcançou nota 38, abaixo da média global que é de 43, e que o coloca na posição 96, de 180 países avaliados.

Apenas para uma análise comparativa em relação a outros países pesquisados, o Brasil, além de ter ficado abaixo da média global, ficou abaixo da média dos países dos Brics, que é de 39 pontos e abaixo da média regional para a América Latina e Caribe, que é de 41 pontos.

A corrupção é um dos cânceres mais virulentos que corroem a institucionalidade brasileira e se apresenta como um problema de graves consequências e de difícil solução.

A corrupção policial constitui matéria pouco pesquisada no Brasil, especialmente no Maranhão, sendo escassos os materiais de pesquisa que traduzam com fidedignidade científica a incidência de corrupção na esfera policial militar. Porém, em muitos escritos sobre o assunto, são recorrentes as referências à corrupção nas organizações policiais como uma das práticas ilegais que mais demandam por parte da sociedade providências das autoridades.

Como bem notam Lemgruber, Musumeci e Cano (2003, p. 49),

Com a ampliação das demandas por democracia real, que expõem a necessidade de se conhecer as estruturas das instituições policiais e suas formas de atuação, as discussões sobre os mecanismos de controle da corrupção policial têm ganhado em importância no Brasil, especialmente dada a falência das velhas políticas de segurança pública diante das novas facetas da criminalidade urbana.

Ademais, a forma de atuação da Polícia Militar, traduzida pela sua presença física no dia a dia das cidades, implicando intervenções diretamente decorrentes da prática de crimes corriqueiros, e que assenta na ostensividade sua principal característica, constitui porta aberta para essa nefasta prática.

Nesse sentido a observação de Lemgruber, Musumeci e Cano (2003, p. 41):

Além da tortura e do uso excessivo da força, outro grave problema das polícias no Brasil é a corrupção. Embora esteja presente, em variados graus, nos mais diversos tipos de instituições, a corrupção constitui marca registrada das nossas polícias.

Daí por que, como bem enfatizam Cano e Duarte (2014), “o monitoramento dos policiais no seu trabalho cotidiano constitui um desafio para todas as instituições de segurança pública do mundo”.

Em ensaio sobre as tipologias do controle da corrupção na experiência brasileira, Avritzer e Filgueiras (2011) anotam que “Quando se trata da ideia de controle da corrupção, é comum tipificá-la a partir da diferença entre controle externo e controle interno.”

Segundo esses autores:

Essa tipificação parte de uma diferenciação das formas de controle sobre a Administração Pública, em que o controle externo seja efetuado por uma entidade externa à Administração, que exerce atividades de vigilância, correção e orientação (GOMES; ARAÚJO, 2008). O controle interno, por sua vez, refere-se às práticas que a própria organização exerce sobre seus atos, sendo entendidas como o conjunto de ações, métodos, procedimentos e rotinas que visam a preservar a integridade de seu patrimônio e a examinar a compatibilidade entre ações e princípios pactuados (SPINELLI, 2008).

Assim é que se apresentam os sistemas de controle da atividade policial no Maranhão, que se materializa por via da Corregedoria Adjunta de Polícia e Ouvidoria da Segurança Pública do Estado do Maranhão, às quais cumprem, de um lado, o exercício do controle interno, e assentam sua orientação para apuração disciplinar da conduta policial, e, por outro, pelos órgãos de controle externo, essencialmente o Ministério Público, cujas atribuições orientam-se para apuração criminal das condutas que chegam a seu conhecimento.

A investigação que aqui se levou a cabo adveio de pesquisa junto aos acervos da Corregedoria Adjunta e do Comando Geral da Polícia Militar do Maranhão, e do Ministério Público Estadual do Maranhão, via da 6ª e da 7ª Promotorias Especializadas da Capital (1ª e 2ª Promotorias Militares), a partir de procedimentos administrativos instaurados (notícias de fato, investigações preliminares, inquéritos policiais militares, procedimento de investigação policial) nos últimos 5 anos, visando à apuração disciplinar e/ou criminal de condutas correspondentes a corrupção.

Aliás, o interesse acerca do tema decorreu também de minha experiência no Ministério Público Estadual do Maranhão como Promotor de Justiça à frente da 6ª Promotoria de Justiça Especializada – 1ª Promotoria Militar, que, como dito supra, detém dentre suas atribuições o exercício do controle externo da atividade policial militar e o ofício junto à Vara da Auditoria Militar do Poder Judiciário Estadual do Maranhão, única com competência no Estado do Maranhão para conhecer dos processos por crimes militares.

Anote-se que a expressão crimes de corrupção é utilizada aqui em sentido mais ampliado e que vai além da definição típica correspondente ao artigo 308, *caput*, do Código Penal Militar, como, aliás, faz Beato (2012), em artigo sobre corrupção policial, no qual define a prática como “o ato cometido por funcionários públicos, no caso policiais, que buscam auferir vantagens em função de sua função através de peculatos, concussão, exação, corrupção passiva, prevaricação e condescendência criminosa”, de modo que o “termo corrupção pode envolver acepções diversas que englobam comportamentos desviantes usuais por parte de policiais”.

2 ÓRGÃOS DE CONTROLE

2.1 Controle interno

O controle da atividade policial militar no Maranhão se faz internamente pela Corregedoria Adjunta de Polícia em sede disciplinar, com a colaboração da Ouvidoria da Segurança Pública do Estado do Maranhão, e através da Subseção de Justiça, como decorrência do exercício da atividade de polícia judiciária.

A Corregedoria Adjunta de Polícia foi criada via da Lei Estadual nº 8.381, de 19 de abril de 2006, é encabeçada por um Oficial com posto de Coronel e funciona como um braço da Corregedoria Geral do Sistema Estadual de Segurança Pública, esta que, por sua vez, foi criada pela Lei Estadual nº 7.760, de 17 de julho de 2002. A mesma lei criou a Ouvidoria da Segurança Pública do Estado do Maranhão.

Segundo a lei de sua criação, à Corregedoria Geral do Sistema Estadual de Segurança Pública cabe promover correições e inspeções nos órgãos do Sistema Estadual de Segurança Pública, bem como orientar e fiscalizar as atividades funcionais e a conduta dos servidores civis e militares pertencentes

ao Sistema, enquanto a Ouvidoria da Segurança Pública do Estado do Maranhão tem a finalidade de receber e analisar reclamações, denúncias, sugestões e elogios apresentados pelo público externo e interno, encaminhar as demandas aos setores competentes, acompanhar as providências adotadas, cobrar retorno e soluções tempestivas e manter o cidadão informado do andamento.

Enfatize-se que à Corregedoria Adjunta de Polícia cabe apenas a fiscalização das atividades funcionais e de conduta dos militares visando à responsabilização disciplinar, e conta com 32 (trinta e dois) militares, dos quais: 1 Coronel, 2 Tenentes Coronéis, 4 Majores, 3 2º Tenentes, 2 Sub Tenentes, 2 1º Sargento, 3 2º Sargentos, 5 3º Sargentos, 9 Cabos e 1 Soldado, devendo-se aqui registrar-se que o efetivo da Polícia Militar do Maranhão é constituído por atuais 11.180 militares.

Já no que respeita ao controle decorrente do exercício da atividade de polícia judiciária, há na organização administrativa da Polícia Militar do Maranhão a Subseção de Justiça, vinculada à Diretoria de Pessoal da Polícia Militar, a quem cumpre a gestão da tramitação de inquéritos policiais militares, incluídos nessa atribuição a análise, o saneamento, a confecção de soluções e a homologação dos respectivos inquisitórios, seção que conta com um efetivo de 13 (treze) militares dos quais dois cumprem a função de meros estafetas, cabendo aqui destacar que a condução dos Inquéritos Policiais Militares constitui atividade do Comandante-Geral, ou por este delegada aos oficiais a ele subordinados, já que a instituição não dispõe de uma equipe ou comissão de militares a quem se comine com exclusividade essa tarefa.

2.2. Controle externo

O controle externo da atividade policial militar em todo o Estado é realizado pelo Ministério Público Estadual, como decorrência de mandamento constitucional (art. 129, VII, da Constituição Federal), e nos termos das Resoluções do Colégio de Procuradores de Justiça do Maranhão nºs 019/2013, 116/2022 e 27/2015, das quais se extraem que o exercício do controle externo da atividade policial militar cabe à 6ª e à 7ª Promotorias de Justiça Especializadas da Capital, às quais incumbe sem prejuízo do controle difuso exercido por Promotor de Justiça Criminal com atribuição especializada sobre fatos verificados em exame de autos que lhe forem distribuídos, bem assim conhecer dos casos de abuso de autoridade e de tortura praticados em recinto de órgão ou de unidade móvel policial militar, ou a pretexto do exercício da função

policial militar, objetos de representações, inquéritos e notícias de fato, sem prejuízo da iniciativa de ofício, promovendo-lhes a apuração por instauração dos procedimentos administrativos pertinentes e respectivas ações judiciais.

A 6ª e a 7ª Promotorias de Justiça Especializadas da Capital oficiam nos feitos da Auditoria da Justiça Militar, com sede na Capital, única unidade com competência para conhecimento e julgamento de crimes militares.

Destarte, cabem a essas duas unidades ministeriais, com atuação na Auditoria da Justiça Militar, o exercício efetivo do controle externo resultante da prática de crimes militares praticados em todo o Estado do Maranhão, já que a colaboração dos Promotores de Justiça Criminais com essa atribuição específica em seus correspondentes ofícios restringe-se na prática à comunicação das ocorrências de ilícito perpetrado por militar no exercício da atividade (crime ou infração disciplinar) constatadas em sua área de atribuição, que, ao fim e ao cabo deverão ser objeto das providências das unidades ministeriais da capital, alhures mencionadas, visando à responsabilização dos infratores.

Aliás, essa prática de atuação também é a mais frequente nas 6ª e 7ª Promotorias de Justiça Especializadas da Capital, que comumente, diante das notícias de crimes envolvendo militares, requisitam aos Órgãos de Controle interno a apuração e a posterior remessa de suas conclusões para as providências de praxe, isto para evitar que as referidas unidades se transformem em Delegacias de apurações de crimes militares, o que inviabilizaria o seu regular funcionamento, dado que a atribuição desses Órgãos estende-se para todo o Estado do Maranhão.

3 A INCIDÊNCIA DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO

Conforme já mencionado acima, este trabalho busca, a partir das demandas que chegaram aos órgãos de controle da atividade policial militar no Estado do Maranhão entre os anos de 2017 e 2021, quais sejam, a Corregedoria Adjunta da Polícia Militar do Maranhão e o Ministério Público Estadual, demonstrar a incidência de notícias de corrupção decorrentes da atuação policial militar.

Registre-se que no período correspondente à pesquisa foram dirigidas à Corregedoria Adjunta de Polícia Militar 3.033 (três mil e trinta e três) notícias de envolvimento de policiais militares em infrações disciplinares e crimes das mais diversas naturezas, conforme dados oficiais colhidos junto ao referido Órgão.

Tabela 1 - Quantitativo de notícias de fato envolvendo policiais militares entre 2017 a 2021 e sua situação

SITUAÇÃO	ANO				
	2017	2018	2019	2020	2021
Em andamento	343	445	505	245	279
Confecção de relatório	1	0	2	74	100
Finalizada	224	255	387	164	9
	568	700	894	483	388

Fonte: Corregedoria Adjunta de Polícia Militar

De acordo com informação oficial da Corregedoria Adjunta de Polícia Militar, dentre os procedimentos encaminhados a esse Órgão, 70 (setenta) tratavam-se de notícias de corrupção policial, aí incluídos casos de corrupção propriamente ditos, de concussão, extorsão, peculato e prevaricação, de acordo com a tabela abaixo:

Tabela 2 - Notícias específicas de corrupção policial

TIPO DE NOTÍCIA	ANO					
	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Corrupção	24	5	3	7	2	3
Extorsão	1	0	3	3	8	1
Peculato	0	0	0	0	0	0
Prevaricação	1	2	1	1	1	4

Fonte: Corregedoria Adjunta de Polícia Militar.

Revela-se daí uma incidência de cerca de 2,3% de crimes de corrupção, em relação aos demais reportados ao Órgão.

De outro lado, consoante as informações da Diretoria de Pessoal da PMMA, a quem cumpre o processamento de instauração de Inquéritos Policiais Militares, foram instaurados, em decorrência das referidas notícias, 21 Inquéritos Policiais Militares, entre 2020 e 2021, não dispondo a referida Diretoria de dados correspondentes a período anterior (2017, 2018, e 2019), que constituía objeto da avaliação, circunstância que dificultou a verificação da taxa de conversão das notícias em inquéritos.

Tabela 3 – Inquéritos policiais militares por crimes de corrupção

ANO	2020	2021
QUANTITATIVO	26	40

Fonte: Diretoria de Pessoal da PMMA

Entanto, visualizando os arquivos das Promotorias Especializadas com atribuição perante a Auditoria da Justiça Militar, com sede na Capital, no período correspondente à pesquisa, foram encontrados 41 processos-crime em trâmite, relativamente aos delitos que constituem objeto da análise, podendo-se, pois, inferir-se desses dados, que, das 70 notícias de crimes de corrupção chegadas à Corregedoria Adjunta de Polícia Militar, pelo menos 41 foram convertidas em IPM, demandando providências de parte do Ministério Público:

Tabela 4 – Ações penais por crimes de corrupção promovidas entre 2017 a 2021

ANO	17-21	
QUANTITATIVO	Corrupção	4
	Prevaricação	8
	Concussão	10
	Extorsão	4
	Peculato	15

Fonte: Promotorias de Justiça Militar

Ressalte-se que todas as notícias chegadas à Corregedoria Adjunta de Polícia Militar partiram dos próprios vitimados, que, ou se dirigiram diretamente a esse Órgão para fazer a comunicação, ao à Ouvidoria Geral da Secretaria de Segurança Pública do Estado, à Ouvidoria do Ministério Público, aos próprios órgãos ministeriais com atuação via das diversas Promotorias de Justiça, que, por sua vez, comunicaram a ocorrência a uma das Promotorias de Justiça Especializadas da capital, solicitando a devida apuração.

Como pode ser observado dos dados colhidos, especialmente se se proceder à análise comparativa da proporção de notícias de corrupção policial registradas nos Órgãos de Controle, observa-se uma taxa relativamente baixa de incidência dessa espécie de delitos no Maranhão, o que, aliás, curiosamente é refletido em algumas das pesquisas de vitimização realizadas no Brasil a que este autor teve acesso.

De se registrar que a pesquisa de vitimização é a metodologia atualmente considerada mais eficaz para investigações sobre criminalidade. Trata-se de modelo estabelecido pelo *National Victimization Survey*, dos Estados Unidos, que revela amostragem de dados obtidos a partir de entrevistas feitas com a vítima, ou outra pessoa do domicílio abordado, em que os entrevistados respondem a questões sobre si mesmos, especialmente se já foram vitimizados, por via da qual busca-se identificar as características do crime, suas consequências, perfil da vítima e do seu ofensor, se o delito foi noticiado à polícia e outros dados julgados relevantes para amostragem.

Essa metodologia representa, assim, uma contraposição a métodos embasados em informações colhidas apenas em registros oficiais, que apresentariam percalços como, por exemplo, a subnotificação e a seletividade exercível pelos sistemas de controle.

Pesquisa de vitimização veiculada por Lemgruber, Musumeci e Cano (2003, p. 42), “efetuada no Rio de Janeiro no ano de 1996, constatou que 3% das pessoas haviam sofrido extorsão por policial ou outro agente público no último ano.” Os mesmos autores referem ainda mais uma pesquisa sobre o tema, esta aplicada na Baixada Fluminense em fins do ano 2000, “que aponta que 7% das pessoas entrevistadas disseram conhecer pelo menos um morador do seu bairro que havia sofrido extorsão por polícias nos últimos 12 meses” (LEMGRUBER; MUSUMECI; CANO, 2003, p. 42).

O mais recente estudo sobre vitimização feito no Brasil, realizado em 2017, promovido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, através da SENASP – Secretaria Nacional de Segurança Pública (BRANDÃO; BAPTISTA; ENGEL, 2017), revela que 2,6%, entre os entrevistados, afirmaram já terem sido vítimas de extorsões ou pagamento de propinas a policiais.

Registre-se, pois, diante do que foi referido acima, que se verifica uma proximidade bem estreita entre os resultados obtidos nas pesquisas de vitimização referidas e a realidade que é constatada neste estudo por meio das informações oficiais fornecidas pelos sistemas de controle, acerca da incidência de crimes de corrupção no Maranhão, com efeito, os estudos SENASP/2017 apontam que 2,6% entre os entrevistados disseram ter sido vítimas de corrupção enquanto os dados oficiais obtidos mostram que apenas 2,3% dos procedimentos instaurados, em cinco anos, na Corregedoria Adjunta de Polícia Militar do Maranhão, tratam de investigações sobre corrupção, circunstância que aponta certa discrepância entre o que é percebido pelo senso comum e o que realmente é passível de demonstração.

4 A DISCUSSÃO DOS DADOS

A revelação extraída dos estudos aqui referenciados, consoante constatado pela metodologia proposta, leva de fato à conclusão de que, efetivamente, são baixos os índices de corrupção policial no Estado do Maranhão. Se, de um lado, o Brasil é um dos países cuja população mais percebe a corrupção, e, de outro lado, se é na atuação policial militar que a nociva prática, segundo muitos estudos supracitados, mais se destaca, era de se esperar um número muito maior do que o que foi constatado.

Aqui cabe um parêntese para análise de alguns aspectos que se mostram relevantes para a compreensão do tema, e que se apresentariam como obstáculos à efetividade dos sistemas de controle, mas que ao final se verá que não se revelaram intransponíveis a ponto de objetar as conclusões a que levaram esta pesquisa.

Observe-se que os já referidos Estudos Sobre Vitimização apontam que a população desconhece em grande parte as instituições dedicadas ao controle da atividade policial, e que o desconhecimento sobre a existência de meios institucionais dedicados a coibir desvios de conduta praticados por agentes públicos mitiga a participação popular no controle do trabalho policial, enfraquece a própria atividade correicional e dificulta a ampliação dos níveis de transparência, bem como o próprio processo de depuração das organizações por parte da população (BRANDÃO; BAPTISTA; ENGEL, 2017).

Ademais, boa parte dos estudiosos do assunto aponta que o controle interno realizado por pares, como se dá no caso do modelo em exame, guarda muitas reservas. As Corregedorias de Polícia, a quem cabe a atribuição da investigação das notícias de indisciplina, ficam a cargo de um militar, auxiliado por militares, e, de outro lado, a atividade de investigação criminal via inquérito policial militar que apura o fato dado como criminoso é também exercida por militar, circunstância que não raro acaba por dissuadir a pretensão do cidadão de noticiar o fato.

Sobre o tema, anotam Cabral, Barbosa e Lazzarini (2008, apud OLIVEIRA NETO; ZACKSESKI; FREITAS, 2019, p. 385):

Na contramão da importância que as instâncias de controle possuem para um melhor desempenho do trabalho policial e, principalmente, para uma melhor relação entre polícia e sociedade, as pesquisas recentes na área expõem inúmeros problemas também na atuação interna das corregedorias. Como exemplo em destaque, há a influência que os atributos de cada função, a posição na hierarquia organizacional e os relacionamentos dentro da instituição policial possuem na condução e resolução dos processos de investigação.

Cite-se, ainda, que notadamente, há sérios problemas de ordem estrutural nas Corregedorias de Polícia, que trazem consequências em relação a seu regular funcionamento, como os relatados por Cano e Duarte (2014), em estudo realizado sobre a Corregedoria dos órgãos de segurança pública no Brasil. Leia-se:

São diversos os fatores que contribuem para o enfraquecimento da função correcional: a) parco efetivo; b) baixa qualificação dos agentes e ausência de formação específica; c) carência de infraestrutura física e material, incluindo a falta de um prédio próprio; d) falta de orçamento próprio; e) dependência da linha de comando das corporações; f) falta de gratificações específicas aos membros das corregedorias; g) forte cultura punitiva, em detrimento de uma cultura preventiva e voltada a melhora da qualidade do serviço; h) baixo investimento em atividades de inteligência.

Aliás, nesse aspecto, como demonstrado pelas informações oficiais já mencionadas, os efetivos tanto da Corregedoria Geral Adjunta da PMMA como da Subseção de Justiça do Departamento de Pessoal da PMMA, com 32 e 13 militares, respectivamente, em seus quadros para cuidar de mais de 3000 investigações, refletem bem a situação relatada pelos autores suso referidos.

Impende, ainda, destacar que, quanto ao controle externo da atividade policial, não apenas com base na minha experiência funcional à frente da 6ª Promotoria de Justiça Especializada no Maranhão, mas também em face das conclusões a que chegam o estudo sobre o Ministério Público como guardião da democracia brasileira, coordenado por Lemgruber, Ribeiro e Duarte (2016, p. 38) e que são no sentido de que também encontra limitações. Consoante já descrito, o controle externo da atividade policial exercido essencialmente pelo Ministério Público constitui atividade meramente reativa, decorrente de demandas das próprias vítimas e reflete-se quase sempre na mera requisição de investigação aos Órgãos de Controle interno, também assoberdados de atribuições e também com suas limitações, circunstância que leva a considerações como as feitas pelas referidas estudiosas, no mesmo trabalho:

Ao não exercer nessa área o poder amplo e exclusivo que lhe foi concedido, a entidade não só não contribui diretamente para melhorar a situação como impossibilita que outras instituições o façam, pois o monopólio constitucional do MP não permite que nenhuma delas tenha independência e respaldo legal suficientes para enfrentar as profundas mazelas que afetam as polícias militares e civis brasileiras.

As circunstâncias apontadas acima constituiriam verdadeiros percalços para a eficácia dos sistemas de controle e isso poderia trazer implicações nos baixos registros oficiais de corrupção apurados, o que faria incorrer este estudo nas deficiências apontadas em pesquisas decorrentes de dados oficiais, supra-apontados, como a subnotificação e a seletividade dos sistemas de controle.

Decerto que a qualidade dos sistemas de controle da atividade policial passa por todos esses percalços e a avaliação de sua eficácia não poderia deixá-los de lado, dado que é a eficácia dos instrumentos de controle que encoraja a demanda por providências de parte da sociedade em face de seus atores.

Como anotam Lemgruber e Musumeci (2017):

É fundamental aprofundar a discussão sobre a necessidade de instrumentos mais fortes e autônomos, capazes de reduzir a impunidade para os crimes e desvios, mas também de trabalhar na prevenção, ou seja, intervir nos contextos institucionais e culturais que vêm eternizando nossa convivência com polícias violentas, corruptas e ineficazes.

Ademais, reportar fato criminoso pressupõe confiança nas autoridades encarregadas da apuração. Oportuno enfatizar que este constitui obstáculo a ser passado, uma vez que pesquisas acerca da questão demonstram um índice muito grande de desconfiança da população brasileira nas organizações policiais, conforme demonstra, por exemplo, levantamento realizado pelo DataPoder360, realizada em junho de 2020².

Aliás, a desconfiança da sociedade em relação à Polícia talvez explique a alta percepção de corrupção em suas entranhas. Consabido que a Polícia não goza do mesmo prestígio de outras carreiras, circunstância que fatalmente leva a visões preconcebidas.

Nesse sentido, Paixão (1995), como sempre áspero e pontual:

O baixo prestígio atribuído quase universalmente à profissão policial não se dissocia de suspeitas coletivas de que a corrupção e a brutalidade são elementos “normais” do exercício de profissões que lidam diretamente com a “escória” social. Em contraste, o judiciário reivindica a “pureza” do trabalho de aplicação imparcial e desinteressada da lei através do ritual do procedimento.

2 FREIRE, Sabrina. *21% confiam totalmente na polícia; 16% não confiam*. 15 jun. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/21-confiam-totalmente-na-policia-16-nao-confiam/>. Acesso em: 5 ago. 2022.

No que pertine à atuação da Polícia Militar, a corrupção guarda estreitas relações com a violação de direitos humanos, dentre estas as que dizem respeito a violência policial, traduzidas nas mais amplas formas de abusos, o que fortalece mais ainda a percepção negativa da força policial no meio social.

Vem a corroborar essa assertiva a avaliação mencionada nos Estudos Sobre Vitimização da SENASP, já referidos:

A confiança na polícia militar e civil por parte da população se encontra, respectivamente, em 31% e 28%, mas se mostra muito pior quando houve vitimização pela polícia. Como ressalta Nascimento, percentuais elevados de vitimização por parte da polícia têm estreita relação com baixa confiança nas instituições de segurança pública. Episódios reprováveis da polícia contribuem sensivelmente para reduzir a legitimidade das políticas de segurança pública, em geral, e das corporações policiais, em específico (BRANDÃO; BAPTISTA; ENGEL, 2017).

Entanto, consoante se constata da pesquisa que leva às conclusões deste estudo, os obstáculos suprarreferenciados, a despeito de ocorrentes, não se revelaram impeditivos intransponíveis à conclusão de que dentre as variadas comunicações de crime dirigidas aos Órgãos de Controle, apenas uma pequena parcela das notícias envolvendo militares dizem respeito a crimes de corrupção, e que a percepção de corrupção militar decorre mais da desconfiança da sociedade na Polícia em face da enorme vitimização por outras ocorrências.

5 CONCLUSÕES

A hipótese inicial deste trabalho baseou-se na grande percepção de corrupção por parte das pessoas em relação à Polícia Militar no exercício da atividade. Percebe-se na prática, ademais, que, não raramente, crimes cometidos por militares, inclusive os dessa natureza, repercutem muito no meio social, ocupando espaços nas mídias local e nacional, cultivando a ideia de que a corrupção é o grande problema da caserna.

Ocorre que os dados analisados nesta pesquisa indicam que a corrupção não é a modalidade de crime mais incidente na corporação militar do Maranhão. Na verdade, os dados analisados apontam para uma taxa muito pequena de delitos dessa natureza no Estado, razão pela qual se apontam questionamentos acerca da compatibilidade entre a percepção social sobre a corrupção na atividade policial militar e a realidade apurada.

Sabe-se que a Polícia Militar do Estado do Maranhão enfrenta uma série de adversidades, dentre elas a escassez de recursos e de efetivo, má formação e baixa remuneração de seus integrantes. Ademais, conforme constatou-se neste trabalho, 3.033 investigações foram instauradas pela Corregedoria Adjunta da Polícia Militar, nos últimos cinco anos, para apurar desvio de militares, o que em si se revela um dado bastante relevante, se se levar em conta um efetivo de atualmente 11.180 membros.

Todavia, os dados apurados, entanto, apontam que condutas criminosas relacionadas à corrupção de seus membros não constituem o principal problema da Corporação maranhense, pondo, inclusive, em xeque narrativas recorrentes sobre a alta percepção de delitos dessa natureza em suas entranhas.

Na verdade, uma proporção tão grande de investigações por delitos em geral atribuídos a militares, com certeza traz repercussões sobre a confiança da sociedade na polícia, uma vez que essa intensa vitimização por parte de policiais destoava do que é minimamente esperado da sociedade em relação a atuação policial. Nesse contexto e aliado à alta taxa de corrupção nas instituições de Estado, exsurge todo o tipo de impressão negativa, incluída a que leva à percepção de corrupção policial a um nível superior ao que realmente pode ser demonstrado.

Reconhecendo-se que os delitos relacionados com a corrupção não são a maior demanda desse total, é de se voltar os olhos, em estudos futuros, para as outras modalidades criminosas em que se envolve boa parte da tropa, como a prática de lesões corporais, tortura e abusos na abordagem, como focos de maior preocupação, sem se descurar, claro, para o problema da corrupção, que constitui, sim, prática que deve ser contida e reprimida.

Pensando especificamente sobre o assunto, pode-se formular uma hipótese bastante incipiente, no sentido de que, a despeito da pouca visibilidade, principalmente dos Órgãos de Controle Interno, bem assim das circunstâncias que envolvem o reportar de crimes por vítimas decorrentes da atuação policial militar, tais não se revelaram, segundo a pesquisa, obstáculos que dificultassem o acesso da sociedade ao canal, uma vez que a demanda por providências em relação aos crimes de corrupção perpetrados por policiais militares no Estado corresponde de maneira bem próxima às amostras obtidas nas pesquisas de vitimização trazidas a cotejo neste trabalho, especialmente o estudo nacional de vitimização, de abrangência nacional, promovido pela SENASP.

Demais disso, o número de investigações instauradas pela Corregedoria Adjunta de Polícia Militar no decorrer de 5 anos – 3.033 (três mil e trinta e três), se comparado ao efetivo policial ativo do Maranhão, de pouco mais de 1.1000 membros, diz bastante sobre essa circunstância, com efeito, se essa série de noticiantes não se sentiu constrangida de levar ao conhecimento dos Órgãos de Controle os mais diversos desvios de que teriam sido vítimas, não haveria motivo para que se constrangessem a noticiarem desvios éticos.

A despeito das conclusões a que chega este trabalho, não se pode olvidar que os Órgãos de Controle da atividade policial do Maranhão sofrem de todos os problemas aqui apontados (infraestrutura precária, baixo efetivo, baixa especialidade, vinculação da autoridade correicional com o policial correicionado, atuação passiva e sob demanda), constituindo dever das autoridades responsáveis por sua condução o estreitamento de suas relações com a sociedade, com vistas a ampliar sua visibilidade e a transparência de sua atuação, especialmente por meio da compilação de dados que possam arrimar políticas de Estado.

O estudo da corrupção nas entranhas da Segurança Pública é um campo bastante produtivo e de fundamental interesse social, especialmente em uma época na qual se despertam na sociedade brasileira “as articulações positivas entre polícia e cidadania” (PAIXÃO; BEATO, 1997, p. 234).

Por fim, ressalte-se que submeter essa realidade ao escrutínio acadêmico também não deixa de ser uma forma de controle social. A interação da Academia com temas de enorme repercussão social tem o condão de qualificar o debate, impacta e possui alto poder de transformação na realidade.

De maneira alguma este autor pretendeu exaurir a análise do assunto, mas tão somente contribuir para o enriquecimento do debate, trazendo à luz a sua experiência como membro do Ministério Público e os dados obtidos junto aos órgãos responsáveis pela fiscalização da atividade policial militar.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. Brasília, DF: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2011. 40p. (Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 32).

BEATO, Cláudio. Corrupção policial. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 335-340.

BRANDÃO, Anderson Jorge Lopes; BAPTISTA, Gustavo Camilo; ENGEL, Cíntia Liara (coord.). *Estudos sobre vitimização*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2017. 295p.

CANO, Ignacio; DUARTE, Thais Lemos. *As corregedorias dos órgãos de segurança pública no Brasil*. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 84-108, ago./set. 2014.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda. O controle externo da polícia e o papel do Governo Federal. *Boletim de Análise Político-Institucional*, Brasília, DF, n. 11, jan./jun. 2017.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias?: um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila; MUSUMECI, Leonarda; DUARTE, Thais. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?* Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

OLIVEIRA NETO, Edi Alves de; ZACKSESKI, Cristina; FREITAS, Felipe da Silva. O controle interno da atividade policial no Nordeste: uma análise das representações sociais dos corregedores e dos policiais que trabalham em corregedorias sobre seu próprio trabalho. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=563860269009>. Acesso em: 1 mar. 2022.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *O problema da polícia: violência e participação política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1995. (Série Estudos).

PAIXÃO, Antônio Luiz; BEATO FILHO, Claudio C. *Crimes, vítimas e policiais*. *Tempo Social: Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, v. 9, n.1, p. 233-248, maio 1997.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *Índice de percepção da corrupção 2021*. [S.l.], 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 1 mar. 2022.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E O PAPEL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO NA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL ROLE OF THE RESOLUTIONARY PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN THE EFFECTIVENESS OF NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE

Ednarg Fernandes Marques¹

Resumo: O presente artigo pretende abordar, ainda que com breves apontamentos, as questões envolvendo a justiça penal negociada. A abordagem perpassa pelo marco legal da atual Constituição Federal e, a partir dela, da previsão de solução pacífica dos conflitos. Nesse sentido, igualmente a partir da Constituição Federal, buscou-se evidenciar a grande importância do Ministério Público em todo o processo da justiça penal negociada, por ser ele o ente estatal constitucionalmente encarregado de movimentar a ação penal pública e agir na defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais, pois nesse evidente esforço do legislador nacional de desburocratizar a Justiça, imprimindo-lhe mais agilidade nas ações, cabe ao Ministério Público, como partícipe necessário de tudo quanto envolva o direito negocial, velar para que as garantias fundamentais não sejam solapadas.

Palavras-chave: Constituição Federal; Ministério Público; justiça penal negociada.

1 Promotor de Justiça de Entrância Final, titular da 3ª Promotoria de Justiça Criminal de São Luís (MA). Atualmente ocupa a função de Assessor-Chefe da Assessoria Técnica da Procuradoria Geral de Justiça. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. E-mail: ednarg@mpma.mp.br; ednarg@uol.com.br.

Abstract: This article intends to approach, although with brief notes, the issues involving negotiated criminal justice. The approach permeates the legal framework of the current Federal Constitution, and, from there, the provision of peaceful resolution of conflicts. In this sense, also from the Federal Constitution, it was sought to highlight the great importance of the Public Prosecutor's Office in the whole process of negotiated criminal justice, as it is the state entity constitutionally in charge of filing the accusation and acting in defense of individual, unavailable, diffuse, collective and social interests, because in this evident effort of the national legislator to reduce the bureaucracy of Justice, giving it more agility in the actions, it is up to the Public Prosecutor's Office, as a necessary participant in everything that involves business law, to ensure that the fundamental guarantees are not undermined.

Keywords: Federal Constitution; Public Prosecutor's Office; negotiated criminal justice.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem uma grande Lei Fundamental. Nela se observa que a nação foi definida como um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, conforme se observa no preâmbulo da Constituição Federal. Estes, os principais objetivos do texto constitucional e também os mais valiosos princípios a orientarem a República brasileira.

Observa-se, logo no princípio da Constituição Federal, a afirmação de que o Brasil é um Estado Democrático, cabendo lembrar que foi em *Abraham Lincoln* que a definição de democracia encontrou seu maior eco: “Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”, materializando os étimos greco-arcaicos dos termos *demos* (povo) e *kraten* (governo).

A constituição brasileira, logo em seu artigo 1º, reafirma tudo quanto declarado em seu preâmbulo e, além de estabelecer os fundamentos do Estado Democrático de Direito, consigna que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único, CF/88).

A Constituição Federal de 88, portanto, traz, claramente, uma mensagem e, mais que isso, uma orientação, no sentido de que vivemos em uma democracia e que os valores supremos de nossa sociedade rumam no sentido de uma cidadania plena, onde são respeitados os direitos humanos e fundamentais (aqueles também que ela própria positiva).

Há uma verdadeira polifonia de discursos quando se trata de direitos humanos, contudo, parece que, mesmo diante de tal diversidade, há o consenso no sentido de que, são eles um conjunto de direitos essenciais a uma vida digna.

A Constituição Federal, por seus princípios e fundamentos, foi apelidada de a “Constituição Cidadã”, exatamente por reconhecer que um país só evolui na concretização dos direitos humanos. Nesse particular, já no multicitado preâmbulo, apontou o horizonte a ser seguido, e estabeleceu, como dito, a democracia, como meio a se atingir o que se projetou como vontade política transformadora, consoante se infere do seu artigo 3º. Para tanto, a Carta Magna de 1988 indicou direitos e garantias fundamentais e instrumentalizou o Estado com Poderes, órgãos e diversas instituições e meios capazes de fazer cumprir, ou mesmo catalisar, o processo de concretização dos objetivos declarados da República.

Dentre os órgãos legitimados à concreção de tais direitos, tem-se o Ministério Público, que, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ter uma nova dimensão, isto é, nos exatos termos de seu artigo 127, passou a ser uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Portanto, em um Estado Democrático que valoriza e protege os direitos fundamentais do cidadão, e considerando que o processo penal é um dos meios pelos quais se busca a solução pacífica dos conflitos, destaca-se a grande importância do Ministério Público em todo o processo da justiça penal negociada, por ser ele o ente estatal constitucionalmente encarregado de movimentar a ação penal pública e agir na defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais. Nessa perspectiva, e considerando este novo perfil do Ministério Público, um perfil resolutivo, é que se espera uma maior eficiência institucional na resolução dos conflitos sociais, o que pode acontecer fortemente no citado universo da justiça penal negociada.

Este artigo se baseia em pesquisa histórico-evolutiva, com a breve análise dos antecedentes e condições que permitiram a introdução da justiça consensual no Brasil e o surgimento deste Ministério Público resolutivo, para o que se valeu de bibliografias, leis e outras normas.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO: ORIGENS E PAPEL CONSTITUCIONAL

Como bem explica Ramos (2020, p. 24), “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais a uma vida digna”.

Destaca-se em todo esse cenário de defesa dos direitos humanos e do regime democrático o Ministério Público, que, por força constitucional, é o guardião da democracia; guardião dos direitos individuais e coletivos; guardião das leis e dos direitos; promotor e conscientizador da cidadania, vocalizador e canalizador das demandas sociais.

As origens da instituição Ministério Público dão margem a diversos posicionamentos. Como leciona Mazzilli (1991, p. 1-2), “procuram alguns vê-la há mais de quatro mil anos, no *magiaí*, funcionário real no Egito”. Sem a pretensão de discorrer sobre o que se tem historicamente quanto às suas origens, importa afirmar que, desde o seu nascimento, o Ministério Público de certa forma teve seu perfil voltado à defesa de direitos.

No Brasil, nasceu por influência lusitana e teve diversos perfis desde então, mas foi a Constituição de 1988, como antecipado, o ápice da evolução institucional, sendo ela o verdadeiro divisor de águas do nosso Ministério Público, que não encontra configuração igual em nenhum lugar do mundo. “Era chegada a hora do Brasil ter uma instituição que na linha de

frente fosse incumbida da defesa da democracia, do patrimônio social e das necessidades coletivas, protegendo os interesses mais relevantes da cidadania” (SALGADO, 2011, p. 9).

Como bem lembra Goulart (2013, p. 200), “o pacto que refundou a República em 1988” trouxe direitos e garantias com um objetivo de propiciar uma transformação social visando à implementação da democracia.

Analisando o perfil da Instituição, afirmamos que a Carta Política de 1988:

Projetou o Estado Social com a clara intenção de promover o bem comum. A leitura atenta do artigo 3º revela uma vontade política transformadora, com o reconhecimento de que era necessário: *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (MARCQUES, 2019, p. 99-100).

Portanto, socorrendo-nos novamente de Goulart (2013, p. 200), lembramos que:

A sociedade brasileira, por meio dos constituintes, conferiu ao Ministério Público a tarefa de garantir, pela tutela de todo o catálogo de direitos fundamentais, a construção e a consolidação do Estado Social formalmente instituído na nova Constituição, mas assim o fez numa lógica exclusivamente intraestatal e abstraindo o fenômeno da globalização.

Por essa razão é que se pode “perceber que o promotor de justiça passou a definir-se fundamentalmente por suas atribuições como órgão agente em favor dos interesses sociais. Nesse sentido, tornou-se uma espécie de *ombudsman* não eleito da sociedade brasileira” (MACEDO JÚNIOR, 1997, p. 52).

Essa breve apresentação do Ministério Público atual tem por objetivo firmar a missão da Instituição ao longo da história e sobretudo nos tempos pós-Constituição de 1988 e demonstrar que ela precisa se organizar para poder cumprir o mandato constitucional que lhe foi outorgado. Nesta perspectiva, a instituição Ministério Público ressurgiu constitucionalmente com um perfil totalmente diferente e com uma missão infinitamente maior, qual seja, a destacada no artigo 127 da Constituição Federal, mas que remete à sua atuação, em verdade, como ensina Goulart, ao que dispõe o artigo 3º da Lei Maior, confundindo-se, assim, com os objetivos da República.

De *demandista*, antes da Constituição Federal de 1988, passou o Ministério Público a ter um novo perfil, *resolutivo*, que lhe deu mais agilidade na solução, em grande parte, das questões que afligem a sociedade.

Destaca-se, nesta mudança de dimensão, nesta mudança de paradigma institucional, a vigência da Lei da Ação Civil Pública, que trouxe, dentre outras novidades, o Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC) que, como bem lembram Gordilho e Kurkowski (2021, p. 181): “face a excessiva morosidade do nosso sistema judiciário, foi-se tornando mais efetivo do que

a própria ação civil pública, estabelecendo as bases para o surgimento de um terceiro perfil para os seus agentes: Ministério Público resolutivo”.

Leciona Seixas ([2022]) que na “Segunda Velocidade do Direito Penal’ é possível falar de uma flexibilização do sistema penal, marcada pelo afastamento de penas que restrinjam o bem jurídico da liberdade humana, mas também pela maior celeridade do processo e relativização das regras processuais.”

E nesse sentido, cabe lembrar Gordilho e Kurkowski (2021, p. 183), quando afirmam “que embora a atuação resolutiva seja, comumente, associada à área cível, ela tem integral cabimento na seara criminal, principalmente à vista dos instrumentos negociais” citados neste breve artigo, sobretudo na obtenção de resultados mais efetivos e céleres em relação ao pesado e lento processo penal tradicional, que privilegia a pena de prisão e praticamente exclui a vítima da relação processual, ao contrário da justiça negocial penal que prestigia o consenso e visa a uma maior satisfação das vítimas, por exemplo, desonerando o Estado dos custos de um longo e desgastante processo penal, que acaba sendo caro e com penas privativas de liberdade, por vezes totalmente desnecessárias.

Assim, vale citar o Promotor de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, quando afirma que:

O Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado (MOREIRA, 2004).

E nessa quadra de proteção de direitos e justiça penal negocial é que vale a lição de Bobbio (1992, p.1), quando afirma que “direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

3 A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Desde o início dos tempos os homens vivem regulados por normas comportamentais.

A evolução humana foi marcada igualmente pela evolução de tais normas comportamentais e elas acabaram se tornando um conjunto sistematizado e codificado de regras que regulam a vida em sociedade.

Assim foi com o Direito Penal, que passou por diversas fases ao longo da evolução humana. Tais fases nem sempre foram sucessivas entre si ou caminharam de forma linear. O certo é que a fase inicial foi a da *vingança*. E esta fase observou três momentos: *a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública*.

A fase da *vingança privada*, lá nos primórdios dos tempos, era marcada pela imediata reação da vítima e/ou seus familiares ou até mesmo da tribo quando acontecia algo considerado injusto. Nesta fase, não havia qualquer critério de proporcionalidade entre o injusto e a resposta privada, normalmente mais grave que a conduta que a ensejou.

Adveio a Lei de Talião, com a evolução do homem, que estabeleceu critérios de proporcionalidade. Foi a primeira delimitação do castigo: o crime deveria atingir o seu infrator da mesma forma e intensidade do mal causado por ele (AGUIAR, 2016). Com o passar do tempo, a própria Lei de Talião evoluiu e nela se viu a possibilidade da **composição**, por meio da qual o agressor poderia satisfazer a ofensa mediante o pagamento em moeda ou espécie (animais, peles, roupas etc.).

O Direito Penal também passou por uma fase onde estava umbilicalmente vinculado à religião. Era um direito imposto pelos sacerdotes, época em que foram verificadas penas cruéis e desumanas. Não obstante tal constatação, era a chamada *vingança divina*.

Sucedo a chamada *vingança pública*, época em que se observavam:

[...] penas cruéis (morte na fogueira, roda, esquartejamento, sepultamento em vida) para se alcançar o objetivo maior, que era a segurança da classe dominante. Com o poder do Estado cada vez mais fortalecido, o caráter religioso foi sendo dissipado e as penas passaram a ter o intuito de intimidar para que os crimes fossem prevenidos e reprimidos (AGUIAR, 2016).

Lembram-nos Nascimento e Almeida (2020) que, “posteriormente, há período que pode ser delineado, é o direito penal dos povos, com destaque no Direito Romano, Direito Germânico e Direito Canônico”.

Com a *República Romana* houve a abolição da vingança privada. O Estado passou a ser o titular do direito penal. É no *Direito Romano* que são observadas importantes características deste ramo do direito: “a distinção do crime, do propósito, do ímpeto, do acaso, do erro, da culpa leve, do simples dolo e dolo mau (*dolus malus*), além do fim de correção da pena” (AGUIAR, 2016).

Neste período ainda se pode citar o *Direito Germânico*, no qual o Direito era visto como uma ordem da paz. E ainda o *Direito Canônico*, que com o fortalecimento do poder papal passou a ser aplicado em toda a sociedade e tinha como objetivo o arrependimento de quem agia contrariamente àquele direito, ainda que para isto fossem utilizados métodos e penas bem severas.

No fim do século XVII, com a propagação dos ideais iluministas, percebeu-se a necessidade de o Direito Penal proteger a liberdade dos indivíduos ante o arbítrio judiciário. Foi o *período humanitário*. Voltou-se a privilegiar o respeito à pessoa humana e, motivado por sentimentos de piedade e compaixão, a acabar com a pena de tortura. Nesse período entendeu-se que a lei penal deveria ser “simples, clara, precisa e escrita em língua pátria. Deveria ser também severa o mínimo necessário para combater a criminalidade. E o processo penal deveria ser rápido e eficaz” (AGUIAR, 2016).

Após o período humanitário adveio o *período contemporâneo*, que deu seguimento à valorização do movimento humanitário, mas que tem se modificado com a mesma rapidez com que evolui a sociedade e seus costumes.

Lembra-nos o filósofo Byung-Chul Han que vivemos em uma sociedade hiperconectada. As relações estão cedendo lugar às conexões. Vivemos em uma sociedade onde somos influenciados por um excesso de informações e isto, longe de tornar transparente nossa sociedade, por vezes turva a nossa percepção do que é real. A modificação da sociedade e a velocidade das relações têm impactado o direito, sobretudo o penal. E diversos são os pontos que sofrem impacto desta realidade, que se modifica muito rapidamente.

Como se observou, vive-se a época do movimento humanitário e o desafio do direito penal tem sido conciliar o binômio segurança *versus* liberdade, desafio este que ora tende para o aumento da segurança com maior restrição às liberdades e ora tende à maior liberdade com diminuição da percepção de segurança.

Essa despreziosa sinopse, que não se preocupa em apresentar marcos temporais precisos, tem o objetivo apenas de situar o Direito Penal na evolução do homem ao longo de séculos de história e de demonstrar que o consenso entre partes e a necessidade de um direito penal rápido e eficaz não é algo que surgiu agora.

Nesta quadra, vale registrar que a “justiça consensual é um modelo de solução de conflitos no âmbito criminal embasado em um acordo de conciliação entre autor e vítima, objetivando a reparação do dano” (FIGUEIREDO, 2020). Está inserida na Segunda Velocidade do Direito Penal, na qual se experimenta uma forma diferente de penalização do ilícito.

A magistrada Piske (2006) lembra que “a Constituição brasileira de 1988 já no seu preâmbulo, destacou a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, *fundada no comprometimento com a solução pacífica dos conflitos*, salvaguardando o exercício dos direitos individuais e coletivos e suas garantias”.

O Poder Judiciário tem sido exposto à questão social em sua expressão bruta, tomando conhecimento dos dramas vividos

pelos diversos segmentos da população, dos seus clamores e expectativas em relação à Justiça.

Nesse processo contemporâneo de crescente litigiosidade, a qual precisa ser necessariamente solucionada a fim de evitar uma verdadeira ebulição social, inflamada pelas frustrações, rancores e descrédito nas instituições, é que os Juizados Especiais têm sido um marco no conjunto das modificações técnicas concebidas no intuito de aproximar a lei e a sociedade respondendo às suas contínuas demandas.

Como expressão de um Judiciário que visou estender sua malha de prestação jurisdicional, buscando atingir além da litigiosidade contida, os Juizados passaram a se constituir no *locus* da criação jurisprudencial do direito, num instrumento de aproximação da sociedade brasileira.

A sociedade, por força de seus movimentos naturais, sofre mudanças com frequência. Tais mudanças repercutem nos mais diferentes setores, assim como nas leis.

E essas mudanças impactam o Direito Penal e Processual Penal também. Não é de hoje que tais ramos do Direito são objeto de discussão. Não é de hoje que a crise carcerária é discutida. Não são de hoje as críticas feitas a uma exacerbada utilização da pena de prisão para crimes de médio ou menor potencial ofensivo. Também não são de hoje as críticas à demora do Sistema Judiciário em responder à sociedade e resolver suas questões mais relevantes. Enfim, estas e muitas outras críticas e reflexões levam à constante busca de soluções e alternativas a respostas mais céleres, consensuais, justas e efetivas aos conflitos sociais.

Tem-se, assim, o surgimento, já há algum tempo, da Justiça Negocial no processo penal, apesar de que, mais recentemente, com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), tal expressão passou a ser mais utilizada e conhecida.

A justiça negocial criminal, como bem lembra a advogada Mariana Azevedo:

É um instrumento de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. No Brasil, com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal, art. 28-A, no Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), nosso ordenamento jurídico passou a possuir mais uma oportunidade para evitar a aplicação ou cumprimento da pena, mediante certos requisitos e determinadas condições (AZEVEDO, 2020).

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tem-se, nesses direitos fundamentais, a segurança jurídica necessária a que ninguém seja indevidamente acusado, privado de sua liberdade ou considerado culpado, sem que para isto exista antes uma lei que defina o crime, e que seja obedecido o devido processo legal exaurido em todas as suas instâncias. Estes são axiomas do garantismo, como lembra Ferrajoli, no sentido de que não há pena sem crime, não há crime sem lei e não há lei penal sem necessidade, princípios estes a nortear o direito penal e processual penal.

A justiça negocial criminal surge, então, como resposta às críticas antes mencionadas ao direito penal e processual penal, e como meio de não levar ao cárcere aqueles que tenham cometido delitos de menor e médio potencial ofensivo.

Apesar de o assunto sofrer evidente destaque por ocasião da chamada “Operação Lava Jato”, que investigou, como nos lembra Cavalcante (2020), um “bilionário esquema de corrupção envolvendo a Petrobrás, grandes empreiteiras e renomados políticos”, não é de hoje que o Brasil apresenta institutos que remetem a uma justiça penal negociada.

O primeiro deles nos é apresentado pela *Lei nº 9.099/95*, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e que trouxe, em seu bojo, claro modelo de negociação entre partes envolvidas em litígio, e não só o Ministério Público e autor do fato, mas também entre a vítima e este. Tem-se, aí, a *transação penal* (art. 76, *Lei nº 9.099/95*), por meio da qual, havendo representação ou em se tratando de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, é firmado um acordo entre o Ministério Público e a parte autora do fato, onde é proposta a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multas, pena esta que, aceita e cumprida, dá causa ao arquivamento do processo.

Ainda na *Lei dos Juizados Especiais Criminais* tem-se outra espécie de justiça negocial: a *suspensão condicional do processo* (art. 89), por meio da qual, após oferecer a denúncia, e estando presentes os requisitos que a própria *Lei nº 9.099/95* determina, o Ministério Público poderá propor a suspensão mencionada, por um período de prova de dois a quatro anos. Em ambos os casos não há admissão de culpa, o autor do fato/réu continua primário, sem antecedentes e não há condenação.

Em 2013, a *Lei nº 12.850* trouxe em seu bojo o conhecido *acordo de colaboração premiada* (artigo 3-A), cuja noção foi massificada na época da aludida “Operação Lava Jato”. Trata-se, como define a lei, de um negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Ainda em 2013, a *Lei nº 12.846* previu o *acordo de leniência* (*art. 16, incisos I e II*), no qual, preenchidos cumulativamente requisitos previstos na citada lei:

A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber e; II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019 (aperfeiçoa a legislação penal e processual penal), acrescentou o *artigo 28-A* ao Código de Processo Penal, no qual:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Não há como se falar, então, do ANPP – acordo de não persecução penal e não lembrar o *plea bargain* americano. Não obstante as semelhanças, sobretudo no que diz respeito a um acordo que se celebra entre o Ministério Público e o investigado, há de se registrar que nos Estados Unidos, tanto a lei como a instituição Ministério Público são bem diferentes, assim como a tradição e a própria cultura nacionais. Em rápidas linhas, ensina Campos (2012):

Nos Estados Unidos da América, país cujo sistema jurídico faz parte da chamada *Common Law*, as práticas e procedimentos criminais foram desenvolvidos de forma consuetudinária, apresentando significativas variações de acordo com a jurisdição (federal, estadual e do Distrito de Columbia). De maneira geral, contudo, pode-se apresentar, com Chemerinsky e Levenson (2008, pp. 5-11), uma espécie de passo-a-passo do procedimento criminal mais comum, que se inicia com a prisão do infrator, seguida do oferecimento de uma acusação (*complaint*) que contenha a demonstração de justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designada uma data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance*

ou arraignment on complaint), para que seja cientificado das acusações a ele feitas e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa tentar ser libertado com o pagamento de fiança. Em seguida, a acusação formalizada contra o infrator é submetida à análise pelo Grande Júri (*grand jury*), que ouvirá, em audiência, as provas apresentadas pela acusação e decidirá se há justa causa para que o réu vá a julgamento. Aceitando a acusação, o Grande Júri faz o que, nos Estados Unidos da América, denomina-se “indiciamento” (*indictment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento. Superada essa etapa, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (*arraignment on indictment*), na qual será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), além de advertido sobre as acusações. A corte, então, agendará uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (*speedy trial*). Passa-se à fase de confronto da prova (*discovery*), na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (*pretrial motions*) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilicitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais. Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea ou plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. Costuma-se mencionar que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento.

Como se observa, nos Estados Unidos há processo e há confissão de culpa ou não confissão (*nolo contendere*), mas em que o réu declara que não quer discutir a questão e aceita um acordo.

No nosso país a Justiça trabalha com o conceito da presunção de inocência, e não com a confissão de culpa e nesta questão aparece uma das maiores críticas ao acordo de não persecução penal, onde a confissão, sem que haja processo, é *conditio sine qua non*. Ao “importarmos” algo que se assemelha ao *plea bargain*, fizemos, como em outras ocasiões, à nossa moda (e isto nem sempre tem resultado melhor). E claro que não poderia ter sido diferente, pois, como afirmado, não só os profissionais

do Direito nos Estados Unidos atuam de modo diferente e possuem atribuições e obrigações que em determinadas situações são distintas das nossas, como também o nosso sistema de leis é diferente.

Estes, exemplos evidentes de justiça negocial, onde ainda se inserem outros movimentos, como se pode afirmar, a exemplo da *Justiça Restaurativa*.

Segundo Silva (2017), em tese sob título *Os fundamentos do processo penal solidário: democracia, fraternidade e garantismo*, apresentada em março de 2017, para obtenção do título de Doutor perante a Universidade de Fortaleza:

Johnstone (2007) define a justiça restaurativa como um modelo de remodelamento do sistema penal, alternativa ao abolicionismo, que pressupõe a mudança da relação procedimental entre o Estado e o crime, de modo a não seguir a lógica de exclusão ou formação de estereótipos, o que é relativamente comum no sistema tradicional persecutório, mas, sim, utilizar-se de uma concepção de destaque e empoderamento das partes, para que, em um plano de democracia e fraternidade, e observados os direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas, acusado e vítima, possa-se superar o paradigma retributivo e vingativo da pena, por uma proposta de reconstituição da paz social, por meio de espírito de reconciliação e restauração do dano causado.

E acrescenta o referido autor:

A mudança da observação do conceito de crime, da forma de resolver conflitos pelo Estado, a modernização da atuação de sujeitos processuais, bem como a mudança do eixo finalístico da pena, deixando-se a matriz punitiva por uma concepção reconciliatória, são características listadas por Zehr (2008), como imprescindíveis para que se tenha uma noção correta e viável da justiça restaurativa.

Pinto (2008) formulando conceito próprio acerca da ideia de justiça restaurativa afirma que é definida com um procedimento consensual, autorizado pelo Estado, em que a vítima e o infrator, participam de maneira democrática e dialogal na formação de um consenso para a solução para a restauração das consequências danosas causadas pelo crime.

No âmbito do Ministério Público ações visando à diminuição do conflito e litigiosidade com o Estado com particulares, por meio da mediação, autocomposição na resolução dos conflitos, são totalmente estimuladas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que entende ser papel institucional o incentivo e o aperfeiçoamento de tais mecanismos, consoante se observa na Resolução nº 118, de 01/12/2014, que “dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências”. No Poder Judiciário, a prática também é igualmente estimulada, conforme se observa pela Resolução nº 225, de 31/05/2016, que “dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.

Necessário, portanto, como afirmam Meleu e Kelner (2018), reconhecer, por exemplo, dentre outros institutos, o “modelo de justiça restaurativa e sua contribuição para o estabelecimento de uma política constitucional de enfrentamento dos conflitos penais, a partir do reconhecimento dos direitos humanos como um mínimo ético, para a sustentabilidade social”. É ressignificar o modo de se compreender e efetivar a justiça, sobretudo a penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada é fixo, nada é permanente. A vida é isso, essa transitoriedade, afirma a Monja Coen. Ao longo de toda a exposição demonstramos que o Direito segue tal lógica, a da transitoriedade, que tenta caminhar *pari passu* com as mudanças permanentes do comportamento social.

O que aqui se busca como fundamento não pode passar despercebido por quem tem o dever de proteger a sociedade e seus valores mais caros. Eis o maior desafio do Ministério Público. O Promotor de Justiça maranhense José Márcio Maia Alves afirma que o Ministério Público existe para processar problemas. Problemas dos outros, lembre-se, portanto, cabe ao Ministério Público, como partícipe necessário de tudo quanto envolva o direito negocial, velar para que as garantias fundamentais não sejam solapadas.

Concluindo, cabe dizer que, apesar das críticas, não se pode negar que tudo que envolve uma justiça penal negocial se traduz em um caminho sem volta. Significa o esforço do legislador nacional de desburocratizar a Justiça e assim imprimir mais agilidade em suas ações, sendo certo que tanto as Instituições que orbitam o Sistema Judiciário, dentre elas o Ministério Público, assim como o próprio Poder Judiciário, construirão os entendimentos adequados a que a justiça negocial criminal atenda aos fins a que se propõe, sem macular os direitos fundamentais e de modo a possibilitar

que o “remédio”, por excesso de dose, não se torne “veneno”, pois muitas ainda são as críticas que envolvem a matéria, sobretudo, em determinados casos, a aplicação de pena privativa de liberdade sem o devido processo legal, o que, no entendimento de Aury Lopes Filho, é absolutamente inconstitucional, razão por que, com mais atenção ainda, devem os estudiosos do Direito procurar fazer com que os objetivos declarados de tudo quanto envolva a matéria não seja aplicado de forma indevida.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Márcio Maia. Uma Matriz Situacional para o Ministério Público do Maranhão. *In: ALVES, José Márcio Maia. Blog do José Márcio*. Maranhão, 10 maio 2011. Disponível em: <https://blogjosemarcio.wordpress.com/2011/05/10>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- AGUIAR, Leonardo. *A evolução histórica do direito penal*. Jusbrasil, Salvador, 2016. Disponível em: <https://leonardooaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal>. Acesso em: 7 jun. 2022.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à Justiça. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das corregedorias do Ministério Público*, Brasília, DF, v. 1, p. 49-107, 2016.
- AZEVEDO, Mariana. A Justiça Negocial no Processo Penal e o Princípio da Necessidade. *Canal Ciências Criminais*, Porto Alegre, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://canalciencias-criminais.com.br>. 28/06/2020. Acesso em: 17 jun. 2022.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF: CNMP, 2014. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/>. Acesso em: 27 jun. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 27 de jun. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, 2012. ISSN 2177-0921. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/rj/atos-e-publicacoes/revista-custos-legis/revista-custos-legis/view>. Acesso em: 10 jun. 2022.

CAVALCANTE, João Gabriel Desiderato. *Justiça criminal negocial: breve introdução*. Jusbrasil, Salvador, 2019. Disponível em: <https://joaogabrieldesiderato.jusbrasil.com.br/artigos/806117434/justica-criminal-negocial-breve-introducao>. Acesso em: 15 jun. 2022.

FIGUEIREDO, Ingrid Trindade de. *Sistema de justiça criminal consensual*. 2020. 65f. Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2020. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/22368>. Acesso em: 8 jun. 2022.

GORDILHO, Heron Santana; KURKOWSKI, Rafael Schwez. O Ministério Público Resolutivo e os Principais Institutos Jurídicos da Justiça Penal Consensual. In: GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Marcia Haydée Porto de; CHAI, Cassius Guimarães. *Passado, presente e futuro do Ministério Público brasileiro: 50 anos da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPÉM*. São Luís: EDUFMA, 2021. p.179-209. Livro eletrônico.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público: efetividade e atuação resolutiva*. 2017. Trabalho apresentado no 8º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público – CNMP, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Congresso/8congresso/Marcelo_01.pdf. Acesso em: 10 jun. 2022.

HAN, Byung-Chul. *A sociedade da transparência*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2014.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

JAYME, Fernando G. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 344, p. 4-6, jul. 2021. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8569>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997. cap. 2.

MAIA, Alneir Fernando S. O que é o Direito penal negocial e quais as razões para críticas a essa 'novidade'? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-22/maia-direito-penal-negocial-criticas-novidade>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MARQUES, Ednarg Fernandes. Ministério Público – evolução histórica e órgãos: Corregedoria como instrumento de efetivação de direitos. In: TEIXEIRA, M. A. C.; APOLIANO JÚNIOR, A. C.; LIMA, M.C (org.). *Direitos Humanos e Sistema de Justiça: estudos em homenagem ao Professor Agostinho Ramalho Marques Neto*. São Luís: EDUFMA: ESMAM, 2019, p. 99-100. v.1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Funções institucionais do Ministério Público. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86. n. 310, p. 5-18, abr./jun. 1990. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/rf310.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MELEU, Marcelino da Silva; KELNER, Lenice. Justiça Restaurativa: pressuposto para uma política constitucional criminal voltada à efetivação dos direitos humanos. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 138-158, jul./dez. 2018. e-ISBN: 2526-0065. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/5039/pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. *Migalhas*, 18 ago. 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>. Acesso em: 11 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jun. 2022

NASCIMENTO, Laíze Rodrigues do; ALMEIDA, Marco Antônio Delfino de. Justiça Penal Consensual e o Processo Penal Brasileiro. *Revista Ambitojuridico*, São Paulo, ano 23, n. 200, set. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-o-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 7 jun. 2022.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho e constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PISKE, Oriana. *A revolucionária Justiça Penal Consensual*. Brasília, DF: MPDFT, 2006. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 08 jun. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SALGADO, Luiz Roberto Saraiva. *Demolindo Mitos e Construindo Pontes*: Ministério Público nova arquitetura da unidade. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2011.

SEIXAS, Cláudia. *Conheça as 4 velocidades do Direito Penal*. [S.l.: s.n.], [2022]. Disponível em: <https://claudiaseixas.adv.br/conheca-as-4-velocidades-do-direito-penal/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

SILVA, Alex Xavier Santiago da. *Os Fundamentos do Processo Penal Solidário*: democracia, fraternidade e garantismo. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/ALEX-XAVIER-SANTIAGO-DA-SILVA.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OS PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DO REQUISITO DA NECESSIDADE E DA SUFICIÊNCIA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME

CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT: THE PARAMETERS FOR THE APPLICATION OF THE NECESSITY AND SUFFICIENCY REQUIREMENT FOR CRIME REPROBATION AND PREVENTION

Gustavo Antônio Chaves Dias¹

Resumo: Visa-se neste trabalho tecer considerações sobre o acordo de não persecução penal e quais os parâmetros a serem utilizados para a melhor aplicação do requisito da necessidade e da suficiência constante no art. 28-A do CPP. Para isso, estudar-se-á o papel da justiça penal consensual, sobretudo no Brasil, seguindo-se ao exame do acordo de não persecução penal. A partir dessa verificação, avança-se para o estudo do requisito da necessidade e da suficiência, dos critérios para a sua aferição, culminando com a análise dos parâmetros que podem ser utilizados pelo promotor de justiça para se conferir mais racionalidade e substância ao seu processo de decisão sobre o acordo, além de preservar a legitimidade e a adequação desse processo aos princípios que constituem a base do Estado Democrático de Direito. Norteadas pelo método dedutivo, pesquisa qualitativa, objetivos explicativos e interpretação sistemática como ferramenta para contextualização adequada, a investigação do objeto se dará pelo viés documental-bibliográfico em fontes como: livros/doutrinas, artigos científicos, teses e dissertações, revistas/periódicos, jurisprudência e experiências em direito comparado. A partir de uma análise cuidadosa do material em questão, o objetivo de estudar os parâmetros a serem utilizados para a melhor aplicação do requisito da necessidade e da suficiência constante no art. 28-A do CPP foi concluído.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal; sistema penal; plea bargaining; justiça penal consensual.

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil e em Direito do Estado pela UNESA E-mail: gustavodias@mpma.mp.br

Abstract: The aim of this work is to make considerations about the Criminal Non-Prosecution Agreement and the parameters to be used for the best application of the necessity and sufficiency requirement contained in article 28-A of the CPP. For this, the role of consensual criminal justice will be studied, especially in Brazil, followed by the examination of the Criminal Non-Prosecution Agreement. From this verification, we move on to the study of the necessity and sufficiency requirement, of the criteria for its assessment, culminating with the analysis of the parameters that can be used by the public prosecutor to give more rationality and substance to his process of decision on the agreement, in addition to preserving the legitimacy and adequacy of this process to the principles that constitute the basis of the Democratic State of Law. Guided by the deductive method, qualitative research, explanatory objectives and systematic interpretation as a tool for adequate contextualization, the investigation of the object will take place through a documentary-bibliographic bias in sources such as: books/doctrines, scientific articles, dissertations and theses, magazines/periodicals, case law and experiences in comparative law. From a careful analysis of this material, the objective of studying the parameters to be used for the best application of the requirement of necessity and sufficiency contained in article 28-A of the CPP has been completed.

Keywords: Criminal Non-Prosecution Agreement; penal system; plea bargaining; consensual criminal justice.

1 INTRODUÇÃO

O emprego cada vez maior de meios consensuais de resolução de conflitos é uma realidade no processo penal contemporâneo. As vertiginosas mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas e o seu impacto nos sistemas de justiça penal vêm demandando a adoção de alternativas que possam conferir mais celeridade e eficiência aos meios processuais utilizados na resposta às questões criminais. É necessário, contudo, que tais alternativas sejam utilizadas adequadamente, sem prejuízo dos princípios que consagram direitos e garantias que o processo penal, em sua feição tradicional, busca preservar.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho tem como objeto a análise de um desses instrumentos consensuais de solução de conflitos, o acordo de não persecução penal, recentemente inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Mais especificamente, este ensaio se ocupa do requisito desse acordo que diz respeito à aferição da necessidade e da suficiência da sua utilização para a prevenção do delito.

É inegável que esse inovador instituto processual constituiu um grande passo em direção ao uso de meios consensuais de solução de litígios criminais, no esforço de buscar alternativas e soluções para a grave crise em que se encontra o sistema de justiça brasileiro, malsinado pela lentidão, pela onerosidade e pela baixa eficiência.

Não obstante esses justificados propósitos, é preciso se ter em vista que a inserção desses modelos de justiça penal consensual em países como o Brasil deve ser feita sempre com a devida cautela, na medida em que tais modelos derivam de uma matriz jurídico-cultural diversa, fundada na experiência do *common law*, em que a vontade das partes é sempre enfatizada, mesmo no trato de questões criminais.

A ampliação da importância conferida ao consenso em matéria criminal gera, em contrapartida, a necessidade de ampliação da discricionariedade outorgada aos órgãos do Estado encarregados da persecução penal, o que pode ocasionar atritos com os preceitos informadores de uma ordem jurídica calcada na tradição romanística do “primado da lei”.

A norma que criou o acordo de não persecução penal, destinando-o ao trato das infrações penais de média ofensividade, aumentou consideravelmente o campo dentro do qual o Ministério Público pode agir discricionariamente. Por esse novo instrumento, foi concedido ao *Parquet*, dentro de um universo significativamente maior de casos, a possibilidade de decidir amplamente sobre a proposição do acordo e sobre o exercício da ação penal.

Por certo que esse poder de escolha faz parte da lógica da consensualidade e que o seu exercício foi disciplinado no âmbito do regramento conferido ao acordo de não persecução penal. A lei que criou o instituto, a chamada “Lei Anticrime”, evidentemente fixou os parâmetros dentro dos quais o acordo pode ser realizado. Entretanto, ao estabelecer, como um dos requisitos do ANPP, que este poderá ser proposto desde que “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, a lei consagrou uma fórmula muito vaga que abre margem a interpretações demasiadamente abertas.

Nesse contexto, é necessário que se faça uma leitura adequada dessa norma, no sentido de se buscar referenciais interpretativos nos quais o órgão ministerial possa se basear para que não incida em subjetivismos e que o exercício do seu poder discricionário seja sempre proporcional e impessoal, no intuito de que seja preservada a legitimidade de sua atuação.

Em um Estado Democrático do Direito não se deve admitir o exercício desarrazoado ou imoderado de qualquer poder, devendo estar toda função pública submetida a limites claros que impeçam o arbítrio e o favoritismo, mormente quando tal função esteja relacionada ao bem mais caro ao cidadão que é a sua liberdade. Sob essa ótica, portanto, é necessário que a compreensão desse novo instrumento de justiça

consensual seja feita em harmonia com o todo do qual ele faz parte, tendo sempre em mira a preservação dos direitos e garantias que fundamentam o sistema de justiça penal. E é justamente a esse propósito que o presente trabalho pretende atender.

2 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL – UMA NECESSIDADE

A inserção de instrumentos de justiça penal consensual (ou consensuada) baseia-se, fundamentalmente, em razões de ordem prática, tendo em vista os graves problemas enfrentados, nos últimos tempos, pelos países que adotam o modelo processual penal tradicional, fundado na ideia de que o sistema litigioso é a forma mais adequada para a tutela do interesse público e para a solução de conflitos.

De acordo com Souza (2020, p. 121):

Foi o movimento expansionista do direito penal e a massificação de conflitos de toda espécie que intensificaram o problema do quase colapso do sistema de justiça, incapaz de observar formalidades procedimentais e resolver, em tempo útil, todos os litígios que lhe são demandados. Foi principalmente em razão da necessidade de abreviar as respostas à escalada da criminalidade moderna que, por exemplo, o *plea bargaining* expandiu-se pelo mundo.

Partindo dessa constatação, as inovações trazidas à justiça penal baseadas no consenso buscam simplificar e conferir maior celeridade à resolução dos casos penais menos graves, ao tempo em que permitem que o Ministério Público e o Poder Judiciário possam se ocupar das questões de maior relevo, conferindo, desse modo, mais racionalidade e eficiência ao sistema.

Nessa perspectiva, cada ordenamento jurídico deve apresentar às diferentes espécies de criminalidade respostas também diferentes, tanto sob o aspecto quantitativo, quanto sob o aspecto qualitativo, mediante o emprego de instrumentos, processos e procedimentos distintos para cada caso. A partir disso, delimita-se o espaço que deve ser conferido ao consenso, vinculando-o à pequena e média criminalidade, enquanto o espaço do conflito é mantido à criminalidade de maior expressão. No primeiro caso há flexibilização de normas e princípios, abrindo-se margem à autonomia da vontade mediante a celebração de acordos; no segundo, marcado pelo antagonismo entre as partes, mantêm-se as regras do processo penal tradicional.

A respeito dessa nova postura diante dos conflitos de natureza criminal, García-Pablos de Molina e Gomes (2013, p. 489) afirma que:

Foi fundamental, para esse giro político-criminal estrondoso (giro para o consenso), o reconhecimento da insuficiência (ou mesmo falência) do sistema penal clássico (assim como do modelo clássico de Justiça Criminal), que não reúne condições para fazer frente, com sua atual estrutura e organização a todas as infrações.

Essa crise do modelo clássico de justiça criminal não é um fenômeno isolado, e o avanço das ideias relacionadas à consensualidade na seara processual penal, devido à influência do direito norte-americano, vem ocorrendo em diversos países de tradição romano-germânica.

Segundo Andrade (2022, p. 34-35):

Embora a concepção de consenso ou de acordo de vontades seja própria do direito privado (direito civil), há muito se faz presente no campo processual criminal em países do *common law*, sobretudo na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, onde os mecanismos consensuais foram vistos como relevantes meios de resolução alternativa de litígios e de desburocratização dos sistemas penais.

No entanto, nas últimas décadas, por influência de países anglo-saxões, países da Europa Continental e da América Latina passaram a introduzir ou expandir espaços ou instrumentos de consenso em seus ordenamentos jurídico-penais como forma de se buscar solução para a crise de morosidade e ineficiência ainda que assolava (e assola) seus sistemas de justiça criminal.

Legitimando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, no propósito de evitar as estigmatizações e demais efeitos deletérios decorrentes da judicialização do processo e da aplicação da pena, e buscando a solução dos conflitos sob a égide da celeridade e da eficiência (ANDRADE, 2022, p. 63-73), esse modelo de justiça caracteriza-se, basicamente, pela concordância dos envolvidos quanto ao desfecho do conflito penal (ALVES, 2021, p. 186).

Considerando os diferentes problemas que se buscam solucionar no âmbito do processo através da consensualidade, o emprego dos acordos penais pode ocorrer de diferentes formas, podendo-se apontar, com base na distinção apresentada por Alves (2021, p. 186-187), os seguintes submodelos de justiça consensual:

- a) *modelo reparador* - como o próprio nome diz, a reparação de danos é o objetivo maior. Ocorre, principalmente, por meio da conciliação;
- b) *modelo pacificador ou restaurativo* - busca a pacificação interpessoal e social do conflito, a reparação de danos à vítima, a satisfação das expectativas de paz social etc. Aqui insere-se a denominada justiça restaurativa;
- c) *modelo de justiça negociada* - tem por base a confissão do delito, existindo um acordo com a acusação quanto à sanção aplicada ao acusado. Realiza-se por meio do *plea bargaining*;
- d) *modelo de justiça colaborativa* - aqui, o consenso tem por escopo obter a colaboração do acusado. É o que se dá nas hipóteses de colaboração premiada. Como também existe um acordo prevendo algum benefício para o acusado, boa parte da doutrina considera esta uma hipótese de justiça negociada.

Em todos esses casos, a nota comum que os une é que a opção pela via do acordo funciona como meio alternativo para se evitar os rigores do processo e os problemas decorrentes da aplicação da pena. Sob tal perspectiva, portanto, tais expedientes se apresentam como uma opção viável e, ao que tudo indica, vantajosa no esforço de modernização e no intuito de resolver parte dos graves problemas que afligem os sistemas de justiça criminal na atualidade.

De todo modo, é necessário que se tenha a devida cautela quanto a essa escolha, uma vez que, ao privilegiar valores como a celeridade e a eficiência, ela implica, em contrapartida, o abandono de direitos e garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente, os quais, a princípio, somente poderiam ser estritamente observadas dentro das linhas mais rígidas do processo penal tradicional.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL

No Brasil, ao exemplo do que já se observava em outros países de tradição romano-germânica, métodos consensuados de solução de controvérsias penais também já vêm sendo, há um certo tempo, incorporados ao seu ordenamento jurídico.

De início, adotando mecanismos com características próprias da justiça colaborativa, algumas leis começaram a prever redutores de pena em favor de eventuais colaboradores, a exemplo do que ocorreu com a edição da Lei nº 8.072/1990, a Lei de Crimes Hediondos, que estabeleceu no seu art. 8º, parágrafo único, a possibilidade de redução da pena de um a dois terços em favor do participante e do associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento².

2 Além da Lei dos Crimes Hediondos, também podem ser citadas como leis que adotaram

Contudo, o grande marco no processo de incorporação de modelos de justiça penal consensual ocorreu com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, que, seguindo a determinação contida no art. 98, inciso I, da Constituição da República, passou a prever a composição civil dos danos e a transação penal em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo. À época da edição da lei, tais infrações eram aquelas cuja pena máxima não fosse superior a um ano, patamar esse que foi ampliado para dois anos, inicialmente pela Lei nº 10.259/2001 (no âmbito dos Juizados Especiais Federais) e, posteriormente, pela Lei nº 11.313/2006.

Ao consolidar, no campo do processo penal, esses dois importantes instrumentos de justiça consensual, a Lei nº 9.099/1995 representou um passo decisivo no sentido da adoção de novos paradigmas para a justiça criminal brasileira.

A respeito dessa importância, Lima (2020, p. 577) assinala:

Atendendo ao preceito constitucional, a Lei nº 9.099/95 entrou em vigor no dia 26 de novembro de 1995, instaurando uma nova espécie de jurisdição no processo penal: a *jurisdição consensual*.

Até o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a única forma de aplicação do direito penal objetivo era através de uma jurisdição de conflito, que demanda a instauração de um processo contencioso, colocando de lados opostos acusação e defesa, cujo objetivo precípua é, em regra, a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, essa tradicional jurisdição de conflito cede espaço para uma jurisdição de consenso, na qual se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal.

instrumentos próprios dos modelos de justiça colaborativa: a antiga Lei das Organizações Criminosas (Lei 9.034/1995, art. 6º); a Lei 9.080/1995 (art. 25, § 2º), que alterou a Lei 7.492/1986 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/1999, arts. 13 e 14); a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998, art. 1º, § 5º); a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, art. 41); e a Lei 12.529 (art. 87), que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Mais recentemente, através da vigente Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), o instituto da colaboração premiada passou a ser disciplinado de forma detalhada.

A composição civil dos danos, de evidente perfil reparatório, conferiu uma maior atenção à tão esquecida figura da vítima. Já a transação penal, cuja feição se liga à ideia de justiça penal negociada, outorgou uma, até então inédita, parcela de discricionariedade ao Ministério Público, que passou a decidir, nesses casos, entre a propositura da ação e a realização da transação penal, segundo os critérios firmados no art. 76, da Lei nº 9.099/1995.

Em 2017, porém, com a criação do acordo de não persecução penal por resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, houve uma ampliação ainda mais significativa do espaço do consenso no processo penal, que passou a abranger os casos penais de média potencialidade ofensiva.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Inspirado no *plea bargaining* do direito norte-americano, o acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada pela Resolução nº 183/2018), e posteriormente incorporado à legislação brasileira pela Lei 13.964/2019, a “Lei Anticrime”, que inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal, normatizando o instituto.

O referido artigo estabelece que, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante certas condições de interesse social ajustadas com o investigado.

Tais condições, especificadas nos incisos I a V do artigo referido, consistem na reparação do dano ou na restituição de bens à vítima; na renúncia a bens e direitos, como instrumentos, produto ou proveito do crime; na prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; no pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social; ou outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que seja proporcional e compatível com a infração penal atribuída ao investigado.

Celebrado o acordo, a denúncia não poderá ser oferecida e, uma vez cumpridas as condições ajustadas, que são acompanhadas pelo juízo de execução, extingue-se a punibilidade do investigado.

De acordo com o desenho conferido pela norma, trata-se, portanto, de um acordo pré-processual, cuja finalidade precípua é a de evitar a propositura da ação penal e todos os problemas que podem decorrer da judicialização da demanda, incluindo, por evidente, a imposição de uma pena.

Dentre suas diversas características e implicações, o ponto relativo ao acordo que deve ser destacado para os fins do presente trabalho diz respeito à discricionariedade que é conferida ao Ministério Público na sua proposição.

Como é possível perceber da leitura atenta do artigo, apesar de quase todos os requisitos nele estabelecidos terem sido descritos de forma objetiva, um deles, referente ao juízo de necessidade e suficiência da celebração do acordo para fins de repressão e prevenção do crime, constitui-se em fórmula genérica que abre uma margem ampliada de subjetividade na sua apreciação. Tal circunstância, contudo, não parece ser coerente com os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Considerando que a supremacia do interesse público é resguardada pela observância ao princípio da legalidade, sendo este um dos meios pelos quais o Estado de Direito garante a submissão dos órgãos estatais à ordem jurídica constituída, Jardim e Amorim (2018, p. 183) ensina:

[...] Desconfiado do poder dos homens, o Estado de Direito optou pelo poder da lei. Em obra escrita em parceria, afirmou a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover que um dos postulados básicos do Estado de Direito é o princípio da legalidade, cabe dizer, “atuação da autoridade pública de acordo com a lei, segundo as formas prescritas pela lei e dentro dos limites postos pela lei”, tendo como significado maior “impedir o arbítrio daqueles que exercem o poder”.

Crítico acerbo do que ele refere como “nefasta tendência à privatização do processo civil e do processo penal” no Brasil, o eminente professor e ex-membro do Ministério Público carioca, manifestando-se a respeito da ampliação de poderes discricionários no âmbito do processo penal, assinala:

[...] entendo que o Estado Democrático de Direito exige que tenhamos um Direito Penal e um Direito Processual Penal com o mínimo de discricionariedade, onde os direitos das pessoas não fiquem ao sabor de “negócios processuais” ou de vontades discricionárias de agentes públicos ou políticos (JARDIM; AMORIM, 2018, p. 837-840).

Tal entendimento é pertinente, na medida em que o uso do poder discricionário não pode conduzir a subjetivismos, muito menos a arbitrariedades, devendo ser exercido, embora com certo grau de liberdade de escolha, dentro dos limites traçados pela lei. Nesse sentido, o reconhecimento da norma contida no art. 28-A do CPP, conferindo um campo de discricionariedade ampliado, merece ser analisado com a necessária cautela pelo aplicador do direito, conforme será demonstrado no próximo tópico.

5 O REQUISITO DA NECESSIDADE E DA SUFICIÊNCIA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Conforme já mencionado, os requisitos estabelecidos para a realização do acordo de não persecução penal são, em sua quase totalidade, expostos de maneira objetiva no art. 28-A, do CPP.

Ao dispor que o acordo de não persecução penal é cabível nos casos de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, ou mesmo ao enumerar, no seu § 2º, as vedações à sua celebração, o artigo citado estabelece situações suficientemente claras que permitem aferir objetivamente a possibilidade de realização do acordo em um caso concreto.

Um desses requisitos, contudo, constitui-se em uma fórmula demasiadamente aberta que não possibilita a verificação de sua ocorrência a partir de critérios mais objetivos. Tal requisito é o que diz respeito à avaliação da *necessidade* e da *suficiência* do acordo para fins de reprovação e prevenção do crime.

Com efeito, ao estabelecer que o “Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, o art. 28-A abre um leque de possibilidades que conferem considerada carga de subjetividade na apreciação desse requisito, devido à falta de parâmetros objetivos que lhe circunscrevam em limites mais precisos.

Além disso, a norma do art. 28-A não indica outros referenciais normativos que possam ser utilizados como critério para se identificar o que deve ser entendido como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Essa vagueza de sentido possibilita acentuado grau de subjetividade na sua apreciação e amplia consideravelmente a margem de discricionariedade que é confiada ao órgão ministerial para decidir sobre a propositura do acordo.

É certo que constitui dever funcional dos membros do Ministério Público, nos termos de sua Lei Orgânica Nacional, o de “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais”³. Entretanto, devido à imprecisão da norma, a formação do juízo sobre a possibilidade de celebração dos acordos de não persecução penal se torna uma tarefa bem mais complexa, e acaba por exigir do representante ministerial um cuidado redobrado ao efetuar a escolha das razões que irão motivar a sua decisão. Tal quadro se torna particularmente sensível quando houver recusa à proposição do acordo, pois nessas hipóteses o caso poderá ser submetido à instância revisora do Ministério Público, em havendo pedido do investigado nesse sentido.

3 art. 43, inciso III, da Lei 8.625/1993.

Note-se que o art. 28-A estabeleceu um *dúplice* controle pelo Poder Judiciário, relacionado à voluntariedade (§ 4º) e à legalidade (§ 7º) do acordo. Há também a possibilidade de controle pelo órgão superior da Instituição, mediante pedido de revisão formulado pelo interessado (§ 14). Desse modo, o estabelecimento de critérios claros e objetivos motivando a decisão ministerial, notadamente nos casos de recusa, são de fundamental importância para se garantir que haja efetivo controle sobre esse ato, além de conferir legitimidade à atuação do Ministério Público.

Apesar de o investigado não possuir direito subjetivo à celebração do ANPP, conforme entendimento que vem se consolidando na jurisprudência, é absolutamente imprescindível que o órgão ao qual foi confiada a defesa do regime democrático e dos interesses indisponíveis exerça essa escolha de forma impessoal e exponha clara e objetivamente as razões que levaram à denegação de um potencial benefício de natureza penal em favor do cidadão.

Contudo, mesmo o cumprimento desse dever de fundamentação não afasta completamente o risco de haver excesso de subjetivismos na apreciação desse requisito, uma vez que, consoante afirmado acima, sua formulação em termos amplos confere um grau de discricionariedade bastante significativo ao membro do Ministério Público.

A respeito dessa questão, Bem (2022, p. 287-288) assinala que:

O problema da construção não reside nos requisitos, por si mesmos, mas decorre deles, pois ofertam uma abertura excessiva ao representante ministerial para a propositura ou não do acordo de não persecução penal. Primeiro, porque se trata de requisito de ordem objetiva. Segundo, porque não há parâmetros legais para conduzir a *dúplice* análise [da necessidade e da suficiência]. Conectando essas razões, a liberdade de avaliação, quando não controlada, abre leque a arbitrariedades e, com efeito, a redução de danos é substituída por sua potencialização. Ainda que se admita (mas não livre de questionamentos) que o Ministério Público exerce uma função de política-criminal no sistema de justiça criminal, sua atuação deve ser controlada pela legalidade, sob pena do requisito constituir um “super-trunfo” em suas mãos.

Tal advertência é pertinente e ganha maior significância ao se constatar que, ao lado dessa ampla discricionariedade conferida ao Ministério Público na utilização do ANPP, o rol de crimes abrangidos pela possibilidade do acordo é bastante extenso, incluindo delitos graves (pelo menos abstratamente) que causam grande censura pública, podendo-se citar, à guisa de exemplo, todos os crimes contra a Administração Pública e os de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, a falta de critérios mais objetivos em relação ao requisito em tela pode conduzir não apenas à recusa arbitrária na realização desses acordos, mas igualmente à quebra do trato isonômico que deve haver entre investigados que estejam na mesma situação. Uma vez que não há um fio condutor capaz de direcionar a atuação funcional do Ministério Público num sentido mais ou menos uniforme, não será incomum que casos semelhantes sejam apreciados de modo diferente. Essas eventuais incongruências deslegitimam o sistema de justiça, fortalecendo as críticas referentes à seletividade da atuação persecutória do Estado.

Em vista disso, é necessário que sejam observados critérios que possam mitigar a possibilidade de ocorrência desses subjetivismos, guiando o processo decisório da proposição do ANPP dentro de parâmetros razoáveis e com o maior grau de objetividade possível, ao tempo em que possibilitem maior uniformidade da atuação no âmbito da Instituição, sem comprometimento, é claro, da inafastável independência funcional de seus membros.

5.1 Critérios objetivos para aferição do requisito da necessidade e da suficiência do acordo de não persecução penal

Ao avaliarem o requisito relativo à proposição do acordo segundo seja “necessário e suficiente reprimir e prevenir o crime”, Pacelli e Fischer (2022, p. 135) assinalam o importante papel que deve ser conferido ao Ministério Público, enquanto instituição, no sentido de estabelecer critérios objetivos para nortear a decisão sobre esse ponto, afirmando que:

Sempre está presente o risco de excesso de subjetivismo na compreensão dessa circunstância nos casos concretos. Como o rol de crimes abrangidos pela possibilidade do acordo de não persecução é demasiado extenso, a Justiça Penal negociada poderá se tornar a principal alternativa para o sistema, desde que a aplicação das novas regras obedeça a critérios mais ou menos objetivos, e, de preferência, regulados normativamente no âmbito interno do Ministério Público. [grifamos]

No mesmo sentido, Aras (2021, p. 99) preconiza:

Além de assegurar ao acusado uma espécie de “duplo grau” de natureza extrajudicial, a apropriação do art. 28 do CPP à mecânica dos acordos de não-persecução penal tem a vantagem de permitir à Administração Superior do Ministério Público traçar uma política de persecução criminal uniforme para a instituição, visando a encaminhar seus membros a uma

atuação orientada pelo interesse público e pelos princípios da eficiência e da unidade, de forma a evitar posturas draconianas ou a leniência temerária de um ou outro de seus membros. A toda evidência, tal manejo da política criminal a cargo do Parquet situa-se na seara do mérito administrativo, fundado aqui no art. 129, I, da Constituição. [grifamos]

A observação dos autores citados deixa entrever uma saída possível a essa e a outras questões relacionadas à necessidade de se evitar excessos na atuação dos membros do Ministério Público em relação aos acordos de não persecução penal, o que deverá ser feito através da elaboração de normas internas que veiculem a política criminal da Instituição.

Além de estabelecer parâmetros tangíveis para avaliação do caso concreto, tal iniciativa ainda tem o mérito de definir uma linha de atuação institucional, possibilitando maior uniformidade nas decisões, no intuito de se evitar que casos semelhantes sejam tratados de modo diverso.

Nessa mesma trilha, Cabral (2022, p. 86) destaca que, por sua própria natureza jurídica, o acordo de não persecução se caracteriza como um “negócio jurídico que veicula política criminal do Ministério Público”.

Além disso, esse autor avança na análise da prevenção e da reprovação do delito como requisito para celebrar o acordo de não persecução penal, assinalando que:

A nosso ver, para a concretização desse requisito de forma dogmaticamente aceitável faz-se necessário examinar-se dois fatores: (1) de um lado, deve ser examinado se a infração penal ostenta alguma circunstância que permita afirmar a presença de um *injusto mais grave* (natureza predominantemente objetiva), (ii) de outro, se há elementos que indiquem *uma maior culpabilidade do agente* (natureza predominantemente subjetiva) (CABRAL, 2022, p. 101).

A respeito desses dois fatores, o autor esclarece, afirmando em relação ao primeiro deles (injusto mais grave):

Com relação ao injusto, deve ser levada em conta a gravidade do fato, observando-se especialmente o grau de violação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, as circunstâncias da ação realizada (desvalor de ação), as consequências do fato (desvalor de resultado), inclusive determinados comportamentos anteriores e posteriores à prática da infração penal.

Nesse sentido, o especial contexto da ação, o modo e a forma de execução delitiva, os elementos objetivos de autoria (v.g. energia criminal empregada, grau de afetação do bem jurídico, extensão dos efeitos da ação delitiva), a conduta prévia e a sua maior vulneração do bem jurídico tutelado (v.g. ação à traição, emboscada), a ação posterior, como o auxílio à vítima, tentativa espontânea de reparação do dano, dentre outros, são elementos que têm estreita vinculação com a extensão da gravidade do injusto e devem ser levados em consideração para apreciar se o acordo é necessário e suficiente para cumprir sua função preventiva (CABRAL, 2022, p. 102).

E em relação ao segundo (maior culpabilidade):

Nesse aspecto, encontram-se predominantemente os requisitos de reprovabilidade pessoal do autor, podendo ser levados em consideração elementos referentes, dentre outros, ao planejamento, preparação, motivos e finalidades do crime, à biografia do agente, vista na perspectiva do específico delito apurado e de seu bem jurídico, suas circunstâncias pessoais e econômicas, como educação, oportunidades de vida, grau de responsabilidade das funções exercidas, condições de subsistência e desenvolvimento, assim como o grau de intensidade da intenção delitiva, na realização dolosa do delito, ou o grau de violação do dever nos crimes culposos (CABRAL, 2022, p. 104-105).

A partir desses dois fatores, Cabral (2022, p. 105) propõe a aferição do que seja necessário e suficiente para a prevenção do crime, e recomenda, como parâmetro interpretativo, as circunstâncias judiciais do art. 59, do CPB (assim como as agravantes e majorantes), desde que estejam relacionadas à gravidade do fato ou à culpabilidade do agente.

Assinalando que essa avaliação está relacionada ao aspecto da independência funcional que a Constituição garante aos membros do Ministério Público⁴, Cabral (2022, p. 105) arremata o seu raciocínio afirmando que:

É certo, porém que essa avaliação não é subjetivista e deve ser sempre fundamentada em dados e elementos concretos do caso, incidindo aqui o princípio da proscrição da arbitrariedade, inclusive com a possibilidade de revisão desse

4 Constituição Federal, art. 127, § 1º.

pronunciamento por parte da Procuradoria-Geral de Justiça, nos Ministérios Públicos Estaduais, ou pela respectiva Câmara de Coordenação e Revisão, no Ministério Público da União, tudo isso nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Por fim, não custa lembrar apesar do requisito em questão ter um corte político-criminal bastante forte e uma abertura interpretativa, nem toda opção político-criminal deve ser legitimamente aceita a compreensão do que é necessário e suficiente para prevenção do delito. É imprescindível que se avalie se ela é dogmaticamente legítima, devendo ser rechaçada qualquer opção normativamente insustentável, contraditória ou insuficientemente justificada à luz dos princípios do Direito penal.

Através do raciocínio acima reproduzido, portanto, é proposta a adoção de critérios mais objetivos para servir de referência à análise do requisito em questão pelo Ministério Público, reconhecendo-os em parâmetros que a lei já define quando trata do processo de aplicação da pena pelo magistrado (art. 59, do CPB).

5.2 Propostas de parâmetros interpretativos para a aplicação do requisito da necessidade e da suficiência do acordo de não persecução penal

Dando seguimento à análise do problema na linha do que fora exposto por Rodrigo Cabral, cumpre tecer algumas considerações no intuito de fornecer uma modesta contribuição para o debate desse relevante tema, a respeito do que deve ser considerado como “necessário” e “suficiente” para a proposição do acordo de não persecução penal.

Para a formulação do raciocínio que se pretende demonstrar, é necessário, contudo, partir da análise dos demais requisitos contidos no art. 28-A, do CPP, dispondo-os de forma “roteirizada” e seguindo em ordem decrescente do grau de objetividade de cada um, até chegar ao requisito mencionado.

É importante observar que esse esquema toma como princípio e como fio condutor a ideia de que a atividade persecutória do Estado deve ser sempre pautada pelo princípio da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público.

Dito isso, ao estar diante de uma situação concreta, o primeiro aspecto que o aplicador da norma deve observar ao iniciar esse processo, e que está justamente no início da redação do art. 28-A, refere-se à análise da viabilidade da ação penal.

Não sendo caso de arquivamento, ou seja, somente quando houver elementos mínimos para que a ação penal seja deflagrada, é que se admite, em tese, a proposição do acordo. Partindo-se desse pressuposto, portanto, torna-se possível a apreciação dos demais requisitos.

Vencida essa primeira etapa, passa-se ao requisito seguinte, que possui o maior grau de abstração e objetividade. Ele representa a linha mestra para a realização do ANPP, por estabelecer que esses acordos devem se referir às *infrações penais sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos*. Tais infrações, entendidas como de médio potencial ofensivo, constituem o campo onde a lei traçou o chamado “espaço do consenso”, vale dizer, o âmbito dentro do qual a realização dos acordos penais é legalmente admitida.

Após constatar que o caso concreto se encontra dentre essas hipóteses, o aplicador deve avaliar se existe alguma das vedações previstas nos incisos (I a IV) do § 2º, do art. 28-A (que alguns doutrinadores denominam “requisitos negativos”).

Continuando-se pelo critério do maior grau de objetividade, a primeira vedação que deve ser analisada é a do inciso IV, que impede a proposição do ANPP nos *crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor*.

Em seguida, a vedação a considerar é a do inciso I, que diz respeito aos *casos em que for cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais*. Como o art. 28-A se refere às infrações cuja pena mínima é inferior a quatro anos, também ficam abrangidas as de menor potencial ofensivo (com pena máxima que não ultrapassa dois anos). Nessas infrações em que for efetivamente possível a realização da transação penal, a lei afastou a possibilidade de realização do ANPP, dado que aquela modalidade de acordo penal é que deve ser utilizada no caso concreto, por ser menos gravosa.

Quanto às demais vedações, passa-se primeiro ao exame da descrita no inciso III, que ocorre quando o agente tiver sido *beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo*; e, por último, à do inciso II, que refere às hipóteses de *o investigado ser reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*.

Nota-se que esse requisito foi colocado no final da análise das vedações, porque utiliza expressões como *conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*, que permitem uma apreciação mais subjetiva por parte do aplicador. Entretanto, nada há nesses termos que extrapole o que se faz corriqueiramente dentro do exercício normal de formação da *opinio delicti*, não implicando maior abertura do campo da discricionariedade ao aplicador da norma.

É importante esclarecer que o art. 28-A também exige que o *investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática de infração*. Uma vez que a confissão pode ocorrer até no mesmo momento em que for celebrado o acordo, não parece que ela deva ser tratada propriamente como requisito, mas como uma condição própria do ajuste. Por esse motivo ela não foi incluída no presente roteiro.

De todo modo, verifica-se que todos os requisitos mencionados são constituídos de fórmulas que permitem a sua perfeita identificação. Todos eles foram devidamente estabelecidos pela lei e permitem ao aplicador a sua perfeita identificação no caso concreto.

O último requisito, contudo, não segue essa regra, uma vez que, conforme já se mencionou, foi enunciado em termos muito genéricos, não tendo sido especificados os critérios do que deve ser considerado como necessário e suficiente para a proposição do acordo.

A imprecisão semântica aliada à falta de outros referenciais que possam melhor definir o significado dessas expressões ensejam uma análise eminentemente subjetiva do requisito, ampliando demasiadamente a esfera de discricionariedade que é conferida ao aplicador da norma. Tal circunstância, contudo, não é compatível com um sistema processual penal fundado nos princípios do Estado Democrático de Direito, o que exige que a norma seja colmatada por critérios que lhe completem o sentido e lhe definam o alcance.

Nessa direção aponta o ensinamento de Meirelles (2014, p. 132-133), quando afirma que:

A discricionariedade só pode decorrer de atribuição da lei. Assim, a mera existência dos chamados “conceitos indeterminados” ou “imprecisos”, porque não têm conteúdos inequívocos, a nosso ver, não gera discricionariedade, mas necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade. Assim, quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la.

Ao indicar as circunstâncias judiciais do art. 59, do CPB, como parâmetro interpretativo do que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, Rodrigo Cabral atende a esse propósito de integração da norma.

Com efeito, o próprio texto do art. 59 utiliza a mesma locução contida no art. 28-A, mas assim o faz após enumerar as circunstâncias que devem ser ponderadas no processo de aplicação da pena pelo magistrado. Assim, para realizar essa atividade

de modulação da pena, de modo que ela seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, o magistrado deve atender, nos próprios termos da lei, à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

De modo semelhante, o art. 44, inciso III, do mesmo Código, utiliza-se de quase todas essas circunstâncias (exclui as consequências do crime e o comportamento da vítima) para aferir a possibilidade de substituição da pena de liberdade por privativa de direito.

Em ambos os casos, o que se observa é que o propósito da lei especificando essas circunstâncias foi o de estabelecer uma limitação à discricionariedade judicial exercida nos processos de aplicação e de substituição da pena. Quando fixa tais parâmetros, portanto, a lei confere mais objetividade, impessoalidade e segurança a esses processos decisórios, o que facilita o trabalho de fundamentação e torna mais efetivo o seu controle pelos interessados.

É importante notar que, por versarem sobre parâmetros que devem ser seguidos em um processo de aplicação da pena, os dois dispositivos guardam certa semelhança com os fins colimados no ANPP, na medida em que as condições pactuadas com o investigado, embora não sejam penas, constituem, nos dizeres de Cabral (2022, p. 93), amparado no entendimento de Manuel da Costa Andrade, “equivalentes funcionais da pena.”

Particularmente a esse aspecto, pode-se dizer que o art. 43, III, guarda até uma identidade maior com os propósitos do ANPP, uma vez que esse artigo define critérios para afastar a pena privativa de liberdade. Tal desiderato, como afirmado, também está entre os motivos fundamentais que determinaram a adoção dos acordos penais no Brasil, que é a despenalização. Sob tal perspectiva, devido a essa identidade de propósitos, o art. 43, III, do CPB, guardaria maior afinidade com o instituto do acordo de não persecução penal, ensejando a sua utilização como parâmetro interpretativo do requisito em questão.

O único ponto sobre a utilização das circunstâncias previstas no art. 59 (e no art. 43, III) que se mostra incoerente com a natureza do ANPP é o relativo à apreciação da “culpabilidade”. De fato, há uma clara incongruência no uso dessa circunstância como critério para se aferir a possibilidade de celebração de um acordo penal pré-processual.

Com efeito, o emprego da culpabilidade como medida de aferição do acordo pressupõe a sua existência, o que não ocorre no caso. A culpabilidade somente pode ser reconhecida e aquilatada no âmbito da atividade jurisdicional, através do processo, que é justamente o que o ANPP tem por finalidade evitar. Ademais, por esse mesmo motivo, o ANPP não induz o reconhecimento de culpa, uma vez que as

condições que nele são pactuadas não são penas. Logo, haveria flagrante contradição em se negar ou se admitir a realização do acordo com base nesse fundamento.

Excluindo-se, pois, a culpabilidade do rol das circunstâncias mencionadas, notadamente daquelas previstas no art. 43, III, chega-se a uma fórmula que possui grande identidade com o conteúdo de outra norma jurídica: o art. 76, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.099/1995.

Esse dispositivo refere-se às circunstâncias que devem ser usadas justamente para se avaliar se a transação penal é necessária e suficiente diante de um caso concreto. Para esse fim, e observando que um juízo negativo dessas circunstâncias pode levar à não realização da transação penal, o dispositivo enumera as seguintes circunstâncias: antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias. E tais circunstâncias, acrescidas da culpabilidade, são exatamente as mesmas que estão descritas no art. 43, III, do CPB.

Cabe pontuar que essa semelhança entre os critérios dos dois artigos se justifica pela mesma razão já indicada acima, quando se ressaltou a afinidade do art. 43, III, com o ANPP, que é o fato de ambas tratarem de parâmetros para se afastar a aplicação de penas privativas de liberdade.

Os critérios delineados no art. 76, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.099/1995, guardam, portanto, maior correlação com o desenho conferido ao acordo de não persecução penal, na medida em que tanto este instituto, quanto a transação penal, possuem a mesma natureza de acordos penais pré-processuais.

Ainda se pode ponderar que os critérios definidos para transação penal, por serem utilizados para infrações penais de menor potencial ofensivo, também poderiam servir, *a fortiori ratione*, em relação às de médio ofensividade, servindo de norte à utilização do acordo de não persecução penal.

Desse modo, é possível concluir que as circunstâncias listadas no art. 76, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.099/1995, podem ser perfeitamente utilizadas como parâmetro interpretativo para o requisito em questão.

Com efeito, de modo similar ao que já ocorre com a transação penal, o representante do Ministério Público pode se utilizar de aspectos como os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do injusto para poder se decidir sobre a proposição do acordo de não persecução penal.

Tais critérios representam, portanto, um referencial importante ao aplicador da norma que, ao se utilizar desse parâmetro interpretativo e deduzir seu raciocínio através do roteiro sugerido, poderá conferir mais racionalidade e substância ao seu processo de decisão sobre o acordo, além de preservar a legitimidade e a adequação desse processo aos princípios que constituem a base do Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

Conforme mencionado no início deste trabalho, a adoção de meios consensuais para a solução de conflitos de natureza criminal é uma realidade. A grave crise que nos últimos anos vem se abatendo sobre os países cujos ordenamentos jurídicos são baseados na tradição romano-germânica do *civil law*, é uma demonstração inequívoca da necessidade de modernização e de adoção de novos paradigmas para a maior racionalização dos sistemas de justiça penal que ainda permanecem bastante atrelados ao modelo clássico, centrado na ideia do conflito.

É preciso cautela, porém, no emprego desses modelos, dado o risco que pode representar a adoção dessas novas fórmulas que, em homenagem a ideais de celeridade e de eficiência, podem sacrificar direitos e garantias consagrados constitucionalmente, e que somente podem ser devidamente garantidos quando são observados certos parâmetros do modelo de justiça tradicional.

A utilização de instrumentos como o ANPP representa, pois, uma inovação muito bem-vinda, mas ao mesmo tempo também constitui um risco se não for devidamente utilizado.

Nesse ponto, é preciso se ter em vista que, com esse novo instituto houve uma ampliação muito grande do chamado “espaço do consenso”, sendo que, em contrapartida, também foi conferido maior poder discricionário para o Ministério Público decidir sobre a sua utilização.

Apesar de absolutamente necessário, o exercício desse poder deve ser mantido dentro de limites razoáveis, que não possibilitem que ele descambe para subjetivismos ou arbitrariedades.

É fundamental, portanto, que se estabeleça um critério mais restrito na aferição do requisito apontado, dado que é ele quem confere o amplo espaço de discricionariedade ao Ministério Público na apreciação do acordo de não persecução penal.

Desse modo, ao se adotar o roteiro apresentado como guia para a propositura do acordo, e ao se utilizar dos critérios conferidos para completar o sentido da norma quando afirma que o Ministério Público deverá decidir se esse acordo será “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, busca-se preservar a adequação dessa atividade aos princípios que constituem a base do Estado Democrático de Direito e, sobretudo, a legitimidade da atuação ministerial nesse processo.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó de; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó de; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal* 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal: à luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)* 11. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: JusPodivm, 2022.
- CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó de; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Tradução Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote García e Davi Tangerino. 8. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção Ciências Criminais, v. 5).
- JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas*. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.
- SOUZA, René do Ó de. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. *In*: SOUZA, René do Ó de. *Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. 1. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CRIMINOLOGIA E PSICANÁLISE: INTERSEÇÃO ENTRE A ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL DE SUTHERLAND E O OUTRO EM PSICANÁLISE

CRIMINOLOGY AND PSYCHOANALYSIS: INTERSECTION BETWEEN SUTHERLAND'S DIFFERENTIAL ASSOCIATION AND THE OTHER IN PSYCHOANALYSIS

João Marcelo Moreira Trovão¹

Resumo: No pensamento criminológico, a associação diferencial rompe paradigmas biológicos e sociais, sobretudo quanto ao humano criminoso sistemático, mormente introduzindo o fator aprendizado dentro de grupos íntimos e com a presença neles de pessoas a exercerem influência sobre quem aprende. Com o olhar da psicanálise, este artigo visa entender quem é esse outro que influencia ao se ligar ao aprendiz como um grande outro dentro de processos psíquicos. Ao relacionarmos os pensamentos e produções teóricas desses dois saberes sobre tal associação, encontramos uma possibilidade interdisciplinar de aprofundamento da compreensão desse processo. A associação de que fala o criminólogo pode ser esclarecida pela relação sujeito e grande Outro de que trata a psicanálise.

Palavras-chave: criminologia e psicanálise; associação diferencial; aprendizagem do crime; grupos sociais íntimos; processo de identificação; grande Outro.

Abstract: In criminological thought, differential association breaks biological and social paradigms, especially regarding systematic human criminals, principally introducing the factor learning within intimate groups and with the presence in them of people exercising influence on those who learn. With the view of psychoanalysis,

¹ Promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa de Imperatriz/MA. Bacharel em Direito pela UFMA. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Ciências Penais pela UFSC. Associado ao Corpo Freudiano Escola de Psicanálise – Seção Imperatriz/MA, Brasil. E-mail: jmtrova@mpma.mp.br.

this article aims to understand who is this other that influences when connecting to the learner as a big other within psychic processes. By relating the thoughts and theoretical productions of these two knowledges about such association, we find an interdisciplinary possibility of deepening the understanding of this process. The association mentioned by the criminologist can be clarified by the subject and great Other relationship, studied by psychoanalysis.

Keywords: criminology and psychoanalysis; differential association; crime learning; intimate social groups; identification process; big Other.

1 INTRODUÇÃO

Pela proposta aventada neste trabalho, desde logo tem-se um intento interdisciplinar que busca uma conjugação de saberes e uma possível interseção quanto a pontos específicos que, em tese, enriqueceriam uma explicação de determinado processo dito por um discurso criminológico, que aqui será trabalhado também por meio da ponderação da teoria psicanalítica.

Os saberes da Criminologia e da Psicanálise já vêm sendo abordados por estudiosos que perceberam a viabilidade desse encontro e a possibilidade concreta de resultados profícuos, mormente por meio da aceitação sem muitos embaraços de outros conhecimentos por parte da Criminologia, que historicamente se estruturou e se expandiu justamente por tais contributos. Talvez seja essa a característica mais importante desse pensamento humano.

Com foco nessa possibilidade, e ao mesmo tempo demanda que se faz perceptível cada vez mais, busca-se entender melhor fenômenos que são há muito estudados na Criminologia, que já tiverem explicações diversas, por várias vias, acerca de causas e efeitos daquilo que em sua origem é formalmente jurídico, o crime, bem como aquilo que certamente aponta para o mais além do Direito, o criminoso, individualmente considerado e percebido em um meio social.

Por ser, certamente, de uma complexidade de dimensões compatíveis com esses objetos analisados, de inegável magnitude, portanto, faz-se mister delimitar aspectos que possam ser investigados por essa via interdisciplinar, que sejam caros à Criminologia, assim reconhecidos pelo meio criminológico atual, e que também tenham importância singular para a Psicanálise, a ponto de ter recebido debruçamentos de pensadores sobre esses pontos que se comunicarão aqui com a produção criminológica.

Assim é que, reconhecida a possibilidade e a viabilidade desse diálogo entre esses dois saberes, extrai-se da Criminologia aspecto de relevante peso para o que veio a ser posteriormente produzido por criminólogos, no caso, a teoria de associação diferencial de E. Sutherland.

Frente à importância dessa teoria e às questões novas que se abriram para discussão, chama atenção o novo viés apresentado no que concerne à sustentada aprendizagem que se opera na criminalidade sistemática, bem como um especial aspecto que remete, a princípio, a uma intersubjetividade de gerações e relações de afeto e autoridade, em meios mais intimistas e próximos.

E dentro dessa relação de associação por via de aprendizagem, forçoso faz-se aqui buscar um corte maior ainda para fins de se delimitar bem o objeto deste trabalho, propondo-se, pois, a pesquisa sobre o papel do Outro como desenhado nesse teatro teórico, inicialmente demarcando sua representação para a associação diferencial: quem é, como se opera, qual sua relevância, força e sentimentos envolvidos, tudo face à história de vida do sujeito, que em dado momento pode agir de forma desviante, assim como de forma conformista em relação às normas sociais e estatais.

Sendo o mecanismo o mesmo, para um comportamento desviante ou não, mais importância pensa-se ter esse Outro nessa alteridade com o tido como aprendiz na teoria lançada por Sutherland. Assim é que se vislumbra como contributo bastante esclarecedor a descoberta do Outro na Psicanálise, que com sua preocupação focada principalmente no sujeito, há um complemento possível a essa teoria a partir da pesquisa norteada mais neste, ou seja, no chamado aprendiz, complementando a análise a partir do seu meio.

Desse modo, o presente trabalho propõe como delimitação pôr sob holofote o Outro, tanto para a Criminologia de que se fala como para a Psicanálise, mormente naquilo em que se apresenta dentro da associação diferencial.

Acrescenta-se, no mais, que a estratégia escolhida aqui não foi a de um saber tomar o outro como objeto, mas compreender o Outro em ambos e estabelecer um diálogo e uma linguagem possíveis entre e para o jurista e o psicanalista em especial.

2 ACERCA DA CRIMINOLOGIA E PSICANÁLISE

O presente texto encontra na disciplina conhecida como Criminologia um *locus* da possibilidade do encontro entre o pensamento de Edwin H. Sutherland acerca do fenômeno crime e seu protagonista, o criminoso, e a Psicanálise, tendo como ponto de interseção aspectos da teoria da associação diferencial daquele sociólogo, que servirá de objeto para um olhar da teoria psicanalítica.

A Criminologia permite esse ensaio na medida que é uma disciplina em essência interdisciplinar, que sempre se valeu de conhecimentos diversos no sentido de tentar entender o fenômeno do crime, que por si só já representa toda uma complexidade, da sua relação com a sociedade, e, desde os seus primórdios, o sujeito criminoso.

Nesse sentido, Carvalho (2008) percebe a dimensão da importância do entrelaçamento de proposta interdisciplinar, em seu trabalho “Criminologia e Psicanálise: possibilidade de aproximação”, em dado momento assim afirmando:

É que a criminologia, diferentemente da dogmática do direito (penal), possui natureza interdisciplinar, logo inegável a facilidade em promover diálogos não ortodoxos, distantes da rigidez formal do jurídico. Se no plano epistemológico, apesar das dificuldades, é possível identificar o local da ciência jurídica e estabelecer os horizontes de discussão possíveis com a psicanálise, no que diz respeito à criminologia as imprecisões são amplificadas. Sobretudo porque a criminologia, a partir de séria problematização sobre questões epistemológicas, passa a ser percebida como locus de fala e de escuta no qual se encontram inúmeros e distintos saberes acerca do crime, da violência, do criminoso, da vítima, da criminalidade, dos processos de criminalização e das formas de controle social (CARVALHO, 2008, p. 88).

A questão epistemológica a que faz alusão o autor, de se saber se a Criminologia é ou não uma ciência, não tem maior relevância para este trabalho, ou, dito de outra forma, não será objeto de ponderações. O que de fato alcança relevo para o desiderato do texto, como se verá, é a possibilidade de comunicação a partir de olhares distintos sobre fatos e fenômenos por ambos os saberes analisados.

Da mesma forma, Calhau (2009) percebe e aponta para tais fenômenos no seu artigo “Um retorno (im)possível à ‘Criminologia e Psicanálise’: a visão de Jaques Lacan”, reconhecendo a pertinência da Psicanálise, à maneira de sua abordagem, para acrescentar suas perspectivas:

Psicanálise e Criminologia sempre se encontraram. O crime, a loucura, a responsabilidade criminal, o poder de agir de outro modo, os traumas, as psicoses, parricídio, crime de amor, a culpa, invariavelmente conectam (ou tentam) o saber criminológico e o saber psicanalítico. Nascidas em um período histórico próximo, a Psicanálise e a Criminologia cresceram cada uma a seu tempo e de seu modo. Paralela-

mente, houve o florescimento dos outros ramos do saber, sendo que foi em Lacan que essa conexão com outras áreas do conhecimento foi concretizada (CALHAU, 2009, p. 3).

Postas essas circunstâncias de aproximação das teorias escolhidas, tem-se de início que se considerar que o pensamento criminológico e a psicologia da primeira metade do século XX foram marcadas por algumas rupturas no pensamento humano da época, notadamente naquilo que dizia respeito ao indivíduo, ou melhor dizendo, ao sujeito (assujeitado), mormente face às visões biológicas, sociais ou de exclusivo determinismo consciente.

Em que pese a importância do positivismo para o pensamento humano, e a sua crença que toda a verdade advinha do objeto e do arcabouço de fatos dados objetivos coletados, dois pensadores surgem e causam inicialmente verdadeiro incômodo nesses pensamentos quase cristalizados por força de estigmas bastante sólidos até então. Trata-se aqui de se considerar que o psiquismo humano e o homem delinquente jamais seriam os mesmos a partir de Sigmund Freud e Edwin H. Sutherland.

Separados pelo Atlântico, aquele primeiro quartel do século anterior foi imensamente trabalhoso para ambos os pensadores, sendo Sutherland oriundo do meio leste dos Estados Unidos da América, e Freud um judeu nascido na Morávia, atualmente República Tcheca, que despontaram em Chicago e Viena respectivamente. Apesar de um ser sociólogo e outro, médico neurologista, ambos adentraram por áreas de conhecimento que reportavam a explicações acerca do comportamento humano, buscando razões para o comportamento desviante delinquente e para as neuroses da época do criador da Psicanálise, respectivamente.

Pode-se dizer que a principal obra de Sutherland que contribuiu para a Criminologia foi *Principles of Criminology*, por muitos considerado o mais influente manual na história desse pensamento, onde o autor lança sua já citada teoria da associação diferencial. Sobre a teoria, Ferro (2008, p. 148) nos traz:

Resumindo, todo comportamento, para o criminólogo, seja legal ou criminoso, é aprendido em decorrência de associações com outros, dando-se a parte mais importante da aprendizagem no seio de grupos pessoais íntimos.

E ainda:

A associação diferencial emerge, então, como produto de socialização no qual o criminoso e o conformista são orientados por muitos princípios idênticos. As variáveis da frequência, duração, prioridade e intensidade da associação determinam o que é aprendido, sendo que, se são suficientes e as asso-

ciações, criminosas, a pessoa aprende as técnicas de cometimento de delitos, além dos impulsos, atitudes, justificativas e racionalizações que integram o conjunto de pré-condições para o comportamento criminoso, significando que o desenvolvimento de uma predisposição favorável aos estilos de vida delinquentes é desencadeado pela aprendizagem dessa congêrie de instrumentais. Esclarecem Lyman e Potter (1999, p.75, tradução nossa) que a propensão para o comportamento inovador (criminoso) depende da *força* das associações com outras pessoas (FERRO, 2008, p. 148-149).

Reforça-se a observação, ainda, por sua singular importância, que, muito embora o comportamento criminoso seja o principal aspecto de interesse na intercessão proposta neste trabalho, ele não absorve todo o trabalho que aqui se está propondo realizar, uma vez que o comportamento de que trata a teoria da associação diferencial tanto pode ser tido como lícito como quanto aquele previsto como ilícito. Tal circunstância também se mostra como paradigma diferenciado face às antigas teorias criminológicas, que em verdade partiam de pressupostos, dentre outros, que crime seria algo desde sempre dado e que criminoso seria quem fosse biológica ou sociologicamente inclinado ou levado a cometer tal conduta quase tida como naturalmente esperada.

Surge, pois, a necessidade preliminar esclarecedora de delimitar com exatidão do que se está a falar como premissa fundamental.

Crime, aqui, é uma categoria jurídica, normativa, estatal, política, que nem sempre estará em consonância com o que é socialmente entendido, ou majoritariamente aceito como comportamento desviante. E isso neste ensaio pouca importância tem.

Sendo o crime tão somente aquilo que, em geral, o poder legiferante assim elege, nada obsta que uma determinada forma de agir venha a ser considerada criminosa independentemente de um consenso do corpo social ou mesmo de uma maioria espontânea. Mais correlata, todavia, a esse aspecto meramente formal do crime e de seu nascedouro, há de fato uma constatação histórica que determinadas condutas, mormente aquelas cujo emprego de violência física, ou grave ameaça quanto a essa integridade física, infringida a outrem, coincidam com normas que as consideram criminosas, ou seja, passíveis de sanção afliativa. Porém o aspecto frisado por Sutherland é o comportamento passível de ser aprendido; seja positivamente ilícito e sistemático, apenas imoral, reprovável, ou nenhum desses. O caráter criminoso, indesejado a esse nível, não é exatamente o ponto em questão, salvo para caracterizar o comportamento desviante como diferencial.

Já a Psicanálise, por seu turno, é vasta em seu conteúdo, tanto no conjunto da obra do seu criador, Sigmund Freud, como também do seu mais influente suces-

sor, Jacques Lacan, sobretudo no ponto em que neste trabalho se pretende destacar face à teoria da associação diferencial: o papel de um outro na estruturação do sujeito em um processo de amorosidade (admiração, identificação).

Independentemente, portanto, de qualquer outra questão de relevo que reclame a atenção de ambos os conhecimentos, que por certo existem e não são poucas, restringir-se-á a presente pesquisa ao aspecto da existência de um *Outro* na história de vida desse sujeito, que pode vir a ser considerado, pelas vias formais da máquina judiciária estatal, como criminoso.

Ainda, insta também indagar que *Outro* é esse em questão de que se fala, diferenciando-o de demais outros; e, também, da própria diferenciação que os separa e eleva alguns à dimensão de grande Outro (ou simplesmente *Outro*), daqueles que permanecem apenas outros, sem o superlativo.

3 O OUTRO NA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

Logo no capítulo I do seu livro “Princípios de Criminologia”, intitulado “Uma teoria de criminologia”, Sutherland (1949), dentre outras observações, acentua que o comportamento criminoso, ou desviante por poder ser tipificado em condutas vedadas por leis, pode ser observado a partir de processos que são gerais e uniformes se concentradas as atenções no comportamento criminoso sistemático, chegando-se, assim, a uma teoria adequada. “Se se puder desenvolver uma teoria que seja adequada ao comportamento criminoso sistemático será mais fácil explicar os atos específicos em relação a êsse arcabouço” (SUTHERLAND, 1949, p. 12).

E ao discorrer sobre o que chamou de uma teoria do comportamento criminoso, fê-lo sob a forma de sete (conforme primeira edição de 1949) proposições, sendo que delas é possível pontuar momentos e a importância destas nas relações demonstradas entre o sujeito que se faz assujeitado, naquilo que o autor chamou de associação, ou processos associativos com outros, ao longo desses sete contextos, mas em especial com quem detém sobre esse mesmo sujeito uma forte relação.

Nos dois primeiros de seus enunciados, Sutherland (1949) antecipa que o comportamento está relacionado a um *processo* que tem o condão de exercer resultados nesse proceder sistemático, quer seja ele conformista com um desempenho positivo, ou seja, em atipicidade com as leis estatais criminais, quer sejam destas desviantes, ou seja, do modelo de atuação esperado, coadunando-se com um comportamento defeso qualquer, em suas múltiplas espécies. E, no mais, que esse processo é por excelência *associativo* com *outros*, portanto, de tal monta que seu mecanismo é o mesmo independentemente de seu caráter criminoso ou não.

Afastando as possibilidades, um dia ventiladas na Criminologia, da herança, o sociólogo norte-americano enfatiza:

Nenhum indivíduo herda tendências que fazem dêle inevitavelmente criminoso ou respeitador da lei. Também, a pessoa que não está já treinada no crime não inventa o comportamento criminoso sistemático. Embora a personalidade inclua certamente um elemento de inventividade, uma pessoa não inventa um sistema de comportamento criminoso a menos que tenha tido treino nessa espécie de comportamento [...] (SUTHERLAND, 1949, p. 13).

Suas duas primeiras proposições apontam, pois, para o cerne da proposta aqui levantada: há um *processo*, ou seja, um certo caminho a ser percorrido, percurso esse ao qual podemos acrescentar um caráter sistemático, para fazer uso do próprio termo utilizado na obra tomada em correlação, a modo de um proceder intersubjetivo, que reclama, assim, um *outro*. E essa interação sistemática e intersubjetiva é que desponta no pensamento do autor como *associação*, quase como uma ideia de sociedade propriamente dita entre sujeitos, onde estão envolvidas demanda e satisfação.

É curioso apontar agora que o significante *diferencial* na teoria em comento assume tão somente a perspectiva de ser desviante quanto ao comportamento socialmente pretendido, de subsunção à ordem jurídica vigente em uma dada sociedade, e não ao fato de que, dentre outras possibilidades, a *associação* de que se fala seja diferenciada em razão do seu grau de relevância para o sujeito, por exemplo.

Assim é que, em seu terceiro achado, Sutherland (1949) aponta que apesar de o processo ser o mesmo no aprendizado de condutas legais ou ilegais, os conteúdos dos padrões na associação diferem: “Por essa razão, chama-se associação diferencial. A associação que é de primordial importância no comportamento criminoso é a associação com pessoas que se empenham no comportamento criminoso sistemático” (SUTHERLAND, 1949, p. 13).

O grau de relevância dessa relação do sujeito (aprendiz) com o grande Outro (mestre) também é fator determinante para o aprendizado descrito. Logo, como veremos, o caráter diferencial poderá ser compreendido como singular nessa relação, ultrapassando o aspecto apenas do conteúdo.

Muito embora tenha toda uma importância para a teoria no pensamento do autor a associação dar-se com pessoas *envolvidas no comportamento* sistemático, propor-se-á a leitura do significante aqui em questão, diferencial, também quanto à espécie de *envolvimento* com a pessoa associada. A relação subjetiva existente entre quem aprende, ou espelha, e seu Outro, também pode ser da ordem do diferencial não só quanto ao conteúdo. Acredita-se que seja.

Dessarte, faz-se necessário enfatizar os pontos principais da teoria da associação diferencial de Sutherland naquilo que concerne aos aspectos que aqui se julgam

principais quanto ao aprendizado como colocado nessa teoria, observado pelo sociólogo, para se proceder a uma visão a partir da Psicanálise sobre tais pontos, enfatizando um em específico, como dito, o Outro.

Consolidando tais pontos principais, para o presente trabalho, em resumo, Nóbrega Júnior (2015, p. 76) assim descreveu:

A conduta criminal se aprende em interação com *outras* pessoas, mediante um processo de *comunicação*. Requer, pois, uma aprendizagem ativa por parte do indivíduo. Não basta viver em um meio criminogênico, nem manifestar determinados traços da personalidade ou situações frequentemente associadas ao delito. Não obstante, em referido processo participam ativamente, também, *os demais*.

A parte decisiva do processo de aprendizagem ocorre no seio das relações mais *íntimas* do indivíduo com seus *familiares* ou com pessoas do seu *meio*. A influência criminógena depende do *grau de intimidade* do contato interpessoal.
(...)

Contatos duradouros e frequentes devem ter maior influência pedagógica, mais que outros fugazes ou ocasionais, do mesmo modo que o impacto que exerce qualquer modelo nos *primeiros anos* da vida do homem costuma ser mais significativo que o que tem lugar em etapas posteriores; o modelo é tanto mais convincente para o indivíduo quanto maior seja o *prestígio* que este atribui à *pessoa* ou *grupos* cujas definições e exemplos aprende (destacamos).

Já na edição de 1992 do mesmo livro de Sutherland, “Princípios de Criminologia”, que agora também conta como autores Donald R. Cressey e David F. Luckenbill, Ferro (2008, p. 146) destacou o seguinte trecho da obra, traduzindo-a:

A frequência e a duração como modalidades de associações são óbvias e não necessitam de qualquer explicação. A prioridade é presumida importante no sentido de que o comportamento legal desenvolvido na *primeira infância* pode persistir por toda a vida, e também de que o comportamento delinquente desenvolvido na primeira infância pode persistir por toda a vida. Esta tendência, entretanto, não tem sido adequadamente demonstrada, e a prioridade parece ser importante principalmente mediante a sua influência *seletiva*. A intensidade não é definida precisamente, mas ela tem

a ver com tais coisas como o *prestígio da fonte* de um padrão criminoso ou anticriminoso e com reações *emocionais* relacionadas às associações (destacamos).

Os destaques realizados nas citações imediatamente acima, bem como os aspectos relacionados aos mesmos já apontados na explanação da teoria da associação diferencial, terão especial atenção aqui para o olhar a partir da Psicanálise, mormente sobre um conceito fundamental nesta, o da *identificação*. Assim, aspectos que se destacam da obra criminológica, como relações íntimas com outros, com familiares, desde tenra idade, dentro do seu meio, com prestígios e emoções dirigidas seletivamente a pessoas ou grupos, serão correlacionadas.

Quanto à questão específica sobre o processo de *comunicação* apontada por Sutherland (1949) em sua teoria, tal nos remete a um tema central em Psicanálise, a linguagem², onde afirmam Plon e Roudinesco: “A linguagem não é um instrumento, mas a condição de produção de qualquer forma de comunicação” (PLON; ROUDINESCO, 1998, p. 559); esta não poderá ser abordada neste momento. Escapa à delimitação proposta, centrada na discussão do *Outro* para os dois saberes. Devido à sua importância, pois, esse aspecto em especial, a linguagem, extrapola o âmbito deste trabalho, reclamando um específico para si.

4 O OUTRO NA PSICANÁLISE

Tema central no presente trabalho, uma vez que assume aqui um lugar de interseção entre Criminologia, a partir da teoria da associação diferencial de Sutherland, e a Psicanálise criada por Freud e posteriormente mais bem elaborada por Lacan neste singular e importante tópico, traçam-se agora os aspectos fundamentais desse conceito em Psicanálise, à maneira de cotejo com seu interlocutor criminológico, já demonstrado no capítulo anterior.

Aliás, doravante, todos os aspectos tratados agora pela ótica da Psicanálise serão imediatamente especulados com a teoria da associação diferencial, buscando-se

2 “Deve-se a Lacan o fato de ter ressaltado um segmento nuclear da obra de Freud, indicado já no título do escrito que, segundo ele próprio afirma, inaugura seu ensino, ‘Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise’ (1953). De fato, tal segmento encontra sua formulação princeps no aforismo lacaniano segundo o qual ‘o inconsciente é estruturado como uma linguagem’, por meio do qual Lacan trouxe a psicanálise de volta a seu campo específico – o da linguagem –, do qual precisamente os analistas pós-freudianos haviam se afastado. Lacan afirma aí que a ‘descoberta de Freud é do campo das incidências, na natureza do homem, de suas relações com a ordem simbólica, e do remontar de seu sentido às instâncias mais radicais da simbolização no ser. Desconhecer isso é condenar a descoberta ao esquecimento, a experiência à ruína” (JORGE, 2011, p. 65).

reconhecer o que existe de possibilidades de aprofundamento nas conclusões a que chegou Sutherland por meio de seu inovador olhar criminológico.

Para a melhor compreensão dos juristas e criminólogos acerca dos *outros* em Psicanálise, e posterior relacionamento com as proposições que a teoria da associação diferencial nos traz sobre as características dessa associação entre sujeitos, que se disse diferencial porquanto da relação (associação) entre uma pessoa que aprende e um outro que ensina que crimes podem ser cometidos e como podem ser executados, faz-se mister uma colocação introdutória e precisa dessa questão dos outros para a teoria freudiana/laciana, naquilo que nos interessa aqui, valendo-se inicialmente das pontuações de Plon e Roudinesco (1998, p. 558):

Como todos os freudianos, Lacan situou a questão da alteridade, isto é, da relação do homem com seu meio, com seu desejo e com o objeto, na perspectiva de uma determinação inconsciente.

[...]

Foi em 25 de maio de 1955, no contexto da elaboração progressiva de sua tópica do simbólico, do imaginário e do real, durante o seminário anual dedicado a *O eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise*, que Lacan introduziu pela primeira vez o termo grande Outro, distinguindo do pequeno outro: “há dois *outros* por distinguir, pelo menos dois – um outro com maiúscula e um outro com minúscula, que é o eu. O *Outro*, é dele que se trata na função da fala.

E para destacar bem o papel desse grande Outro, ou simplesmente *Outro* (com a inicial maiúscula), para a vida do sujeito, ao abordar a relação do Outro com a transferência (mecanismo fundamental para a análise), em “A direção do tratamento e os princípios de seu poder”, de 1957, Lacan asseverou o que Plon e Roudinesco (1998, p. 559) assim contextualizaram:

Outro tornou-se então a outra cena (o inconsciente) descrita por Freud, mas compreendida, segundo a terminologia laciana, como o “lugar de desdobramento da fala” onde o “desejo do homem é o desejo do Outro”. O sujeito se pergunta “que quer o Outro? e, nessa interrogação, interroga sua própria identidade [...].

Das colocações acima transcritas e trazidas para a discussão, resta claro que a observação lançada por Sutherland (1949) logo na sua primeira³ proposição, assim como a sua segunda⁴ proposição ratifica, remete-nos a uma alteridade, ou seja, uma relação entre sujeitos, por exemplo, que não prescinde logicamente da necessidade de outros elementos que os unam, e até mesmo que deflagre aquilo que o sociólogo chamou de processo associativo.

Se é certo que o sujeito está fadado à alteridade, ou seja, a se relacionar com seu meio, seu desejo e com outros, da mesma forma é certo que não é o fato de haver relacionamento do sujeito com o grande Outro, por si só, o causador de uma conduta desviante perante a ordem jurídica. É também a relação com o grande Outro que formará um eu conformista.

A Psicanálise ratifica a alteridade dita por Sutherland (1949), precisamente quando este enfatiza a *forma* do processo de relacionamento entre sujeito (aprendiz) e o Outro (mestre), independentemente de conformidade ou não com a lei. Mas para tanto há que se identificar com precisão quem é esse que tem o condão de ensinar o sujeito nessa relação.

Assim, sobre as considerações acerca desse Outro com influência sobre o sujeito (aprendiz), é de fundamental importância, primeiramente, o reconhecimento e a distinção que Lacan fez durante seu já citado seminário “O eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise” entre *outros*, precisamente sustentando a existência de um pequeno outro e o diferenciando do grande Outro, como vimos.

Então precisando com clareza quem são esses dois *outros*, Napoli (2022) os distingue da seguinte maneira:

Uma boa forma de entender a diferença entre essas duas categorias é pensando o pequeno outro como uma pessoa qualquer e o grande Outro como uma instância (não necessariamente uma pessoa) que exerce sobre você uma função de determinação.

[...]

O pequeno outro é aquele cuja palavra não faz muita diferença na minha vida. E não faz diferença porque, no fim

3 “Os processos que resultam no comportamento criminoso sistemático são fundamentalmente os mesmos, na forma, que os processos que resultam no comportamento legal sistemático” (SUTHERLAND, 1949, p. 12).

4 “O comportamento criminoso sistemático é determinado num processo de associação com aqueles que cometem crimes, exatamente como o comportamento legal sistemático é determinado num processo de associação com aqueles que são respeitadores da lei” (SUTHERLAND, 1949, p. 12).

das contas, as pessoas que estão nessa posição funcionam basicamente como extensões ou projeções de nós mesmos.

[...]

Com o grande Outro a relação é diferente. No sentido estrito, o grande Outro designa o conjunto das instâncias que determinam a nossa existência a despeito da nossa vontade.

[...]

Essa é a principal diferença: a palavra do grande Outro marca, determina, condiciona ao passo que o que o pequeno outro diz sempre passa pelo filtro egoico.

Vê-se, pois, que não é qualquer relação com qualquer outro que irá possibilitar o que Sutherland (1949) chama de aprendizagem. As condições estarão presentes tanto no sujeito que aprende, que será o assujeitado, quanto no grande Outro, mediante um processo inconsciente.

Necessária se faz uma associação de assujeitamento, em um processo atravessado pela *identificação*, só possível pela palavra do grande Outro, que tem a *força* de marcar, condicionar, determinar a existência desse sujeito independentemente de sua vontade.

Certamente que há explicação para esse *prestígio* do grande Outro, que não goza o pequeno outro, para essa determinação do sujeito, de forma que também por essa via será possível entender esse aspecto do processo da aprendizagem como concebida pelo sociólogo de Chicago ao considerar os aspectos da frequência, duração, prioridade, intensidade etc.

5 A IDENTIFICAÇÃO EM PSICANÁLISE

Adentrando-se mais a fundo na discussão do grande Outro em Psicanálise, termo utilizado para designar um local simbólico pelo mais freudiano dos pós-freudianos, Jaques Lacan, faz-se conveniente inicialmente percorrer uma trajetória sobre a colocação da questão pelo próprio fundador da Psicanálise, por meio do processo conhecido como identificação. Essa proposta torna-se bastante esclarecedora no sentido de serem precisas as concepções de eu e objeto em Psicanálise, e desde logo registrando que aqui se fala de um processo inconsciente, o que já afasta *a priori* uma visão corriqueira da ideia de identificação, que pugnaria pela existência de duas pessoas, sendo uma delas sofrendo transformações em razão da ação de outra simplesmente.

Essa diferenciação quanto à concepção prosaica de identificação é fundamental, sendo aqui posta, pois, como ponto de partida para a elaboração da interseção proposta entre os saberes criminológico e psicanalítico em questão.

Inicia-se com a colocação mais direta de Plon e Roudinesco (1998) a respeito de uma conceituação de identificação, para em seguida esmiuçar e aprofundar a ideia de modo a caracterizá-la propriamente com o olhar que se deseja, especificando bem suas nuances em *Psicanálise*:

Termo empregado em psicanálise para designar o processo central pelo qual o sujeito se constitui e se transforma, assimilando ou se apropriando, em momentos-chave de sua evolução, dos aspectos, atributos ou traços dos seres humanos que o cercam (PLON; ROUDINESCO, 1998, p. 363).

Reforça-se que não se trata aqui de relações intersubjetivas, mas sim, por assim dizer, intrapsíquicas, vez que a transformação por identificação se dá no próprio seio do aparelho psíquico e é imperceptível diretamente por nossos sentidos. Tratando-se de inconsciente, não estamos a falar da seara do intersubjetivo, ou seja, de um indivíduo entre outras pessoas, mas no âmbito impessoal e inconsciente do sujeito singular, vale dizer, “...estamos nesse espaço psíquico, preocupados em compreender como, no cerne do campo inconsciente, dois polos – o eu e o objeto – entram numa relação de identificação” (NASIO, 1997, p. 113).

E ao tratar das categorias freudianas da identificação, cuja premissa é: “que é objeto?” Nasio (1997) acrescenta a importância na precisão do termo objeto, e adverte:

Muitos mal-entendidos nos ensinamentos psicanalíticos, inclusive nos de Freud, provêm do fato de confundirmos, com grande frequência, o eu com a pessoa que somos, e o objeto com a pessoa do outro. Pois bem, o lastimável termo objeto, às vezes utilizado para descrever a figura de um outro amado e desejado, reveste-se aqui, no contexto do problema da identificação, de um sentido muito preciso. Primeiro, a palavra objeto não designa a pessoa exterior do outro, ou aquilo em sua pessoa que me é dado perceber conscientemente, mas a representação psíquica inconsciente desse outro (NASIO, 1997, p. 115).

Esclarecendo de forma mais precisa, continua:

Na verdade, para sermos mais exatos, sejamos mais restritivos e matizemos nossas colocações. Estritamente falando, o objeto designa outra coisa que não a representação psíquica

do outro, entendida como sendo o vestígio de sua presença viva inscrito em meu inconsciente. O termo objeto designa, verdadeiramente, uma representação inconsciente *prévia* à existência de outrem, uma representação que já se acha ali e na qual virá escorar-se a realidade externa da pessoa do outro ou de qualquer de seus atributos vivos. Com todo o rigor, não existem no inconsciente representações *do* outro, mas apenas representações inconscientes, impessoais, por assim dizer, à espera de um outro externo que venha ajustar-se a elas (NASIO, 1997, p. 115-116).

Importa ressaltar essas pontuações, a saber: de que o objeto da identificação é tão só uma representação psíquica inconsciente de um Outro prévio, e não deste ou daquele atual outro, vez que tal representação psíquica é anterior à sua existência, de natureza impessoal, que pode se adequar no agora ao outro externo; e também, que se deve levar em consideração que a representação psíquica prévia não implica uma conclusão de que houve um encontro igualmente prévio com uma pessoa então viva em um passado, mas que pode remeter, por exemplo: “...a uma evocação muito remota de alguém que talvez nem sequer tenha jamais existido: um personagem mitológico, uma figura do romance familiar etc.” (NASIO, 1997, p. 116).

A par de toda a importância dessas observações sobre o objeto, esta tratada por derradeiro mostrar-se-á extremamente válida para o desiderato aqui proposto face à associação diferencial.

Insta também ressaltar que o Outro em questão, seja o remoto, seja a ancoragem atual, pode ser inscrito como representação fora da consciência, isto é, registrado por assim dizer à revelia do sujeito em seu inconsciente, conforme segue uma explicação a partir de um exemplo dado:

Tomemos, por exemplo, a cena de uma mãe que evoca diante do filho um distante ascendente familiar. Sem que o filho se aperceba, um simples detalhe do relato ligado ao personagem evocado vem inscrever-se em seu inconsciente. Isso equivale a dizer que um detalhe sem importância aparente – agora isolado e completamente desligado da figura do ancestral – veio encaixar-se no molde de uma representação inconsciente já presente (NASIO, 1997, p. 116)

Igualmente importante para o deslinde do entendimento acerca do objeto para a Psicanálise é a conclusão a que chega o autor citado:

Interroguemo-nos, então: nessa sequência, onde localizaríamos o objeto? O objeto não é a mãe que fala, nem o personagem familiar rememorado, nem tampouco o detalhe inconscientemente percebido, mas a representação que já se encontra ali, confirmada, nesse momento, pela inscrição inconsciente de um detalhe do relato. Em suma, é exatamente essa representação, consagrando a existência inconsciente do outro, que chamamos de objeto (NASIO, 1997, p. 116-117).

Com essas ponderações preliminares ao processo de identificação restando delineadas, cabe agora a explicação propriamente dita da identificação, tanto em Freud quanto em Lacan, para que se possa visualizar o escopo desta pesquisa, a de relacionar esse processo identificatório com a associação proposta por Sutherland.

Nasio (1997) propõe na obra de Freud quatro tipos de identificações parciais, em contrapartida a uma identificação total, que seria uma identificação primária essencialmente mítica, que foge ao âmbito deste trabalho. Tais identificações parciais são representações inconscientes que assinalam uma determinada forma ou aspecto que pode adotar a representação. O autor fala de quatro fusões possíveis do eu com uma forma particular de representação inconsciente (objeto): no que tange a um *traço distintivo*, quanto a uma *imagem global* ou a uma *imagem local*, ou ainda quanto a uma *emoção*.

A primeira das identificações referidas é aquela que se estabelece entre o eu e um *traço bem discernível* do objeto que desapareceu e ao qual houve um profundo apego. Fala-se de um traço qualquer saliente parcial do objeto, que representa um outro amado, desejado e perdido⁵.

No tocante à imagem global do objeto, significa que a representação inconsciente dá-se com uma *imagem* do objeto amado, desejado e perdido. Para melhor compreensão, um bom exemplo “...é a identificação patológica que tem lugar na melancolia (...) Freud soube resumir o narcisismo da identificação melancólica numa frase célebre e belíssima: ‘A sombra do objeto recai sobre o eu’” (NASIO, 1997, p. 121-122).

A identificação com a imagem local do objeto não abrange a imagem global, mas apenas com a parte sexual do outro, ou melhor dizendo, com o lugar *imaginário* do sexo do outro. A teoria lacaniana a denominou de *identificação imaginária*.

5 “À semelhança de Freud e por comodidade de exposição, acabamos de empregar a palavra “objeto” em sua acepção mais ampla, a do outro enquanto ser amado, desejado e perdido. Ora, lembramos que, com todo o rigor, a palavra objeto designa somente o traço saliente do outro amado, desejado e perdido. Insisto novamente: o objeto é o traço saliente uma vez inscrito no inconsciente, e não a pessoa do outro de quem esse traço foi separado” (NASIO, 1997, p. 199).

Quanto à identificação do objeto enquanto emoção, Nasio (1997, p. 124-127) nos remete à histeria:

Já em 1895, Freud não hesitaria em fazer do ataque histérico o equivalente de um orgasmo. Quando vocês virem uma histerica desmaiar, não tenham dúvida – decidiu Freud –, o sujeito faz mais do que gozar, ele se identifica com a emoção sexual compartilhada pelos parceiros do casal fantasiado; fantasiado, entendamos, no campo do inconsciente.

Por fim, para esclarecer melhor a identificação do eu com o grande Outro, passemos ao exercício despendido por Lacan, a partir da obra de Freud mas renovando-a, quanto a explicação desse processo identificatório, observando-se um refinamento, uma lapidação da questão, diante de um desafio mais difícil, que não parte mais de um eu e um objeto já definidos.

Para Nasio (1997), a abordagem lacaniana vai dar nome a uma relação em que um dos termos acaba criando o outro, e com isso resolve um problema psicanalítico fundamental – graças à sua definição de identificação – que é dar nome ao processo psíquico de *constituição* do eu, ou, adverte, para ser mais preciso, de nominar o processo de *causação* do sujeito inconsciente.

Para Lacan, a identificação é o nome que serve para designar o nascimento de uma nova instância psíquica, a produção de um novo sujeito. Existe aqui, em relação a Freud, uma reviravolta ainda mais radical do pensamento. Agora, estamos longe do esquema tradicional da identificação compreendida como uma transformação entre dois termos previamente existentes, *A* transformando-se em *B*; no momento, estamos diante de um esquema muito diferente, o esquema da causação de um desses termos, produzido pelo outro. Enquanto Freud transplanta o esquema tradicional, deslocando-o do espaço psicológico e tridimensional para o espaço inconsciente, Lacan efetua, além disso, um duplo reviramento: não apenas a identificação é inconsciente, não apenas significa engendramento, mas ainda e sobretudo o sentido do processo é invertido. Em vez de *A* se transformar em *B* – como era o caso em Freud –, é *B* que produz *A*. A identificação significa que a coisa com a qual o eu se identifica é a causa do eu, ou seja, o papel ativo anteriormente desempenhado pelo eu é, no momento, garantido pelo objeto (NASIO, 1997, p. 114).

Os processos de identificação tanto em Freud quanto em Lacan, como vimos, respondem ao que foi postulado por Sutherland (1949) em suas concepções acerca da assertiva, em Criminologia, de que o crime se aprende, por meio de um processo de associação com outros. Também aqueles aspectos já apontados da teoria do sociólogo que remetem a questões como relações familiares desde os primeiros anos de vida do sujeito, além de pessoas outras inseridas no mesmo meio, prestígios e emoções reconhecidas e endereçadas ao Outro etc., estão a nosso ver abordadas nas descrições do processo identificatório na constatação de registros psíquicos inscritos no inconsciente do sujeito em sua evolução, e que estarão aptos a escoramentos em associações/identificações com o grande Outro.

Quer a identificação ocorra em razão de traços distintivos, de imagem global ou local, ou no que tange à emoção, o eu se funde à representação psíquica inscrita no inconsciente ao longo da vida do sujeito e encontra no grande Outro o que “ensina”. Ou seja, esse grande Outro, reconhecendo o sujeito apto pela existência prévia de uma representação psíquica, causa um processo de constituição do eu, como assevera a teoria lacaniana; ao interrogar sobre o que quer o Outro, há um encontro.

6 CONCLUSÃO

O que se deduz da presente pesquisa é que a associação diferencial de Edwin H. Sutherland encontra na Psicanálise um eco possível para uma assertiva comum à linguagem sociológica, de que “o crime se aprende”, na medida que o esmiuçamento da teoria possibilita o encontro dos saberes por várias nuances, que dentre estas foram aqui escolhidos o papel e a performance do grande Outro na sua relação e identificação com o eu, e sua consequência para o sujeito que se fez assujeitado.

Restou demonstrado que a alteridade que se depreende da proposta da associação diferencial também se dá em qualquer outra onde uma identificação psíquica se faz presente ante a existência de um objeto externo que é investido de afeto e reconhecimento e desencadeia uma relação de autoridade, traduzindo-se esse processo como sendo à semelhança de um aprendizado.

A forma de apreensão do processo de identificação se dá pela observação do sujeito em seu meio e pela compreensão de que há circunstâncias inconscientes que regem esse processo, tornando esse olhar múltiplo mais esclarecedor sobre o papel que o subjetivismo e o meio desempenham nessa associação.

As linguagens diferentes dos saberes são desafiadoras e exigem parcimônia de rigores, mormente se forem considerados os entraves naturais na proposta de um saber conhecer de outro, com todas as suas especificidades inerentes a cada um. A aproximação é sempre cautelosa e tende a exigir maiores circunspecções e esforço

explicativo, de modo a resultar em um trabalho de fundamentos básicos e problematizações concomitantemente, a depender da posição de um saber em relação ao todo produzido, que tem como conteúdo também o outro saber.

Contudo, e como dito no início deste trabalho, a Criminologia é um *locus* privilegiado para essa natureza de desafio interdisciplinar, e a proposta posta encontra sim a possibilidade de se debater a relação entre o eu e o Outro face a um comportamento sistemático que pode ou não ser ilícito, mediante as instâncias e os procedimentos expostos nas teorias envolvidas.

REFERÊNCIAS

CALHAU, Lélío Braga. *Um retorno (im)possível à “Criminologia e Psicanálise”*: a visão de Jacques Lacan. Governador Valadares: Universidade Vale do Rio Doce – Univalde, 2009.

CARVALHO. Salo. *Criminologia e Psicanálise*: possibilidade de aproximação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 29, abril./jun. 2008.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Sutherland – a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco*. *DE JURE*: Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 11, p. 144-167, jul./dez. 2008.

JORGE, Marco Antônio Coutinho. *Fundamentos da Psicanálise de Freud a Lacan*: v. 1: as bases conceituais. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2011.

NAPOLI, Lucas. As diferenças entre o pequeno outro e o grande Outro em Lacan. *Dr. Lucas Nápoli*, Governador Valadares, 4 jan. 2022. Disponível em: <https://lucasnapoli.com/2022/01/04/as-diferencas-entre-o-pequeno-outro-e-o-grande-outro-em-lacan/>. Acesso em: 31 jul. 2022.

NASIO, Juan-David. *Lições sobre os 7 conceitos cruciais da psicanálise*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

NÓBREGA JÚNIOR. José M. P. Teorias do crime e da violência: uma revisão da literatura. *BIB*: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, São Paulo, n. 77, p. 69-89. 1º sem. 2014 (publicada em dezembro de 2015).

PLON, Michel; ROUDINESCO, Elisabeth. *Dicionário de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1949.

**A (IN) APLICABILIDADE DA *EMENDATIO LIBELLI* NA
LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RELEITURA
DOS ARTIGOS 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
E 17, § 10-F, INCISO I, DA LEI Nº 8.429/1992, COM AS
ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021**

**THE (IN)APPLICABILITY OF THE *EMENDATIO
LIBELLI* IN THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW:
NEW READING OF ARTICLE 383 OF THE CRIMINAL
PROCEDURE CODE AND ARTICLE 17, § 10-F, ITEM I,
OF LAW NO. 8429 OF 1992, WITH THE AMENDMENTS
BROUGHT BY LAW NO. 14230 OF 2021**

*Juizane Sousa de Holanda Oliveira*¹

Resumo: Discorre sobre a *emendatio libelli* prevista no Código de Processo Penal e sua (in) aplicabilidade na lei de improbidade administrativa, enfatizando a garantia do acesso ao judiciário como a busca de uma tutela que seja útil, justa e efetiva. Fala-se, igualmente, a respeito da diferença entre *emendatio libelli* e *mutatio libelli*, com fundamento no entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial. Destaca-se, também, a desproporcionalidade em se permitir, no direito penal (que tutela a liberdade *estricto senso* do indivíduo), ao Juiz, sem modificar a descrição dos fatos contidos na denúncia ou queixa, atribuir-lhes definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave, e a desarrazoada não aceitação do instituto na Lei nº 8.429/1992. Por conseguinte, sugere-se a busca de um ponto de equilíbrio entre a rigidez da norma especial e a flexibilização entre segurança e efetividade jurídica, a observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-chave: Código de Processo Penal; *mutatio libelli*; tutela; denúncia.

1 Servidora do Ministério Público do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. E-mail: juiza@hotmail.com;

Abstract: It discusses the *emendatio libelli* provided for in the Criminal Procedure Code and its (in)applicability in the Administrative Improbability Law, emphasizing the access guarantee to the judiciary as the search for a protection that is useful, fair and effective. There is also an analysis of the difference between *emendatio libelli* and *mutatio libelli*, based on legal, doctrinal and jurisprudential understanding. It also highlights the disproportionality of allowing the judge, in criminal law (which protects individual freedom in the strict sense), without modifying the description of the facts contained in the indictment, to give them a different legal definition, even if, as a result, he has to apply a more serious penalty, as well as the unreasonable non-acceptance of the institute in Act No. 8429 of 1992. Therefore, it is suggested the search for a balance between the rigidity of the special rule and the flexibility between security and legal effectiveness, observing the principles of contradictory and broad defense.

Keywords: Criminal Procedure Code; *mutatio libelli*; law protection; indictment.

1 INTRODUÇÃO

Por vezes, no momento da prolação da sentença ou da decisão de pronúncia, o Juiz atribui uma nova definição jurídica aos fatos postos na exordial, sem agregar-lhes qualquer circunstância ou elemento. Dá-se a este instituto o nome de *emendatio libelli*, que, a despeito de possibilitar ao julgador modificar a tipificação legal, assegura a higidez do sistema processual, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que, como sabido, as condutas descritas na denúncia permanecem inalteradas e sobre elas fora oportunizado às partes o direito de manifestar-se.

Não há dúvida de que a utilização da *emendatio libelli* garante, dentre outros, a concretização dos princípios da razoável duração do processo e da eficiência na entrega da prestação jurisdicional, por proporcionar a tutela pretendida sem que haja a necessidade de reabertura da instrução processual. Além do mais, o instituto é corolário da justiça, por impedir que o inculpatado seja condenado por fato diferente do indicado na acusatória.

Conquanto não unânime, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que é permitida a *emendatio libelli* no âmbito dos feitos criminais. Aliás, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) tem previsão expressa nesse sentido, em seu artigo 383, que será objeto de estudo neste trabalho.

Por outro lado, na lei processual civil não existe prenúncia manifesta acerca do instituto referenciado, mas, ao contrário, e relativamente à Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), há previsão de que “será nula a decisão de mérito total ou parcial que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial” (artigo 17, § 10-F), inviabilizando, dessarte, a utilização da *emendatio libelli*.

Esse impedimento será objeto de análise neste artigo, oportunidade em que se sugerirá a busca de um ponto de equilíbrio entre a rigidez da norma especial e a flexibilização entre segurança e efetividade jurídica. A metodologia será baseada fundamentalmente em pesquisa bibliográfica, decisões dos Tribunais Superiores e estudo da lei.

2 EMENDATIO LIBELLI X MUTATIO LIBELLI: ENTENDIMENTO LEGAL, DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

2.1 *Emendatio libelli*

Como aponta Avena (2019, p. 1167), *emendatio libelli* é a hipótese na qual o juiz, no momento da prolação do *decisum* condenatório ou da pronúncia, confere nova definição jurídica à conduta descrita na inaugural, sem acrescentar-lhe, porém, quaisquer circunstâncias e/ou elementos que lá não estivessem e dos quais o inculcado não se tenha defendido.

Sobre o tema, Capela (2008, p. 89) esclarece:

Na imputação é necessário conter a descrição minuciosa dos fatos, a qualificação penal destes e a atribuição de sua autoria a alguém. Destes elementos o que vincula a função jurisdicional são os fatos descritos, ou seja, o evento naturalístico pretensamente ocorrido no mundo material. Já a definição jurídica proposta pela parte acusadora, ainda que necessária, é provisória, pois quando o juiz desempenha seu mister principal, decidir, o faz em relação tanto aos fatos como à classificação legal. E o que deve permanecer inalterado durante o processo são os fatos, a qualificação jurídica dada pelo magistrado pode contrariar a apresentada pelo membro do Ministério Público ou querelante.

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), por sua vez, dispõe:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurí-

dica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Depreende-se dos artigos apontados que, ao operar a *emendatio libelli*, o juízo, de primeira ou de segunda instância (este último, desde que não implique *reformatio in pejus* – artigo 617, última parte, do Código de Processo Penal), pode imprimir aos fatos descritos na denúncia ou queixa, definição jurídica diversa, tipificando-os em outro crime, ainda que resulte em pena mais grave, sendo despidendo novo pronunciamento da defesa, pois o juiz conhece o direito (*jura novit curia*) e o réu se defende dos fatos (e não de sua qualificação jurídica).

Dito de outra maneira, tal conduta não importa ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que, como a própria lei estabelece, não há modificação na descrição das condutas contidas na denúncia ou queixa, que, a propósito, já são conhecidos pelas partes, mas apenas (e tão somente) a devida adequação com a norma jurídica apropriada.

A jurisprudência (BRASIL, 2022) legitima esse instituto:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 384 DO CPP; 90 DA LEI N. 8.666/1993; E 59 DO CP. DENÚNCIA QUE DESCREVEU A CONDUTA, NA MEDIDA EM QUE NARROU AS ELEMENTARES DO CRIME IMPUTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR JUDICIAL DA PERSONALIDADE PRESERVADO PELA INSTÂNCIA A QUO. NECESSÁRIA DOSIMETRIA A SER FEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Consta do Parecer do Ministério Público Federal que, em atenta leitura da denúncia (e-STJ, fls. 02/12), verifica-se clara referência a fatores alteração inoportuna de datas de documentos e de reunião de recebimento de propostas, irregularidades na emissão de nota fiscal por aquisição de veículo automotor com especificações diversas das apontadas nos documentos, a fim de que se frustrasse a natureza competitiva de procedimento licitatório. Não há *mutatio libelli* (fl. 1.956).

2. É absolutamente viável a condenação do agravante pela prática do crime em referência. [...] O réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação a ele atribuída. Por isso, é permitido ao Juiz alterar a definição jurídica dos fatos (*emendatio libelli*), ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa (HC n. 261.842/SP, Relator para acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 30/9/2014).

3. *Não constitui ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória o ato de magistrado singular, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, atribuir aos fatos descritos na peça acusatória definição jurídica diversa daquela proposta pelo órgão da acusação* (HC n. 426.866/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 2/5/2018).

4. Extrai-se do voto referido, no trecho apontado pelo agravante - fl. 1.209, in fine -, a seguinte razão de decidir: A Dosimetria revela-se adequada e proporcional aos elementos constantes nos autos, tendo em consideração as Circunstâncias valoradas negativamente e a previsão de Penas mínima e máxima em abstrato para o Delito em questão (fl. 1.195).

5. A valoração negativa do vetor judicial da personalidade, reconhecida na sentença à fl. 642, foi preservada pela instância a quo. Portanto, não procede o pedido de redução da pena ao mínimo legal, devendo, nos termos da decisão ora agravada, o Tribunal de origem efetuar essa nova dosimetria.

6. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.969.910/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 30/6/2022.) (grifou-se).

Tem-se, assim, que, na *emendatio libelli*, o que realmente importa é a descrição pormenorizada do evento naturalístico, pois, este sim, é definitivo. Em outras palavras, significa que o julgador não pode alterar o episódio narrado na preambular.

É sabido, ademais, que somente por meio da *mutatio libelli* (que será oportunamente estudada) há a possibilidade de mudança nos fatos iniciais se, logicamente, surgirem provas novas de circunstâncias ou elementos não elencados na denúncia ou queixa.

Avena (2019, p. 1168) leciona, ainda, que, em decorrência da nova adequação jurídica, o réu poderá não somente ter a pena agravada, mas, também (com maior razão), tê-la atenuada. É que, segundo o autor, há três formas de *emendatio libelli* passíveis de aplicação pelo Juiz diante do caso concreto que esteja sob exame, são elas:

2.1.1 Emendatio libelli por defeito de capitulação

Ocorre quando o Ministério Público ou o querelante descreve corretamente os fatos na denúncia ou queixa, mas ao capitulá-los comete equívoco, quiçá, por erro de digitação, atribuindo tipo penal diverso. Neste caso, basta ao julgador examinar a conduta, verificando se estão comprovadas a materialidade e a autoria do delito, e, sem embargo, reconhecer que o evento se amolda a dispositivo penal distinto daquele que constou na inicial denunciatória.

Exemplo acontece quando o Ministério Público relata um crime de roubo, como todas as suas circunstâncias, dentre elas, a grave ameaça ou a violência à pessoa, porém ao classificá-lo o faz com fundamento no artigo 155 do Código Penal (furto). Nesta hipótese, o julgador não ficará vinculado à capitulação procedida pelo *Parquet*, mas desempenhará seu mister com base nos fatos da preambular (artigo 157 do Código Penal). Em virtude da correta capitulação jurídica poderá ser aplicada reprimenda mais elevada (artigo 383 do Código de Processo Penal).

2.1.2 Emendatio libelli por supressão de circunstância

Dá-se quando a denúncia ou queixa descreve um fato mais amplo, porém, quando da prolação da sentença, o magistrado observa que determinada circunstância ou elemento posto na exordial não foi comprovado durante a instrução criminal. *In casu*, há a modificação fática, não para acrescentar, mas para subtrair particularidade da conduta retratada, ocasionando supressão na classificação jurídica.

Decorre quando, por exemplo, o *Parquet* especifica um acontecimento, descrevendo-o como se roubo fosse, não obstante, no momento do *decisum*, o juiz percebe que não ficou comprovada a grave ameaça ou a violência à pessoa, pelo que desloca a conduta criminosa para o delito de furto. Nessa espécie, inexistente prejuízo à defesa, pois a circunstância que motivou a condenação pelo crime de furto (subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel) foi suficientemente reportada na denúncia (AVENA, 2019, p. 1168).

2.1.3 Emendatio libelli por interpretação diferente

Verifica-se por exegese jurídica distinta do fato descrito, ou seja, quando o Juiz realiza interpretação diferente da que fez o Ministério Público ou o querelante quanto ao enquadramento da conduta narrada. Sobreleva destacar que, na espécie, não há necessidade de aditamento da denúncia, pois a nova definição não decorre de inovação fática, mas sim de interpretação diversa quanto ao ajustamento do fato exposto na exordial, pelo que suficiente a devida adequação à norma respectiva (AVENA, 2019, p. 1168).

Acontece, a título de exemplo, quando o órgão ministerial narra um fato como homicídio qualificado por ter sido cometido por meio de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal), mas o magistrado verifica que, em verdade, a conduta retratada se refere a outra qualificadora e, assim, promove a devida classificação jurídica.

Pode ocorrer, também, quando o Ministério Público narra adequadamente um crime de homicídio com duas qualificadoras, não obstante procede à capitulação jurídica de apenas uma. Nesta conjuntura, pode o magistrado fazer a devida correção, e na dosimetria, utilizar uma delas para qualificar a conduta, alterando o *quantum* da pena em abstrato, e a outra na fase intermediária, caso corresponda a uma das agravantes previstas no artigo 61 do Código Penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal.

2.1.4 Crítica à emendatio libelli

O termo *libelli* se refere essencialmente à peça escrita elaborada pelo Ministério Público ou pelo querelante, onde se anuncia o evento naturalístico pretensamente ocorrido no mundo material. Assim, para alguns autores, dos quais se destaca Capela (2008, p. 86): “[...] não há possibilidade de o magistrado emendar uma peça que não tenha legitimidade para formular”.

Badaró (2013, p. 147-148) destaca que *emendatio libelli* designa a emenda do libelo, quer dizer, da peça inaugural. Dito isto, na interpretação do autor referenciado, o artigo 383 do Código de Processo Penal não aborda a *emendatio libelli* (emenda da inicial), tendo em vista não sofrer alteração ou aditamento.

Franco (2018, p. 10), por seu turno, diz:

Em verdade, por mais que o instituto concede ao juiz a possibilidade de corrigir a libelo, essas correções são acidentais ou secundários em relação ao conteúdo da denúncia ou queixa, não havendo, portanto, alteração substancial na identidade que viole a correlação entre acusação e sentença. Destarte, o

único efeito da aplicação do instituto seria a de modificação do tipo penal indicado na peça acusatória.

De fato, não pode o julgador aditar a acusatória, já que esta é exclusiva do órgão ministerial ou do querelante (nas ações privadas). No entanto, embora não possa o magistrado *emendar* literalmente a inaugural, nada obsta que proceda à adequação da qualificação jurídica, considerando que, quando isso acontece, inexistente surpresa para a defesa, que, aliás, se defende dos fatos narrados na inaugural.

Há de se destacar, por relevante, que o juiz não se vincula à capitulação jurídica apresentada pelo *acusador*, podendo fazer uso do princípio *narra mihi factum dado tibi jus*. Na realidade, embora deva haver correlação entre a sentença e a denúncia, ao magistrado cabe a apreciação dos fatos conforme posto na peça *a quo*, não importando o título concebido pelo Ministério Público ou querelante às condutas (muitas vezes decorrentes de erro de digitação).

Frisa-se, bem assim, que aludida providência não desprestigia a função institucional do *Parquet* nem a prerrogativa do querelante de fazê-la, neste último caso, nas ações penais privadas, pois, equivocada classificação não pode constituir obstáculo à resposta estatal.

2.2 *Mutatio libelli*

A *mutatio libelli*, por sua vez, ocorre quando, após a instrução probatória, o Ministério Público verifica a possibilidade de nova definição jurídica, em razão de surgirem provas de circunstâncias ou elementos da infração penal não descritos na exordial, e dos quais, o réu não promovera a sua defesa. Dessa feita, o órgão ministerial ou o querelante produzirá o aditamento da denúncia ou da queixa (se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública), ouvindo-se, após isso, a defesa do incriminado.

Ressai que ainda que as novas circunstâncias ou elementos possibilitem tipificação em tese mais benéfica para o réu, é imprescindível o aditamento da denúncia ou queixa, com a abertura de prazo para o demandado formular a sua defesa, pois, como sabido, ninguém pode ser condenado por fato do qual não tenha tido a oportunidade de se manifestar e produzir provas (se por exemplo, a *acusação* descreveu os fatos como se roubo fosse, qualificando-o como tal, mas durante a instrução criminal advenham provas de outro delito, assim como apropriação indébita, é imprescindível o aditamento da inicial e a intimação do incriminado para, querendo, exercer o contraditório).

Oportuno o magistério de Avena (2019, p. 1171):

Nestes casos, como há evidente prejuízo ao acusado, não poderá ser o indivíduo condenado ou pronunciado pelo novo crime sem que adotadas, antes, as providências referidas no art. 384 do CPP, sendo irrelevante, para tanto, se a nova tipificação implica apenamento superior, igual, ou inferior ao crime originalmente descrito.

No mesmo sentir, o entendimento jurisprudencial (BRASIL, 2022):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DENÚNCIA APRESENTADA PELA PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO CRIME DE RECEPÇÃO. AUSÊNCIA DO PROCEDIMENTO DA MUTATIO LIBELLI. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. APELAÇÃO DA DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. ABSOLVIÇÃO DO RÉU.

1. Ainda que inadequada a impetração de habeas corpus em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o STJ considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal.

2. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença representa, no sistema processual penal, importante garantia ao acusado, pois define balizas para a prolação da sentença condenatória ao estabelecer a obrigatoriedade de correspondência entre o fato imputado ao réu e a responsabilidade penal.

3. Encerrada a instrução processual, se for apurada a existência de elementar ou de circunstância de crime diverso do descrito anteriormente na peça acusatória, é necessário adotar o procedimento previsto no art. 384 do CPP, conhecido na doutrina por mutatio libelli.

4. No julgamento de apelação interposta pela defesa, constatada a ofensa ao princípio da correlação, não cabe reconhecer a nulidade da sentença e devolver o processo ao primeiro grau para que então se observe o art. 384 do CPP, uma vez que implicaria prejuízo para o réu e violaria o princípio da non reformatio in pejus.

5. A absolvição por falta de provas do crime é muito mais benéfica ao acusado do que o suprimento do vício com o reconhecimento de nulidade da decisão e com a concessão de oportunidade de aditamento da denúncia ao Ministério Público.

6. Agravo regimental provido (AgRg no HC n. 559.214/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022.)

Conforme se observa, ao contrário da *emendatio libelli* (que prescinde do complemento da matéria fática), na *mutatio libelli* é indispensável o acréscimo de elemento ou circunstância da infração penal alheio à peça acusatória.

2.2.1 Mutatio libelli x emendatio libelli por supressão de circunstância

É provável que haja conflito na interpretação dos institutos *mutatio libelli* e *emendatio libelli*, em especial, no que diz respeito à *emendatio libelli por supressão de circunstância*.

É que, como demonstrado alhures, ocorre *emendatio libelli por supressão de circunstância* quando a inaugural reproduz um fato mais abrangente, todavia, ao prolatar a sentença, o julgador verifica que alguma circunstância ou elemento do delito não foi comprovado durante a instrução processual. Há tão somente a subtração de particularidade da conduta imputada, permanecendo hígido o fato principal descrito na inicial (cita-se, como exemplo, a desclassificação do crime de roubo para o delito de furto em que a subtração de coisa alheia móvel foi satisfatoriamente detalhada no momento do libelo).

A propósito, o aresto (MINAS GERAIS, 2019):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE “MUTATIO LIBELLI”. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO DEMONSTRADO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA FRANZINA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. REJEITADA A PRELIMINAR. NO MÉRITO, DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Não merece prosperar a alegação defensiva de nulidade do processo por ausência de “mutatio libelli”, uma vez que, na hipótese de restar comprovado que o agente não praticou a subtração patrimonial utilizando-se de violência ou grave

ameaça, deve ser aplicado a “emendatio libelli” por supressão de circunstância, eis que tal conduta restou suficientemente descrita na denúncia.

2. Demonstrada a existência de uma associação permanente entre os agentes, que compartilham de forma consciente a vontade de realizar crimes da Lei de Drogas, deve haver condenação por associação para o tráfico.

3. Se os indícios que balizam a prática pelo acusado do delito de tráfico ilícito de entorpecentes não restaram confirmados no decorrer da instrução probatória, ante a inexistência de prova suficiente a fundamentar um decreto condenatório, a absolvição é medida que se impõe, notadamente em observância ao princípio ‘in dubio pro reo’.

4. Rejeitada a preliminar. No mérito, dado parcial provimento ao recurso (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.17.113969-4/001, Relator (a): Des. (a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/08/2019, publicação da súmula em 30/08/2019) (grifou-se)

Na *mutatio libelli*, em contrapartida, sucede a modificação da conduta descrita na exordial, em razão da superveniência de fato novo não contido na denúncia. Merece destaque o fato de ser imprescindível o aditamento da denúncia ou queixa, com a abertura de prazo para o demandado formular a sua defesa, ainda que as novas circunstâncias ou elementos possibilitem tipificação em tese mais benéfica para o réu. É nesse ponto que, quiçá, decorra confusão na compreensão dos institutos.

No entanto, deve-se ter em mente que, estando descritos na denúncia as circunstâncias ou os elementos levados em consideração para alterar o tipo penal, não há se falar em *mutatio libelli*, mas sim em *emendatio libelli*. A diferença crucial, portanto, pesa sobre o fato de os elementos ou as circunstâncias terem sido ou não reproduzidos. Se o tiverem, será o caso de se proceder unicamente à adequação da norma jurídica, mas, caso contrário, proceder-se-á ao aditamento da inaugural.

Sobre o assunto, Avena (2019, p. 1176) elucida:

Exemplo: Ao oferecer denúncia, narra o Ministério Público que o agente matou a vítima, desferindo-lhe dois tiros pelas costas em face de um desentendimento anterior motivado pelo não pagamento de uma dívida. Se, a despeito dessa descrição, tiver o Ministério Público, na denúncia, capitulado a infração penal apenas como homicídio qualificado pelo motivo fútil, nada obsta ao Juiz de reconhecer, também, a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa do ofendido em face dos disparos terem ocorrido quando a vítima estava

de costas para o agente. E isso não importará qualquer surpresa à defesa do réu, já que a circunstância que motivou a postura do Juízo em reconhecer a segunda qualificadora está descrita na inicial.

Agora, se a desclassificação importar em reconhecimento de circunstância ou elementar não atribuídos na inicial acusatória, não incide o art. 418 do Código de Processo Penal, mas sim a disciplina do art. 411, § 3º, que determina a aplicação prévia do art. 384. Isso porque, nesse caso, estaremos diante de hipótese de *mutatio libelli*. Exemplo: Denunciada a ré por homicídio, resolve o juiz, na pronúncia, desclassificar essa infração para infanticídio. Ora, isso implica reconhecer, na pronúncia, o estado puerperal, que não foi descrito na peça inaugural. Logo, tal reconhecimento implica surpresa à ré, sendo absolutamente irrelevante o fato do apenamento menor do infanticídio em relação ao homicídio.

Por conseguinte, estando descritos na denúncia as circunstâncias ou os elementos levados em consideração para alterar o tipo penal, não há se falar em *mutatio libelli*, mas em *emendatio libelli*, fato que, à vista disso, não ofende o princípio da correlação, antes o prestigia.

2.2.2 Mutatio libelli x teoria da imputação alternativa superveniente

Com o aditamento da denúncia ou queixa, surge para o magistrado, no momento da sentença, três alternativas: uma para absolver o réu, se presentes as hipóteses do artigo 386 do Código de Processo Penal; outra para condená-lo pelo delito noticiado no aditamento; e a terceira para apenar o incriminado pelo crime descrito originariamente na exordial.

Embora o artigo 384, § 4º, da lei processual penal (BRASIL, 1941), estabeleça que o juiz ficará subordinado, na sentença, aos termos do aditamento, essa interpretação deve ser feita, em verdade, no sentido de que não poderá o julgador admitir circunstâncias que, não especificadas na inicial, também não foram objeto do aditamento. É o caso, pois, da aplicação da teoria da imputação alternativa superveniente.

Oportuno o ensinamento de Avena (2019, p. 1173):

[...] Aplica-se aqui, enfim, a teoria da imputação alternativa superveniente, incidente na hipótese de *mutatio libelli* quando, diante de aditamento da denúncia pelo Ministério Público em decorrência de novos elementos ou circunstâncias surgidos na fase instrutória do processo criminal, uma

nova imputação é feita ao réu, permitindo-se ao juiz, no momento da sentença, optar por julgá-lo com base na imputação original ou pela que sobreveio com o aditamento.

Em outras palavras, a *mutatio libelli* permite o acréscimo de novos elementos ou circunstâncias da imputação (não dispostos na inaugural), autorizando, ao juiz, após o processo regular, *optar* por julgá-lo com base na imputação originária ou na resultante do aditamento.

3 EMENDATIO LIBELLI X LEI Nº 8.429/1992, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021

Sabe-se que a garantia constitucional do acesso à justiça é mecanismo essencial para a salvaguarda de todo e qualquer direito. Todavia, não basta que as partes alcancem o juízo, é imprescindível a obtenção de tutela justa, célere e efetiva.

Rossini (2021, p. 25) certifica que “a garantia constitucional obriga o Estado à prestação de uma justiça efetiva, com uma tutela que seja útil àquele que necessitou socorrer-se do Poder Judiciário, e que exerça a função primordial de pacificação social.” Afinal, segundo Bedaque (2011, p. 21), “o processo não vale tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”.

A *emendatio libelli*, de certo, busca dar efetividade à tutela jurisdicional quando, sem malferir o contraditório e a ampla defesa, permite ao juiz subsumir a situação fática à norma jurídica, sem a reabertura da instrução processual. Quer dizer, inexistente ofensa ao contraditório, posto que, quanto aos fatos, as partes tiveram a oportunidade de contradizê-los.

É preciso destacar, mais uma vez, que a *emendatio libelli* não se confunde com o aditamento da exordial (*mutatio libelli*), visto que, como já demonstrado alhures, aquela apresenta duas características essenciais, quais sejam, o autor da alteração jurídica dos fatos (juiz) e o momento processual (prolação da sentença), enquanto esta é exclusiva do órgão ministerial ou do querelante, e é realizado durante a instrução processual. Além disso, na *emendatio libelli*, o magistrado em momento algum modifica a realidade dos fatos, limitando-se a proceder à correta capitulação da conduta retratada.

Tem-se, assim, que o emprego do instituto *emendatio libelli* no processo penal não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em conta que as partes tiveram a oportunidade de se manifestar sobre os fatos contidos na inaugural, os quais permanecem inalterados após o devido enquadramento na norma jurídica correspondente.

A Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), por sua vez, refuta a utilização desse instituto, quando em seu artigo 17, § 10-F, determina que “será nula a decisão de mérito total ou parcial que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial”.

Seria, assim, razoável a inadmissão da *emendatio libelli* na Lei de Improbidade Administrativa, especialmente se considerar-se legítima a sua aplicabilidade em processo eminentemente penal (perceba que, conquanto possua a Lei de Improbidade Administrativa natureza penal, dos seus tipos secundários não decorre prisão)?

Entende-se que não.

Como defendido, a *emendatio libelli* se limita à mera mudança na capitulação jurídica dos fatos postos na inicial, valendo registrar que o requerido é suficientemente certificado do inteiro teor da exordial, na qual, reitera-se, pormenoriza, de forma clara e precisa, as condutas em tese praticadas pelo réu. Não há, portanto, surpresa à defesa.

É bem verdade que, se o erro na definição da infração, veiculado na denúncia ou queixa, for capaz de ocasionar prejuízos à defesa, deve o julgador ordenar a intimação das partes, com a finalidade de que se manifestem, oportunizando, para mais, a produção de provas.

É preciso, então, que se estabeleça um ponto de equilíbrio entre a rigidez da norma especial (Lei nº 8.429/1992) e a flexibilização entre a segurança e a efetividade jurídica, de modo de que seja respeitado o acesso à justiça como a busca de uma tutela que seja útil, justa e efetiva, sem negligenciar o direito ao contraditório e à ampla defesa, garantias constitucionais.

3.1 Consequências práticas da (in) admissão da *emendatio libelli* na Lei de Improbidade Administrativa

Como demonstrado neste trabalho, com as modificações provenientes da Lei nº 14.320/2021, a Lei de Improbidade Administrativa passou a rejeitar, expressamente, o instituto da *emendatio libelli*, asseverando em seu artigo 17, § 10-F, que “será nula a decisão de mérito total ou parcial que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial.”

Mas, considerando a possibilidade de incorrer o Ministério Público em equívoco (quicá, por digitação) quando da qualificação jurídica do fato, como deve proceder o julgador e quais as consequências dessa tomada de decisão? Bem, neste caso, verificam-se pelo menos três possibilidades e repercussões resultantes do acolhimento da *emendatio libelli* na Lei de Improbidade Administrativa.

A primeira delas seria o caso de o magistrado condenar o demandado de acordo com a capitulação jurídica dada pelo Ministério Público, conquanto destosse dos fatos postos na inaugural (comprovados durante a instrução processual), ofendendo o princípio da correlação entre a exordial e a sentença.

A segunda decisão a ser tomada seria a remessa dos autos ao Ministério Público, a fim de que este procedesse à correta capitulação jurídica (observe que a reificação se daria tão somente na qualificação jurídica, permanecendo os fatos inalterados, pelo que não se trataria de *mutatio libelli*), mas a defesa poderia sustentar afronta ao princípio oficialidade – e pedir a nulidade do feito –, já que, segundo este preceito, ao *Parquet* cabe a atribuição de formular a pretensão punitiva estatal, não se admitindo ao juiz ordenar a baixa do processo de ofício ao órgão referenciado.

A terceira seria o caso de, entendendo não haver nos autos provas quanto à capitulação jurídica posta na inaugural, ou seja, compreendendo que os fatos divergem da qualificação jurídica concedida pelo Ministério Público, o julgador absolver o requerido, como última alternativa, mas essa opção seria altamente prejudicial para a sociedade, principal destinatária da Lei nº 8.429/1992, que visa, como é sabido, resguardar a proteção do bem público, com a aplicação de sanções em virtude da prática de atos de improbidade administrativa.

4 CONCLUSÃO

É sabido que as partes (dentre as quais se insere o Ministério Público, como o legitimado para promover a ação de improbidade administrativa – artigo 7º da Lei nº 8.429/1992) buscam, além do acesso à justiça, que o resultado pretendido seja alcançado.

No que diz respeito à Lei de Improbidade Administrativa, nota-se que a norma referenciada impede que o juiz condene o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial, desautorizando expressamente o instituto da *emendatio libelli* (artigo 17, § 10-F).

Tal imposição, todavia, vai de encontro aos princípios da boa-fé objetiva, celeridade, acesso à justiça e proporcionalidade, pois pretende limitar a atuação do magistrado, conquanto posta a narrativa, de forma clara e precisa, na exordial, e sobre ela já tenha sido oportunizado às partes manifestar-se.

Ademais, embora a *emendatio libelli* não seja admitida na Lei de Improbidade Administrativa, deve-se estar atento para que a rigidez excessiva não torne esvaziada a proteção pretendida. É preciso estabelecer, portanto, um ponto de equilíbrio entre o rigor da norma especial e a flexibilização entre segurança e efetividade jurídica, de modo que seja respeitado o acesso à justiça como a busca de uma tutela

que seja útil, justa e efetiva, sem olvidar o direito ao contraditório e à ampla defesa, garantias constitucionais.

Ressai consignar, por pertinente, que o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença representa, no sistema processual, importante garantia ao requerido, pois define balizas para a prolação da sentença condenatória ao estabelecer a obrigatoriedade de correspondência entre o fato imputado ao réu e a responsabilidade penal.

Dessarte, em vez de inviabilizar a utilização da *emendatio libelli* na Lei nº 8.429/1992, seria producente aplicar o Código de Processo Civil (especialmente os artigos 9 e 10), que estipula que, antes de decidir, deve o juiz facultar aos envolvidos a oportunidade de se manifestarem. Tal conduta, certamente, possibilitaria a efetiva tutela jurisdicional, sem que fossem suprimidas as garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processual*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial (AgRg no REsp n. 1.969.910/RN). Agravo regimental em recurso especial. Penal e processual penal. Violação dos arts. 384 do cpp; 90 da lei n. 8.666/1993; e 59 do cp. Denúncia que 'descreveu a conduta, na medida em que narrou as elementares do crime imputado pelo tribunal de origem. *Emendatio libelli*. Possibilidade. Pedido de redução da pena-base ao mínimo legal. Valoração negativa do vetor judicial da personalidade preservado pela instância a quo. Necessária dosimetria a ser feita pelo tribunal de origem. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

pesquisar.jsp. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial (AgRg no REsp n. 559214/SP). Agravo Regimental no Habeas Corpus. Denúncia Apresentada Pela Prática De Crime de Roubo. Sentença Condenatória Pelo Crime de Receptação. Ausência Do Procedimento Da Mutatio Libelli. Princípio Da Correlação Entre A Denúncia e a Sentença. Apelação da defesa. Nulidade da sentença. Ofensa ao princípio da non reformatio in pejus. Absolvição do réu. Relator Ministro João Otávio De Noronha. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 maio 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 4 ago. 2022.

CAPELA, Fábio. *Correlação entre acusação e sentença*. Curitiba: Juruá, 2008.

FRANCO, Lucas Vinicius Souza Franco. *Crítica à emendatio libelli: no direito não existe fatos puros*. Minas Gerais: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal (AgRg no REsp n. 1.0024.17.113969-4/001/1139694-62.2017.8.13.0024 (1). Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Preliminar. Nulidade do processo por ausência de “mutatio libelli”. Não ocorrência. Absolvição. Inviabilidade quanto ao crime de associação para o tráfico. Vínculo associativo demonstrado. Tráfico de drogas. Prova franzina. Absolvição. Necessidade. Rejeitada a preliminar. No mérito, dado parcial provimento ao recurso. Relator Desembargador Marcílio Eustáquio Santos. *Diário da Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 30 ago. 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/#test5>. Acesso em: 4 ago. 2022.

ROSSINI, Luiz Felipe. *A mutatio libelli aplicada ao processo civil: a incessante busca pela efetividade da tutela jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

REDESCOBRINDO O PROTAGONISMO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

REDISCOVERING THE VICTIM'S PROTAGONISM IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Lindemberg do Nascimento Malagueta Vieira¹

Resumo: O presente artigo aborda a vitimização como o fenômeno que torna um indivíduo ou grupo de indivíduos vítima de uma infração penal e que resulta na necessidade de mecanismos materiais, processuais e assistências para reconstrução de sua dignidade. A abordagem compreende a conceituação da vítima, bem como o conceito e evolução da vitimologia e vitimização. Busca estabelecer a vitimologia através das necessidades não priorizadas pela criminologia, emancipando-a, descrevendo os métodos e objetivos, diversos e independentes, reconhecendo os direitos naturais dos ofendidos, reestabelecendo o bem jurídico violado pelo agente infrator. Por conseguinte, discorre-se sobre a neutralização da vítima no conflito e seu redescobrimto. Ademais, aborda-se por fim, valendo-se dos fundamentos estampados na Constituição da República, a necessária concepção de Estado Democrático de Direito para compreender o processo como relação jurídica e a necessidade de se garantir a dignidade da vítima, legitimada a perseguir a reconstrução dos bens jurídicos necessários ao bem-estar social, violados pela infração penal.

Palavras-chave: vítima. processo penal; vitimologia.

Abstract: This article addresses victimization as the phenomenon that makes an individual or a group of individuals the victim of a criminal offense and that results in the need for material, procedural and assistance mechanisms to rebuild their dignity. The approach comprises the conceptualization of the victim, as well as the concept and evolution of victimology and victimization. It seeks to establish

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Caruaru/Asces. Especialista em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Gestão Pública pela UEMA. Especialista em Gestão e Governança em Ministério Público pela UEMA/ESMPMA. E-mail: lindembergvieira@gmail.com.

victimology through the needs not prioritized by criminology, emancipating it, describing its methods and objectives, diverse and independent, recognizing the natural rights of the offended, reestablishing the legal interest violated by the offending agent. Therefore, the neutralization of the victim in the conflict and his rediscovery is discussed. In addition, it is finally approached, using the foundations stamped in the Constitution of the Republic, the necessary conception of a Democratic State of Law to understand the process as a legal relationship and the need to guarantee the dignity of the victim, legitimized to pursue the reconstruction of the legal goods necessary for social well-being, violated by the criminal offense.

Keywords: victim; criminal procedure; victimology.

1 INTRODUÇÃO

Detentor do monopólio de dizer o direito, senhor do poder punitivo, o Estado tomou para si o punir, baseado na consagração do modelo de exclusiva dialética entre ele e o infrator, distanciando a vítima da resolução dos seus conflitos, onde historicamente inserida encontrava-se. A consequência, por certo, foi seu esquecimento. Esse é o marco histórico, fixado na equivocada base da necessidade de se assegurar imparcialidade não vislumbrada na justiça privada, mas necessária à perseguição penal.

Titular do bem jurídico violentado, a vítima é primariamente maculada pela prática delituosa, sendo evidente seu interesse em ver reparado o seu sofrimento. Mas o conflito travado entre o autor do fato e o Estado é o modelo tradicionalmente seguido pelo rito processual brasileiro, fundado apenas em um modelo que busca ver assegurada à sociedade uma resposta, uma solução para a violação de um direito alheio maculado, mas que ignora a gênese do delito, um conflito humano, que é prévio ao desejo punitivo estatal.

Assim agindo, a atuação do Estado acaba por não encontrar correspondência e deferência àquela efetivamente prejudicada no conflito, a vítima. Destituída do protagonismo no processo penal, recebe a vítima a condenação do autor do fato sem sua razão de ser. Desconsiderando seu dano, seu sofrimento.

O processo penal não repara, nem ameniza as consequências do crime, o procedimento processual penal, não deferindo amparo à vítima, diante do sofrimento decorrente da lesão ao bem jurídico, se mostra inservível àquela. Assim, transformaram-se vítimas em abstrações, sem papel na resolução do conflito, expropriadas pelo Estado, neutralizadas, meramente informadoras do delito contra si praticado.

Violada, fragilizada, sobrevivimizada, é tratada a vítima como prova e não como sujeito de um direito violado. Preocupa-se o Estado com o autor do fato criminoso, neutralizando a vítima.

Decorrentes dos estudos que buscavam emergir a vítima de seu anonimato e efetivar seus direitos e cidadania, surgem após a Segunda Guerra Mundial a vitimologia e o movimento vitimológico, que passam a discutir o novo papel da vítima, considerando a expropriação do conflito pelo Estado, colocando a vítima como sujeito passivo do delito, detentora de direitos e garantias.

Ao operador do direito resta a preocupação, real e crucial, com a proteção plena, integral, de voz à vítima.

Necessário assim que se entenda que são as vítimas destinatárias e partícipes do processo, tendo por paradigma que no Estado Democrático de Direito se garante a participação dos afetados no processo de construção e reconstrução de seus direitos.

2 VÍTIMA E VITIMOLOGIA

Vítima é o termo que designa a pessoa que, individual ou coletivamente, sofreu um dano.

No ensinamento de Germán Aller, em sua obra *El Derecho Penal Y La Victima* (2009, apud BURKE, 2022, p. 27) a palavra vítima encontra origem e representa a oferenda viva que se mata em sacrifício no topo do altar, oferecida em favor dos deuses.

Contrapõem-se os que defendem que a palavra vítima encontra raiz nos termos *vincire* e *vincere*, de origem no povo etrusco e incorporada ao latim. Segundo tais partidários, o termo *vincire* relaciona-se ao animal sacrificado e ofertado aos deuses. Já o termo *vincere* retrata o indivíduo vencido no campo de batalha. Assim, a conjugação dos termos resultaria no conceito que constrói o ser sacrificado, derrotado, vencido, subjugado ao outro ser (BURKE, 2022, p. 28).

Já Souza (2013, p. 44) ensina que a expressão vítima, que num sentido religioso se refere ao animal dado em sacrifício como agradecimento aos deuses pela vitória alcançada e em um conceito jurídico amplo abrange aqueles que sofrem algum tipo de ofensa a direitos fundamentais, da qual emergiria um dano ou lesão, vai para além do Direito Penal tendo alcance multidisciplinar.

Sumariva (2014) leciona que a vítima é quem sofreu ou foi agredido de alguma forma em virtude de uma ação delituosa, praticada por um agente. Assim, o autor observa que a vítima pode ser não somente o homem, considerado de modo individual, mas entidades coletivas como o Estado, corporações, comunidades e grupos familiares.

Juridicamente, é a vítima, na concepção do Código Penal, o ofendido, aquele que restou por prejudicado pela conduta típica.

Assim, como ensina Prudente (2020, p. 55), os dois traços que dão características à vítima são o sofrimento e a injustiça suportada por um indivíduo.

A Organização das Nações Unidas, através de sua Assembleia Geral, ofereceu seu conceito de vítima, previsto no item 1 do anexo da alínea A, da Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985 (ONU, 1985), ateve-se a dois tipos de vítimas: as vítimas de delito e as vítimas de abuso de poder, compreendendo danos não reconhecidos pelo legislador nacional como delito:

1 – Entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

2 – Uma pessoa pode ser considerada como “vítima”, no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo “vítima” inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

A referida declaração estabelece que se entendem por vítima as pessoas que, individualmente ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis em vigor num Estado membro.

A Declaração esclarece ainda, no dizer de Prudente (2020, p. 57), que uma pessoa é vítima ainda que o agressor não seja identificado, preso, processado ou condenado, bem como que independe da relação de parentesco entre o agressor e a vítima.

Ainda, numa visão crítico-vitimológica, fundada na ideia de classe social, é a vítima, hipossuficiente e marginalizada, mera fonte probatória, sendo aquela que sofre prejuízo em seus bens jurídicos essenciais, resultante de uma conduta prevista na lei como delituosa (BURKE, 2022, p. 30).

Desta forma, inserida na mesma massa de desvalidos que abraça também o autor do ato delituoso, resta a vítima ignorada pela burocrata persecução penal.

Como ensina Calhau (2020, p. 45), não é a criminologia moderna fundada na concepção do dogma de uma sociedade consensual. Vivemos em uma sociedade conflitiva.

Assim, o Direito Penal não pode ser desconectado da realidade a ponto de não proteger a vítima na forma e do jeito que merece (CALHAU, 2020, p. 51).

A “vitimologia”, termo utilizado primeiro pelo psiquiatra americano Frederick Wertham, segundo Lúcia Zedner (1997, apud SOUZA, 2013, p. 41), ganhou notoriedade com o trabalho de Hans von Hentig, “The Criminal an his Victim”, de 1948, tendo neste trabalho o autor proposto uma abordagem dinâmica, interacionista, desafiando a concepção de vítima como ator passivo, destacando que algumas características das vítimas poderiam precipitar os fatos ou condutas delituosas, e a necessidade de analisar as relações existentes entre esta e o agressor.

Doutra banda, defende-se que o termo foi originariamente cunhado por Benjamim Mendelsohn, que o teria utilizado em 1947 para descrever estudo científico das vítimas de crimes, proferindo a palestra “*Um Horizonte Novo na Ciência Biopsicossocial*” (CALHAU, 2020, p. 91), resultando de seus estudos uma classificação fundada na culpabilidade ou no grau de culpa da vítima (CALHAU, 2020, p. 93).

No Brasil, segundo Prudente (2020, p. 51), surgiu em 1971 a primeira obra a tratar do tema, de Edgar de Moura Bittencourt, tendo Fernandes (1995, p. 20), em sua obra “O Papel da Vítima no Processo Penal”, esquadrihado de forma clara a vítima na persecução penal.

Seja como for, surge a vitimologia do ato, primeira linha de pesquisa sobre o tema, que buscou compreender a vitimologia em razão do indivíduo que ostentou aquela condição de vitimado, perquirindo seu comportamento, sua responsabilidade pela conduta do autor do fato criminoso, com o fito de se elaborar planos de ação de prevenção à prática delitiva (BURKE, 2022, p. 83).

No estudo cunhado por Benjamim Mendelsohn, a vítima era classificada conforme sua contribuição para o fato criminoso, relacionando as vítimas como ideal, por ignorância, voluntária, provocadora e culpada (CALHAU, 2020, p. 93).

Saber o grau de influência do comportamento da vítima sobre o ato comportamento do infrator e no ato criminoso era o objetivo neste momento.

Todavia, os crimes não são justificáveis pelo comportamento da vítima, sendo esta, na verdade, um ser invisível e frágil, que reivindica, pretende, deseja ter e ser (BURKE, 2022, p. 60).

Assim, buscando valores e garantias na Constituição, a revitimização era o resultado alcançado, ante a criticável corresponsabilidade da vítima sobre o ato criminoso.

Ultrapassada a vitimologia do ato, a vitimologia da ação surge fundada nesta preocupação. Reconhece os direitos das vítimas penais, motivando estudos e movimentos para o seu reconhecimento, resultando na vitimologia dita institucional, que visa à materialização de inovações reais na ordem jurídica e social, redimensionando o papel das vítimas nas legislações penais e processuais penais (BURKE, 2022, p. 86).

Durante longo período histórico, ficou a vítima à margem dos estudos do direito penal e processual penal, restando por abandonada, já que tanto a Escola Clássica de Beccaria e Feuerbach, como a Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo, estavam centradas na tríade delito-delinquente-pena, como ensina Luanna Tomaz Souza (2013, p. 41).

Lima Júnior (2022, p. 95) lembra que ninguém levou em consideração o outro componente da relação jurídico-penal: a vítima.

Na década de 1970, o estudo da vítima no processo penal tomou novos rumos com o advento do Estado Democrático de Direito e nesse cenário a vitimologia e o movimento vitimológico passam a desenhar um novo papel para a vítima (SOUZA, 2013, p. 40), indo muito além do estudo da influência da vítima na ocorrência do delito, pois estuda os vários momentos do crime, desde o fato até as suas consequências.

Desta forma, abrange a vitimologia o estudo científico da extensão, natureza e causas da vitimização criminal, suas consequências para as pessoas envolvidas e as reações àquela pela sociedade, em particular pela polícia e pelo sistema de justiça criminal, valorando o indivíduo que, ofendido por seus pares, posteriormente restava por ignorado pelo poder estatal.

A vitimologia, no dizer de Prudente (2020, p. 67), não pretende a regressão ao passado, à vingança privada ou à represália. Não busca quebrar direitos e garantias dos infratores. Não busca populismo penal em nome das vítimas.

Por fim, a vitimologia moderna, no ensino de Burke (2022, p. 90), focaliza objetivos completamente divergentes daqueles que são fitados pela criminologia. Apoia-se em concepções diversas dos criminólogos.

A vitimologia desenvolveu e criou identidade própria, paradigma independente e objetivos outros de estudo. Deparando-se com fatos históricos e necessidades, a vitimologia fundou-se em necessidades não priorizadas pela criminologia, emancipando-se, estabelecendo métodos e objetivos diversos e independentes, buscando o reconhecimento dos direitos naturais dos ofendidos, reestabelecimento daquele bem jurídico violado pelo agente infrator (BURKE, 2022, p. 90).

Assim, tem-se modernamente por vitimologia a ciência autônoma que se volta ao reconhecimento, tutela e promoção dos direitos e garantias dos ofendidos, restabelecendo-se o protagonismo e relevância, reconstruindo-se os bens jurídicos maculados pela infração penal.

Romper o triunvirato criminológico formado pelo delito, delinquente e controle social, não é tarefa fácil (CALHAU, 2020, p. 91), mas é objetivo da vitimologia, centrada na adoção de medidas mais protetivas e que resguardam os direitos das vítimas (PRUDENTE, 2020, p. 67).

Posto isto, importante a identificação das três fases pelas quais as vítimas de atos ilícitos passaram. García-Pablos de Molina (1992, p. 42) ensina que as vítimas foram do protagonismo à neutralização, e depois ao redescobrimto.

A primeira correspondeu ao período que conhecido ficou por *vingança privada*, onde os danos produzidos eram reparados ou punidos pela própria pessoa, assumindo critérios vingativos e punitivos.

Como ensina Moran (2020, p. 29), nesse contexto histórico o protagonismo da vítima era fundado na liberdade outorgada para a busca da restituição pelo prejuízo sofrido.

Todavia, considerando a clara necessidade de se limitar a reação à agressão sofrida, com uma contenção social da violência, impedindo a continuidade ou repetição da violência social (PRUDENTE, 2020, p. 30-31), progressivamente a vingança privada foi substituída pela justiça privada, limitada e obediente a regramentos socialmente aceitáveis.

A justiça privada surge como uma primeira tentativa de controlar a *revindicta*, evitando que a paz social fosse constantemente abalada ou que acusados que não tivessem sua culpa comprovada por ela fossem atingidos. Desta forma, a justiça privada não se mostrava tão privada assim, não envolvendo obrigatoriamente, inclusive, a violência na resolução do conflito resultante do crime (MORAN, 2020, p. 31).

García-Pablos de Molina (1992, p. 45) ensina que se procurava desta forma estabelecer a proporcionalidade entre a agressão do autor e a retribuição da vítima. E sendo um evento que criava obrigações, família e comunidade assumiam papel vital, central no processo de negociação, conciliação e restituição (MORAN, 2020, p. 33).

Na segunda fase, que vai desde o Direito Romano até o século XX, entendeu-se que a resposta ao ato ilícito deve ser imparcial, despersonalizada da rivalidade, transformando vítimas concretas em abstrações, tirando seu papel central na resolução do conflito e progressivamente a vingança privada e a justiça privada foram dando lugar à justiça pública.

Por certo, não se tratou de uma consentida e rápida mudança, conforme ensino de Moran (2020, p.35), mas um processo paulatino, com a alteração de normas e costumes, lançando ofendidos a reportadores de ocorrências, testemunhas de fatos, agora sob o domínio do Estado, detentor do poder de investigar, acusar e punir.

Com a noção de proibição da justiça pelas próprias mãos, que teve como ponto de partida a expropriação do conflito pelo Estado, neutralizada a própria vítima, passou esta a ser mera informadora do delito (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 46).

Assim, a vítima percorre seu caminho ao ostracismo, relegada ao segundo plano, com seu papel diminuído, migra do centro da disputa para uma posição periférica do direito penal.

A crise do feudalismo, cruzadas, fortalecimento das monarquias e do Estado moderno, gradativamente sub-rogaram o *jus puniendi*, usurpando o protagonismo da vítima (PRUDENTE, 2020, p. 33). Já por volta de 1498, a lei francesa reconhecia que o rei ou seu procurador deveriam ser parte em todas as ações (MORAN, 2020, p. 36).

O crime torna-se um conflito entre o infrator e o Estado, formal, simbólico e bilateral. O processo penal neutraliza a vítima; sendo a relação jurídica, forma-se entre acusado, acusador e juiz, cunhado como mecanismo de imposição de sanção estatal, não para satisfação da vítima ou questões privadas.

Desta forma, não se persegue reparação do dano causado, mas a satisfação da pretensão punitiva do Estado, castigando o culpado pelo comportamento delitivo, cumprindo a finalidade de prevenção geral e especial, não sendo a vítima objeto de análise ou preocupação.

A vítima, na perspectiva criminológica, não tinha lugar, já que sendo sua atuação motivada pela vingança, seu afastamento era necessário como forma de garantir uma resposta racional e justa ao crime (PRUDENTE, 2020, p. 35-36).

Concebidas as teorias contratualistas, com influência do iluminismo, fundamentou-se o Estado e sua autoridade, seu monopólio do poder punitivo, encontrando na lei o limite ao poder estatal. Refletindo a vontade social, neste contexto, caberia ao Estado sua execução, sendo o delito a violação ao contrato social, restando por despersonalizado o conflito e expurgada a negociação e reparação do dano causado à vítima (MORAN, 2020, p. 37).

O redescobrimento da vítima então se dá como um fenômeno pós-Segunda Guerra Mundial, resultado de uma resposta ética e social à macrovitimização do conflito, que atingiu especialmente judeus, ciganos e homossexuais, dentre outros grupos vulneráveis, ganhando corpo, na década de 1970, com o movimento feminista, e, no âmbito do Direito Penal, com o movimento abolicionista, sendo a desper-

sonalização do conflito uma das principais críticas ao Direito Penal, acreditando que este deva passar pelos seus protagonistas (SOUZA, 2013, p. 43).

A despersonalização do conflito fundou os estudos da vitimologia relacionados com o processo penal, estimulando a criação de meios alternativos de resolução de litígios, preocupando-se com a sobrevivitização, evitando que ao terminar o processo reste por ser atingida aquela a quem se deveria proteger: a vítima.

Persegue-se a efetivação do direito à informação, à participação e à proteção, tudo com bases fincadas em um Estado Democrático de Direito e com fundamentos em um direito pluralista e participativo (SOUZA, 2013, p. 43).

O estudo da vítima surge com a ênfase dos direitos humanos, após a Segunda Guerra Mundial, tendo como ideia, segundo Neuman (1994, p. 25, *apud* BURKE, 2022, p. 68), a ratificação dos Direitos Humanos, ligada à vitimologia hoje pela não humilhação das pessoas, pela luta por um sistema de justiça que leve em conta as necessidades da vítima e a falta de compromissos, promessas de indenização legalmente assumidas em sedes criminais e civis; erradicação; a prevenção desta vitimização e de comportamentos individuais de tipo vítima e, em todos os momentos, dar respostas sociais válidas a todas as vítimas.

Em razão disso, entende Barros (2008, p. 60) que a vítima de hoje não é a mesma de ontem e que os atributos a ela deferidos e que integram a dignidade da pessoa humana estão aliados aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, resta fixado um conceito de vítima para o campo jurídico-penal, com um fator vitimizador resultante da conduta tipificada como ilícito penal, mas com caráter amplo capaz de englobar, além da pessoa diretamente atingida, seus familiares, dependentes e terceiros que possam ter sofrido dano ao auxiliar a vítima.

Com relevo nos estudos vitimológicos, o conceito de *vitimização* examina tanto a *propensão para ser vítima* quanto os vários mecanismos de produção de danos diretos e indiretos sobre a vítima e pode ser analisado sob três importantes aspectos: vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária (SOUZA, 2013, p. 47).

Vitimização, então, é o fenômeno que torna um indivíduo ou grupo de indivíduos vítima de uma infração penal (BURKE, 2022, p. 93), resultando na necessidade de mecanismos materiais, processuais e assistências para reconstrução da dignidade daqueles vitimados

A vitimização primária ocorre com o cometimento do delito, opera-se imediatamente após a prática delitiva. Preocupando-se, assim, a vitimologia com a conduta delitiva.

A vulnerabilidade da vítima está diretamente relacionada ao processo de vitimização e decorre de diversos fatores (de ordem física, psicológica, econômica e

outras), o que faz com que o risco de vitimização seja diferente para cada pessoa e delito (SOUZA, 2013, p. 47).

A vitimização secundária ou sobrevivitização é gerada pela indevida ou irregular atuação dos órgãos de controle social, incluindo o aparato policial e judicial, no desvio de finalidade, tendo em vista que estas instâncias devem evitar a vitimização (BURKE, 2022, p. 95).

Barros (2008, p. 86) conceitua a sobrevivitização a partir não do sofrimento a que a vítima é submetida, mas a partir de um critério objetivo, compreendido como desrespeito aos direitos e garantias das vítimas no processo penal.

O desrespeito aos direitos fundamentais da vítima tem por parâmetro a *Declaração de Princípios Básicos de Justiça das Vítimas de Delito*, que é dividida em quatro garantias: acesso à justiça e tratamento justo, ressarcimento, indenização e assistência social.

Segundo Prudente (2020, p. 103), a sobrevivitização é, por consequência, o desrespeito às garantias e aos direitos fundamentais das vítimas de crime no processo penal, que por vezes traz danos mais severos que os decorrentes da prática delitiva.

Assim, não são os sujeitos causadores da vitimização secundária autores da infração penal propriamente dita, mas são os atores sociais que, fundados em obrigação legal, deveriam garantir proteção e amparo à vítima, restando por decorrente do fato da vítima ser tradicionalmente vista como mera fonte probatória, fundamento da condenação do réu.

Não por outro motivo, a vitimização secundária é um dos pontos sobre os quais mais se debruçam os estudiosos da vitimologia, na busca de deferir à vítima uma maior participação no processo penal e evitar a vitimização (PRUDENTE, 2020, p. 107).

A vitimização terciária, por fim, no ensinamento de Souza (2013, p. 48), ocorre no âmbito do controle social, no desamparo da assistência social que se produz no reencontro com seus grupos de relação (família, escola, trabalho, igreja, no convívio social) e os organismos gerais de ajuda, resultado assim da ausência de receptividade social.

Encontra campo no pós-crime, no estigma criado e reverberado na própria comunidade, no espaço social que deveria dar guarida e obter obrigado à própria vítima.

Os danos decorrentes do crime, no dizer de Burke (2022, p. 101), são potencializados, já que há um processo de estigmatização, desatenção que transcende o ambiente policial e forense, encontrando como causadores familiares, amigos, colegas de trabalho, vizinhos e outros sujeitos sociais, que realizam julgamento e acusa-

ções, maculando um indivíduo já extremamente fragilizado pela conduta criminoso, impregnado por uma carimbagem social.

Para além dos três conceitos já definidos, a autovitimização secundária, segundo Trindade (2007, p. 35), é fornecida pela Psicologia Jurídica, onde a vítima se culpa pelo evento criminoso, recria-se pelo acontecido, procura motivos para explicar o fato, supondo-se corresponsável pelo evento.

Há necessidade, todavia, e é desejo da vítima, a existência de um modelo em que haja um diálogo com o sistema de justiça e segurança, que sua voz possa ser ouvida, em um sistema resolutivo, o que, na perspectiva da vítima, deve incluir a reparação do dano causado, como bem ensina García-Pablos de Molina (1992, p. 65).

Guaragni e Santana (2016, p. 22) ensinam que, em razão do avanço da Vitimologia como disciplina, os esforços dos vitimólogos dirigem-se também à elaboração de programas de assistências às vítimas, de tratamento a elas e de prevenção do delito.

Assim, a evolução do estudo da vítima amplia seu conceito, trazendo consigo questões, que, conforme Calhau (2013, p. 44), fizeram, nas três últimas décadas, uma perceptível volta da vítima. Salienta o festejado professor e membro do Ministério Público mineiro que tudo agora mudou, interesses e os sentimentos das vítimas, famílias das vítimas, vítimas potenciais, a figura da vítima agora é invocada, foi redescoberta.

3 VITIMOLOGIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O movimento vitimológico repousa suas bases atuais no paradigma do Estado Democrático de Direito, particularmente entre a realização da autonomia pública e privada dos indivíduos sujeitos de direito.

Não se pode falar de vítima e sua dignidade sem reconhecer e fazer referência que sua tutela e promoção encontra guarida nos direitos e garantias fundamentais estampados ao ofendido na Constituição.

Neste sentido, a norma penal é instrumento de prevenção e pacificação de conflitos, para garantia de uma convivência comunitária pacífica e livre aos seus destinatários (ROXIN, 2018, p. 34).

No dizer de Sousa (2013, p. 58-59), o estabelecimento de direitos fundamentais depende da participação dos afetados no processo de discussão e formação de opinião e vontade, que somente pode ser garantido se a autonomia pública que lhe complementa puder ser exercida.

É o Estado Constitucional detentor de equilíbrio institucional, com inegociável respeito aos ditames da Constituição, que refletem os interesses dos cidadãos (GUIMARÃES, 2010, p. 105).

Assim, no Estado Democrático de Direito, o Estado, a partir do seu aparelho jurisdicional repressor, possuindo legitimidade para solucionar o conflito, não pode fazê-lo excluindo e neutralizando um dos principais protagonistas: a vítima.

Segundo Guimarães (2010, p. 106), ao Estado Democrático de Direito incumbe fazer cumprir a lei, que deve expressar os anseios de todos os cidadãos no gozo de seus direitos e prerrogativas.

Desta forma, quando se fala em dignidade da vítima, está a se perseguir a reconstrução dos bens jurídicos necessários ao bem-estar social, violados pela infração penal, fazendo-se reconhecer a necessária tutela e promoção dos direitos e garantias dispostos ao ofendido na Constituição (BURKE, 2022, p. 127).

A Constituição Brasileira de 1988 proclama essa preocupação com a vítima quando em seu art. 1º, III, dispõe que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

No art. 5º XXXVI, da Constituição, não há espaço para qualquer entendimento de que a vítima esteja excluída do processo legal como sujeito de direito, em virtude da garantia do devido processo legal, da proteção jurídica e do contraditório.

Se assim não fosse, os supostos interesses meramente vingativos da vítima seriam inviabilizados pela própria estrutura procedimental do processo a partir das garantias relacionadas ao devido processo legal, principalmente as ligadas à proteção do acusado como sujeito de direito (SOUZA, 2013, p. 59).

Sem embargo, consta ainda do texto da Carta Magna que a lei disporá sobre assistência de herdeiros e dependentes de vitimados por crime doloso, sem prejuízo da reparação civil (BRASIL, 1988).

Neste quadro, como ensina Burke (2022, p. 128), novas formas, novos parâmetros, novos métodos para reconstrução dos bens jurídicos violados pelo ato ilícito são necessários, reconhecendo a tutela e promoção dos direitos e garantias fundamentais que ornamentam o ordenamento jurídico à disposição das vítimas.

Segundo Barros (2008, p. 88), no Estado Democrático de Direito não é possível compreender o processo como relação jurídica se um sujeito tem poder sobre a conduta de outrem, ou seja, se as partes se colocam uma em frente à outra em posição de sujeição e supraordenação.

Assim, instrumentos processuais são necessários, na busca da tutela efetiva e promoção dos mandamentos constitucionais, ofertando a dignidade devida ao ofendido.

Desta forma, necessário consignar, nascida sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Vitimologia não busca o reconhecimento da vítima com a exclusão ou, sequer, possível redução dos direitos do acusado no processo penal, o que está explícito inclusive na Declaração da ONU (ONU, 1985).

Não busca também o endurecimento penal ou a criação de tipos penais, mas a retomada do diálogo entre vítima e agente, com a efetivação dos direitos daquela, luta incansável por sua recolocação no espaço devido, adequação necessária frente ao tratamento penal reservado, diante dos valores apropriados em um Estado Democrático de Direito (BURKE, 2022, p. 129).

Assim, o estudo da vítima atingiu na atualidade inquestionável valor para a ciência penal. Sua valoração, ultrapassando o respeito da idade de ouro e sua posterior neutralização, encontra seu redescobrimto, retomada sob o humano olhar do Estado Democrático de Direito.

Multiplicados na segunda metade do século XX, os estudos criminológicos da vítima foram fundando a nova ciência que se desenhou: a vitimologia (CALHAU, 2020, p. 49).

Lombroso e Ferri já advertiam, no dizer de Moran (2020, p. 105), sobre a necessidade de se ver reparado o dano causado à vítima.

Não sendo crível que se desconecte da realidade criminal, chegando a deixar desprotegida a vítima, o Direito Penal deve respeitar a vítima, já que é a cidadania um dos fundamentos de nossa República, sendo a proteção desta um dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Como ensina Burke (2022, p. 129), a lógica processual penal, fundada no simples olhar retributivo e opressor, fez da vítima mera testemunha, importante na produção probatória, em busca da condenação do autor do fato, mas resultante de um cenário de degeneração, despida dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Segundo Guimarães (2010, p. 58), com o conflito do confisco e exclusão da vítima, o modelo punitivo, no qual se baseiam as teorias retributivas, não visa solucionar o conflito, mas apenas decidir o conflito.

Assim, resta uma vítima não reconhecida em direitos e não provida de seus interesses no conflito penal (BURKE, 2022, p. 23).

A resistência do Direito Penal em aceitar uma participação mais ativa da vítima na dogmática penal é característica (CALHAU, 2020, p. 51). Mas a defesa da vítima, permeada em uma concepção de intervenção mínima, é medida que se impõe.

Neste sentido, surge a necessidade de revisão do sistema retributivo, e a legislação nacional sofre grande influência com o redescobrimto da vítima e o ressurgimento das discussões sobre seu papel no fenômeno criminal, resultado de profundo sentimento vitimológico, cunhada em um cenário de enorme índice de impunidade e de necessária atenção qualificada do Estado (CALHAU, 2020, p. 51).

Decidindo em desacordo com os interesses postos, restando por insatisfeitos os atores que integram o conflito, inexoravelmente a conclusão é que o conflito não foi solucionado (GUIMARÃES, 2010, p. 58).

A Vitimologia, assim, após sua concepção e ingresso no panorama científico jurídico, no desenvolvimento da busca pela compreensão das vítimas e na luta por melhores condições no trato dos indivíduos vitimizados, busca no Direito a criação de mecanismos aptos ao resguardo das pessoas que são vitimizadas.

E assim o é em razão de ser a vitimização violadora da dignidade humana, que atinge a autonomia da vontade característica daquela dignidade (MORAN, 2020, p. 109).

A Vitimologia e o respeito ao Estado Democrático de Direito possuem estreita ligação, no sentido de que o objetivo dos dois é a concretização das bases para o resgate do respeito pelo ser humano e seus direitos fundamentais.

Busca-se a mitigação de danos, aqueles danos causados aos indivíduos que sofreram violações e abusos aos seus direitos.

O amparo às vítimas, com dedicação, maior atenção institucional aos seus anseios e angústias não pode, por outro lado, resultar na excessiva intensificação das sanções penais a serem aplicadas ao criminoso (CALHAU, 2020, p. 51).

Certo é que a vítima não desempenha papel reservado e na altura de sua dignidade no cenário do conflito penal, não sendo sua participação condizente com o texto da Carta da República.

A posição de neutralização da vítima claramente se mostra como violação à sua garantia de dignidade resguardada à pessoa humana. Sua integração ao conflito é uma das reservas possíveis e se extrai do fundamento do Estado Democrático de Direito positivado no art. 1º da CRFB (BURKE, 2022, p. 130).

Não há como pactuar com um sistema de marginalização da vítima no sistema processual penal, por macular suas garantias e direitos mais fundamentais.

Esta condição marginal declaradamente expressa ser a vítima não possuidora de direitos aos olhos dos legisladores, gestores e juristas, provocando o afastamento da tutela jurisdicional do Estado, desprotegendo direitos e não restabelecendo aqueles maculados pelo criminoso, restando por não reparados (BURKE, 2022, p. 130-131).

Vitimada, maculada sua integridade física ou moral, oferece a vítima, por imposição, o mal causado ao Estado para atuação, intervindo em seu favor. Todavia, o equilíbrio outrora existente entre autor do fato e vítima, descompassado pelo ato ilícito, só é recomposto se a vítima, reconhecida em sua legitimidade, encontrar a tutela e a promoção dos seus direitos e garantias no pós-crime.

Assim, necessário um novo paradigma. Necessária uma política criminal disposta a promover uma nova perspectiva, pacificar conflitos no meio social, já que a estigmatização da vítima, refletida pelo modelo processual atual, reduzida a fonte probatória, marginalizada no contexto social e confiscada no conflito, fundado este no modelo retributivo, mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito (BURKE, 2022, p. 131-133).

Necessário, então, dizer que o confisco do conflito pelo Estado, que busca apurar o cometimento da infração penal, garantindo a aplicação da pena e o cárcere para sua execução, é insuficiente à vítima.

O objetivo do sistema de investigação e julgamento penal é a culpa do infrator. O sofrimento do agressor é um fator necessário para a aplicação da pena. O Direito Penal é um eficaz e efetivo meio de controle social, mas, segundo Guimarães (2010, p. 133), não é um meio de resolução de conflitos sociais.

As partes (Ministério Público e acusado) são adversários, e o sistema opera em uma lógica de que o infrator violou o poder estatal e não propriamente a vítima, que teve seu bem atingido, restando os conflitos penais como palco de humilhação e sofrimento ao acusado, autoafirmando-se o Estado, restando por não aberto o diálogo ao ofendido (BURKE, 2022, p. 135-136).

O direito penal moderno, com suas bases no Estado Democrático de Direito, fundamentado no sofrimento imposto à vítima, na violação aos direitos desta, em seus bens jurídicos, não se satisfaz com a ausência de diálogo ao ofendido.

Assim, como ensina Burke (2022, p. 137-141), o sofrimento e a violação às vítimas são mais graves do que a violação à norma do soberano. O prejuízo da vítima, seu direito violado, deve a ser considerado pelas novas formas de se pensar a justiça penal.

Sendo a vítima esvaziada no conflito penal, inviabilizada entre os atores e a própria resposta penal, representada simbolicamente e regressivamente pelo Estado, coisificada sua existência, resta por necessária a construção de um modelo de conflito que dê legitimidade ao reconhecimento, tutela e promoção de direitos e garantias fundamentais, responsabilizando o autor do fato, reconstruindo o bem jurídico maculado, restabelecendo o ofendido.

Acreditar que a pena, com fundamento no Brasil na teoria mista, com sua tripla finalidade de retribuir o mal neutralizando o infrator, prevenir condutas pela

intimidação e ressocializar o indivíduo através da reinserção social, seja eficaz e atenda aos interesses da vítima, é acreditar em uma peça teatral (BURKE, 2022, p. 142).

Guimarães (2010, p. 85) anuncia a necessidade de romper com a hipocrisia ressocializadora ou intimidatória da pena privativa de liberdade, que encontra nos dias atuais sua faceta e bases na neutralização do agente infrator.

Mesmo assim, a ressocialização do indivíduo, quando atingida, é voltada ao interesse do Estado. A pena é um fim em si mesmo (BURKE, 2022, p. 143), que não atende aos anseios da vítima.

Certo é que na percepção da vítima sua participação como objeto de prova, meio de condenação e aplicação da reprimenda legal ao autor do fato, não lhe resulta benefício algum, não lhe repara o dano sofrido (MORAN, 2020, p. 123).

Assim, a insuficiência da resposta penal escolhida pelo sistema penal externa à vítima um juízo de valor extremamente desfavorável.

Uma política criminal voltada para as vítimas satisfaz suas necessidades, orientando-se simultaneamente para a proteção antecipada da vítima potencial, evitando macrovitimizações (PRUDENTE, 2020, p. 64). Ainda, diante de uma situação danosa, aguarda a vítima complacência, em um quadro de facilitação da reparação ao dano sofrido (MORAN, 2020, p. 124).

É a política criminal estatal fruto de decisões políticas e essas são adotadas com o fito de se ver preservado o próprio Estado (MORAN, 2020, p. 45), em um cenário de Direito Penal Simbólico, cuja função é atender a demandas urgentemente pautadas por uma sociedade insegura (MORAN, 2020, p. 126).

Neste quadro, no Estado Democrático de Direito os indivíduos devem possuir a capacidade de participação e resolução nos conflitos sociais (GUIMARÃES, 2018, p. 283).

Sua inobservância resulta em um sistema processual vitimizador, pois não é só incapaz de ser preventivo, ressocializador, não é também reparador do direito agredido, do direito do ofendido, do direito daquele que encontra assento da gênese do conflito, a vítima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vitimologia busca reconhecer a vítima como sujeito de direitos. Vítima que foi esquecida historicamente, neutralizada do conflito, estigmatizada da relação social.

O Direito Penal atual ainda está orientado pela figura do autor do fato, insistindo na neutralização da vítima, mero objeto da trama criminal.

Esse modelo clássico não atende a vítima, já que, não sendo sujeito de direitos, apenas visualiza a relação desenhada como mera informante útil ao juízo de culpa.

Como integrante necessária da persecução penal, detentora de direito, interessada no resultado do processo, aguarda a vítima a reparação do dano sofrido, que não reside apenas na pena aplicada do acusado, em um sistema que deve não sobre-vitimizar quem já fragilizado está.

Em um cenário de concretização de direitos e garantias fundamentais, e sendo a vítima parte oposta, afetada pelo provimento judicial, deve um Estado democrático assegurar aos cidadãos os direitos constitucionalmente consagrados.

É a vítima credora da evolução de um modelo penal fundado em premissas retributivas, expropriada do conflito, devendo avançar na compreensão de um procedimento que deve garantir a autonomia pública, mas também a autonomia privada dos cidadãos.

Detentora do monopólio da justiça privada, a vítima, na concepção do contrato social e Estado de Direito, de inspiração iluminista, assumiu dispensável papel.

Assim, busca a vítima retomar sua relevância na persecução penal, para alcançar a satisfação, em uma concepção de solução adequada dos conflitos e proteção suficiente, fundado no imperativo de justiça constitucional.

O cidadão, no Estado Democrático de Direito, deve ser compreendido como autor e merecedor do direito, a participação do vitimado no processo de construção e reconstrução de seus direitos é medida que se impõe, restando pois o processo penal compreendido como procedimento contraditório entre os sujeitos atingidos pelo provimento jurisdicional, garantindo que seja a decisão construída pelo discurso e participação dos atingidos e partícipes, não pela expropriatória e isolada atuação do Estado.

É necessário, assim, entender que o delito estabelece uma relação entre três protagonistas: delinquente, vítima e sociedade. E que esta concepção não impede o monopólio estatal.

Tal paradigma, pedra angular de superação do modelo retributivo atual, alinhado aos anseios da Constituição Federal, fundado na cidadania e participação comunitária, é razão da justiça criminal e da persecução penal, em referência e revelância ao redescobrimento do protagonismo da vítima no processo penal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BURKE, Anderson. *Vitimologia: manual da vítima penal*. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- CALHAU, Lélío Braga. *Princípios de criminologia*. Niterói: Impetus, 2020.
- CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de criminologia*. Niterói: Impetus, 2013.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- GUARAGNI, F. A.; SANTANA, V. M. Princípio da Vedação de Proteção Deficiente de Vítimas em Matéria Penal: dois casos emblemáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (org.). *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Teorias críticas e direito criminal: sobre os fundamentos e a legitimação do direito de punir*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- LIMA JÚNIOR, José César Naves de. *Manual de criminologia*. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- MORAN, Fabíola. *Ingerência penal & proteção integral à vítima*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- ONU. *Declaração dos Princípios básicos de Justiça relativos às vítimas da criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985*. Brasília, DF: CNMP, 1985. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvítimas/normas-e-jurisprudencia/normas-internacionais>. Acesso em: 5 ago. 2022.
- PRUDENTE, Neemias Moretti, *Introdução aos fundamentos da vitimologia*. Curitiba: CRV, 2020.
- ROXIN, Claus. *Direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SOUZA, Luanna Tomaz de. Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro. *Cadernos de Gênero e Tecnologia*, Curitiba, ano 10, n. 27 e 28, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/cgt/article/view/6102>. Acesso em: 5 ago. 2022.
- SUMARIVA, Paulo. *Criminologia: teoria e prática*. Niterói: Impetus, 2014.
- TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

THE PHENOMENON OF CORRUPTION AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS AND THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

Samira Mercês dos Santos¹

Resumo: A proposta do artigo se destina a explorar a relação entre corrupção e violações de direitos humanos e apresentar como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem contribuído para o enfrentamento da corrupção. Sob essa moldura e, num primeiro momento, o texto ocupa-se de encontrar a possível relação entre corrupção e direitos humanos a partir da revisão de literatura de autores nacionais e estrangeiros. A relevância da pesquisa se justifica na oportunidade de realizar um estudo crítico sobre o equívoco do enfoque do combate à corrupção dissociado da interface de proteção dos Direitos Humanos. Ambas as temáticas possuem relevantes estudos. Entretanto, ao se buscar as conexões entre corrupção como facilitador de agravos e ameaças a direitos humanos, poucos estudos na literatura nacional podem ser encontrados. O objetivo geral da pesquisa é analisar o fenômeno da corrupção e sua implicação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, buscando em específico a análise do fenômeno da corrupção; as implicações do instituto da corrupção no sistema internacional de proteção dos direitos humanos e esclarecer como a Corte Interamericana integra a agenda de combate à corrupção.

Palavras-chave: corrupção; direitos humanos; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; normas internacionais interamericanas.

1 Promotora de Justiça titular da 4ª Promotoria Criminal de Imperatriz. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica ênfase em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola do Ministério Público. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4501473799198623>; e-mail: samiramsantos@mpma.mp.br.

Abstract: The purpose of this article is to explore the relationship between corruption and human rights violations and to present how the Inter-American System of Human Rights has contributed to the fight against corruption. Under this framework, and in a first moment, the text is concerned with finding the possible relationship between corruption and human rights from a literature review of national and foreign authors. The research relevance is justified by the opportunity to conduct a critical study on the focus misconception of the fight against corruption dissociated from the interface of human rights protection. Both themes have relevant studies. However, when searching for the connections between corruption as a facilitator of grievances and threats to human rights, few studies in the national literature can be found. The general objective of this research is to analyze the phenomenon of corruption and its implications in the Inter-American System of Human Rights, specifically seeking to analyze the phenomenon of corruption; the implications of the corruption institute in the international system of human rights protection, and to clarify how the Inter-American Court integrates the agenda of combating corruption.

Keywords: corruption; human rights; Inter-American System of Human Rights; inter-american international rules.

INTRODUÇÃO

A corrupção é fenômeno global e sua presença em maior ou menor medida impacta a “estabilidade e segurança das sociedades, enfraquece as instituições e valores da democracia, da ética e da justiça e compromete o desenvolvimento sustentável e do Estado de Direito” (UNODC, [2003]).

Entretanto, no âmbito do direito internacional nem sempre se abordou de maneira conjunta a proteção dos direitos humanos e o combate à corrupção. Apesar das evidente conexão entre corrupção e Direitos Humanos, a análise dos tratados sobre corrupção, especialmente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, veremos que o termo direitos humanos sequer é mencionado. No mesmo sentido, resente-se nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos maior preocupação com o tema da corrupção.

A consciência da necessidade de que a prevenção e combate do flagelo da corrupção exige um panorama mais ampliado, por vezes transnacional de cooperação e sempre multidisciplinar, é recente. Nota-se o acréscimo de atenção do sistema global e regional de Direitos Humanos na agenda de prevenção e combate à corrupção,

seja através de relatórios, seja por resoluções, expedidas por comissões e cortes de Direitos Humanos.²

O Índice de Percepção da Corrupção (IPC), publicado pela *Transparency International* (TI), é um dos principais indicadores de corrupção do mundo. Na escala entre 0 e 100, quanto maior a nota, maior a percepção de integridade de um país, traz anualmente o ranking de 180 países. Em 2021, o IPC destacou a relação entre corrupção, abuso de direitos humanos e democracia, o relatório enfatizou o nexo de que países com alta percepção de corrupção tem maior probabilidade de diminuição do espaço democrático e de redução ou não promoção dos direitos da população (TI, 2021).

Os países com altos percentuais de corrupção ou com níveis elevados de percepção do fenômeno também são os mesmos países com recorde de pobreza e violações em direitos humanos. É “seguro afirmar que corrupção e violações de direitos humanos prosperam nos mesmos ambientes e provavelmente têm as mesmas causas básicas, como pobreza e fraco funcionamento de instituições de controle, fiscalização e punição” (PETERS, 2015).

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que substituíram a estratégia dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODMs³ a partir de 2015, tratam-se de propósito global histórico, com 17 metas, em áreas da saúde, gênero, empregos e redução da pobreza, de maneira que permita, através de uma nova abordagem do financiamento do desenvolvimento, acabar com a pobreza em uma única geração.

Dentre as metas dos ODS, para promover a equidade, justiça e paz, mencionam Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 21), está inclusa a luta contra a corrupção, implicitamente na meta 16 da promoção de sociedades justas, pacíficas e inclusivas e de forma mais explícita na submeta que convoca os países a lutar contra a lavagem de dinheiro e crime organizado e a submeta que busca a redução da corrupção e do suborno em todas as suas formas (submeta 16.4 e submeta 16.5) (UN, [2022]; ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 54).

2 Cite-se por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2011), no Caso López Mendoza vs. Venezuela, que sinalizou: “este Tribunal considera que la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá presente esa circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto”. Também vale ser mencionada a Resolução nº 1/18, de 2 de março de 2018, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que assinala expressamente preocupação com a corrupção e seu impacto sobre os direitos humanos, sobre o direito ao desenvolvimento, a boa governança e a democracia: “Considerando que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad” (CIDH, 2018).

3 Em inglês *Sustainable Development Goals* (SDGs), em português mais conhecidos pela sigla ODS, são os esforços da parceria ONU e Banco Mundial, foram reformulados pelo Banco Mundial para concluir a audaciosa missão de eliminar a extrema pobreza até 2030 (WORLD BANK, 2022).

Diante desse cenário, a proposta do artigo se destina a explorar a relação entre corrupção e violação de direitos humanos e apresentar os mecanismos de direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) para o enfrentamento da corrupção. Sob essa moldura, e num primeiro momento, o texto ocupa-se de encontrar a possível relação entre corrupção e direitos humanos a partir de revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros.

A relevância da pesquisa se justifica na oportunidade de realizar um estudo crítico sobre o equívoco do enfoque do combate à corrupção dissociado da interface de proteção dos Direitos Humanos. Ambas as temáticas possuem relevantes estudos. Entretanto, ao se buscar as conexões entre corrupção como facilitador de agravos e ameaças a Direitos Humanos, poucos estudos na literatura jurídica nacional podem ser encontrados.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o fenômeno da corrupção e sua implicação no sistema interamericano de Direitos Humanos, buscando em específico a análise do fenômeno da corrupção; as implicações do instituto da corrupção no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos e esclarecer como a Corte Interamericana integra a agenda de combate à corrupção.

2 CONCEITO DE CORRUPÇÃO ADOTADO

Apesar da notoriedade da temática do combate à corrupção em todo o mundo, subjaz a dificuldade da literatura jurídica e política de delimitação de seu conceito. Vieira e Varella atribuem que tal “dificuldade decorre de a corrupção tratar-se de fenômeno sistêmico e intercultural” (VIEIRA; VARELLA, 2014, p. 477)⁴. Entretanto, uma das mais acertadas definições de corrupção, na opinião de Manrique Molina (2019, p. 171), é a do Fundo Monetário Internacional, de 1998, “corrupção é o abuso do poder público para benefícios privados”.

Malem Seña (2015, p. 68) atribui à corrupção o significado amplo de violação do quadro normativo, desvio da lei, cujo nexos causal entre a quebra do dever imputado ao agente e a expectativa de obtenção de vantagem irregular pode beneficiar quem diretamente dela participa, tanto quanto os agentes que indiretamente estão vinculados aos que atuam parasitariamente.

4 No mesmo sentido, Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 23), admitem que o termo contempla diversas acepções, interpretações diversas conforme tempo, lugar e disciplina, preferiram adotar o conceito amplo do abuso de poder delegado para obtenção de ganho privado e apresentar uma lista enumerativa: “suborno, apropriação indébita, nepotismo, tráfico de influência, conflito de interesses, fraude contábil, fraude eleitoral e assim por diante”.

A mesma dificuldade foi apontada, em um dos primeiros trabalhos das organizações internacionais vinculando corrupção e direitos humanos, em 2015, pelo Comitê de Assessoramento do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas:

No hay una definición internacional única, coherente y reconocida de la corrupción. Por sorprendente que parezca, ni siquiera la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – cuya finalidad específica es promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, y promover y apoyar la cooperación internacional en la prevención y la lucha contra la corrupción – incluye una definición de corrupción (UN, 2015).

Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (2019) não adotou conceito ou definição unívoca de corrupção, abandonou uma noção constituída apenas por atos definidos criminalmente, mas já havia sinalizado, ainda na Resolução 1/18, que, para o campo relevante do direito internacional dos direitos humanos, o conceito do fenômeno corrupção se “*caracteriza por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero); y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales*” (CIDH, 2018).

Considera-se coerente com as finalidades da pesquisa a adoção do conceito da CIDH, por ser concepção que considera os elementos característicos da corrupção e por trazer um recorte da realidade do fenômeno no contexto regional interamericano.

3 CORRUPÇÃO COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A corrupção é notadamente um dos principais desafios do século XXI para a região latino-americana, ainda que seja um fenômeno de alcance global⁵, pois se sabe que impacta negativamente os países em desenvolvimento e é incremento da pobreza. E não se entenda que se pretende a reivindicação de nenhum novo direito humano de uma sociedade livre de corrupção⁶.

5 A corrupção é tão insidiosa que, mesmo a Organização das Nações Unidas, seja por funcionários, seja por seus colaboradores na sociedade civil, viu-se em escândalos de corrupção e violação de direitos humanos. Para detalhamento dos casos, confira-se Martínez Quinteiro (2019).

6 Ressalve-se a compreensão de Martín Quintero (2016, p. 24), que fundamenta em Kofele-Kale e no Gathii os argumentos para reivindicar “*el derecho a vivir en una sociedad sin corrupción*” ou tratar a corrupção de crime contra a humanidade, assim como o genocídio e a tortura.

Pode-se afirmar que os direitos humanos, ou fundamentais, mais afetados são os direitos sociais⁷; entretanto os direitos de liberdade são igualmente afetados pela corrupção⁸.

A corrupção, quando institucionalizada ou sistêmica⁹, trata-se de problema estrutural que revela a desorganização de um Estado de direito e suas instituições que é culturalmente consentido pela sociedade e cujas consequências impactam o interesse público, a realização do bem comum, os direitos fundamentais e da própria democracia¹⁰. Corrupção e impunidade somadas se transformam em padrão estrutural de violação de direitos humanos, já que funciona como um incentivo para que se pratiquem atos de corrupção ao longo do tempo (ORTIZ; VASQUEZ, 2021, p. 167).

A corrupção representada no abuso de poder encontra nos Direitos Humanos uma oposição, visto que a própria essência do surgimento desses direitos é a limitação do poder (BRANDÃO, 2020, p. 9). Tanto que no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, há referência explícita:

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, *considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos*, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respei-

-
- 7 Por exemplo, a corrupção na saúde impede que o Estado Brasileiro assegure o pleno exercício de seus cidadãos a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental; ou, no caso, o direito à educação que capacite as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, sua dignidade e que fortaleça o respeito pelos direitos humanos, liberdades fundamentais (artigo 12 e artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (BRASIL, 1992a).
- 8 A corrupção de agentes de fronteira que incentiva o tráfico de pessoas e viola o direito humano à proteção contra a escravidão e a servidão (artigo 8º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) (BRASIL, 1992b).
- 9 Para Martín Quintero (2016, p. 13), a corrupção sistêmica incide desde a criação da norma. A autora assevera que a corrupção produz exclusão porque os que monopolizam a coisa pública capturam o Estado, garantido que a legislação e as políticas de interesse geral não se realizem, e por essa razão os direitos econômicos, sociais e culturais são os que mais sofrem com a malversação e desvios de dinheiro público.
- 10 Manrique-Molina (2019, p. 172). Para o autor, é a corrupção institucionalizada o que permite o crescimento da violência, da pobreza, da desigualdade econômica, a insegurança e desconfiança das instituições e seus governantes.

tados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (DECLARAÇÃO..., 2018).

A afirmação dos direitos humanos se constitui em acordo moral e jurídico mínimo, que valida a legitimidade do poder do Estado sobre os indivíduos quanto ao exercício dos direitos e liberdades através de compromissos no plano internacional, quanto no plano interno, em complexo sistema de controle e proteção. Em síntese se configura em “uma relação direta de direitos humanos (premissa), o acordo político (forma democrática de governo) e a forma que estrutura o poder (estado de direito)” (NASH ROJAS, 2018).

A corrupção política tem grave impacto sobre o princípio da maioria e da tomada de decisões democráticas e sobre o direito de participação política (MALEM SEÑA, 2015, p. 69). O Estado de Direito é uma condição necessária para o respeito aos Direitos Humanos. Já a corrupção é a antítese do Estado de Direito e, portanto, a corrupção constitui assim a negação dos direitos humanos (PETERS, 2018, p. 9).

Antes na história, a corrupção era vinculada à noção de violação do bem comum; atualmente, o fenômeno também é visto como impedimento ao desenvolvimento (BRANDÃO, 2020, p. 9). É esse o sentido contido no preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção: “a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos” (BRASIL, 2002). O preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também relaciona a corrupção como obstáculo ao desenvolvimento sustentável¹¹.

Aponta-se que a má governança causada pela corrupção diminui a capacidade estatal de afirmação dos Direitos Humanos, por isso, Claudio Brandão enfatiza que o fenômeno impede o desenvolvimento em amplo sentido, pois “compromete a afirmação dos valores que garantem tanto o Estado Democrático de Direito quanto a Dignidade da Pessoa Humana” (BRANDÃO, 2020, p. 13)¹². Em resumo:

11 Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito (BRASIL, 2003).

12 No mesmo sentido do autor Peters (2015, p. 10) enfatiza que a agenda anticorrupção visa melhorar os mercados globais, promoção do crescimento econômico, redução da pobreza e salvaguardar a legitimidade dos Estados e para tanto a agenda anticorrupção foi fundida com a agenda de boa governança e do desenvolvimento, ambos analisados sob a perspectiva dos direitos humanos.

La corrupción impide que los Estados cumplan con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. La corrupción supone siempre, como mínimo, consecuencias negativas para los derechos humanos en tanto genera un vaciado del espacio propicio para su respeto. Ello es así porque impide una asignación justa de los recursos (con el desvío de fondos necesarios para hacer efectivos los derechos especialmente de acceso a los servicios público), obstaculiza la inclusión (fijando quién participa y quién no excluyendo a los grupos más vulnerables) y en cuanto impide la redición de cuentas no permite la determinación de los responsables de las violaciones de los derechos humanos ni, por tanto, la garantía obligada de los mismos. La corrupción dificulta el hacer efectiva la democracia y el estado de derecho. El principio de igualdad y no discriminación son un fundamento básico de los derechos humanos y la corrupción impide la no discriminación e fomenta la desigualdad, pues los pobres se ven afectados de manera desproporcionada por la corrupción del mismo modo que los otros grupos sociales que encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (MARTINÓN QUINTERO, 2006, p. 12).

Já Vasques e Ortiz afirmam que a impunidade relacionada aos atos de corrupção funciona como um incentivo a sua prática e que, ao longo do tempo, impacta na diminuição do exercício dos direitos humanos. É a corrupção somada à impunidade que se converte em padrão estrutural de violação aos direitos humanos (ORTIZ, 2021).

Já Anne Peters assevera que a corrupção sistemática é uma violação de direitos humanos em si, uma verdadeira e ilegal violação de direitos e que pode ser tratada com as sanções dos instrumentos de direitos humanos, já que a autora defende que medidas anticorrupção devem ser consideradas um meio de cumprir as obrigações de promoção dos direitos fundamentais e vice-versa, porque diante de medidas anticorrupção deficientes e frente às obrigações de prevenir e proteger direitos humanos, o Estado, sob o direito internacional, é responsável por eventuais falhas (PETERS, 2015, p. 12-14)¹³.

13 A autora inclusive enfatiza que as obrigações de prevenção previstas na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, interpretadas em conformidade com os direitos humanos, sob as disposições da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, ganhariam maior eficácia (p. 15). A proposta da autora, assim formulada, tem uma consequência de ordem prática importante, deslocar o foco do direito penal existente do instrumento anticorrupção de ações corruptas individuais para a responsabilidade sistêmica do Estado e possibilitar o chamado “empoderamento”, já que a abordagem dos direitos humanos pode elucidar os direitos das pessoas afetadas pela corrupção que denunciariam a mazela que viola seus direitos (p. 26): “A estratégia prática implícita nessa mudança de perspectiva seria a integração mútua. A integração

A corrupção afeta os direitos humanos de duas maneiras: pela elevação dos preços de acesso a um serviço público, ante a exigência de suborno ou no caso de desvio e malversação de recursos públicos, o que afeta diretamente os direitos econômicos, sociais e culturais (MARTINÓN QUINTERO, 2016, p. 13). Já Nash Rojas (2018, p. 143) aponta que há quatro correlações possíveis entre corrupção e restrições ilegais aos direitos humanos:

- (a) práticas corruptas que violam diretamente um direito humano;
- (b) práticas corruptas que conduzem a violações de direitos humanos, mas que consideradas em si mesmas, não violam direitos;
- (c) contextos de violações de direitos humanos que permitem práticas corruptas e sistemas corruptos que fomentam violações de DD.HH.; e,
- (d) medidas que deve adotar o Estado em matéria de corrupção vinculadas as garantia dos direitos humanos¹⁴.

dos direitos humanos nos esforços anticorrupção significaria que a realização dos direitos humanos seria um dos objetivos anticorrupção desde o início. Na prática legal, isso implicaria uma interpretação de todas as infrações penais relacionadas à corrupção de uma forma que levasse em conta os direitos humanos” (p. 27). A ambição da proposta de Peters pode ser vista como uma reificação do humano como ponto de referência normativo para todo o direito, incluído o direito internacional (p. 29) - tradução livre. Em resposta à autora, Kevin E. Davis exige cautela, já que nem toda corrupção conduz necessariamente a violações de Direitos Humanos. Mas que ações corruptas por parte de funcionários públicos que detêm poder de decisão sobre vida, liberdade, privacidade ou condução de acusações criminais diminuem o gozo dos direitos humanos. E isso pode levar a violações dos Estados de respeitar, proteger ou cumprir os DH, seja porque o Estado é responsável pela violação praticada pelo agente público corrupto, seja porque o Estado viola a obrigação de adotar uma política que previna ou repare a forma relevante de corrupção. O autor afirma que os casos mais complicados são aqueles em que a corrupção afeta indiretamente o gozo dos DH. Fora dessas hipóteses, Davis assevera que o impacto do desvio corrupto ou do suborno tem efeitos indeterminados sobre o gozo dos direitos humanos, e em razão desse nexo, indeterminado, entre corrupção e direitos humanos é que vê com reservas a adoção de medidas anticorrupção como uma violação automática da responsabilidade de um Estado de proteger e cumprir os DH. O autor destacou a necessidade de cautela, enunciando que muitas vezes o discurso anticorrupção mitiga o gozo de direitos (viola o devido processo legal, perseguição a defensores de direitos humanos) quando em outras oportunidades há captura de uma agenda anticorrupção para justificar programas de privatização e desregulamentação de políticas públicas. Enfatize-se que Kevin E. Davis afirma que o valor agregado pela agenda dos Direitos Humanos na agenda Anticorrupção é que o regime dos direitos humanos tem capacidade considerável de apuração de fatos, tendo em mente que abrange não apenas comissões e cortes internacionais, mas também relatórios especiais, agências nacionais e organizações não governamentais” (DAVIS, 2018).

14 No original: “podemos distinguir cuatro dimensiones en que podemos establecer vínculos sustantivos entre corrupción y derechos humanos: (a) prácticas corruptas que violan directamente un derecho humano; (b) prácticas corruptas que conducen a violaciones de derechos humanos, pero que, consideradas en sí mismas, no violan un derecho; (c) contextos

Já Vieira e Varella, seguindo as lições de Berihun Adugna Gebeye, adotaram critério tripartido para relacionar corrupção e violações e direitos humanos. Para os autores, a corrupção pode ser uma causa direta de violação ou uma causa indireta de afetação quando é um fator essencial dentro de uma cadeia de eventos que possibilitará a violação de um direito e, finalmente a corrupção pode ser uma causa remota de violação de direitos humanos, quando o fenômeno é um dos elementos que conduz à restrição ilegal de direitos (VIEIRA; VARELLA, 2014, p. 485).

Peters diferencia em pequena corrupção (*petty corruption*) como aquela que possibilita a determinação mais evidente de uma violação concreta dos direitos humanos e aquela que denomina de grande corrupção (*grand corruption*), como por exemplo o suborno de ministros de um governo por investidores estrangeiros ou o desvio de fundos do orçamento público¹⁵, a conexão entre a conduta corrupta e violações de direitos humanos de vítimas concretas e de difícil conexão de causalidade, entretanto com maior impacto negativo sobre os direitos humanos¹⁶.

A deficiente implementação, aplicação e cumprimento de medidas eficazes de combate à corrupção constitui omissão do Estado na tarefa de respeitar, proteger e promover os direitos humanos. Reside aí a razão para que a corrupção seja assemelhada a um câncer (MANRIQUE-MOLINA, 2019, p. 172-173), uma enfermidade em um Estado que se quer de Direito, democrático, justo e solidário¹⁷.

de violaciones de derechos humanos que permiten prácticas corruptas y sistemas corruptos que fomentan violaciones de DD.HH.; y, (d) medidas que debe adoptar el Estado en materia de corrupción vinculadas con la garantía de los derechos humanos”.

- 15 Em episódio recente de escândalo de corrupção envolvendo emendas orçamentárias na saúde, foi revelado em reportagem como chefes de poderes executivos municipais maranhenses, através de falsas declarações de aumento de atendimentos em diversas especialidades de saúde, obtiveram maior captação de recursos públicos sem efetiva contrapartida de prestação dos atendimentos médicos declarados, cf. em Pires (2022).
- 16 Dentre os exemplos citados pela autora, estão o financiamento eleitoral não transparente e seus resultados de interesses da política e a tolerância com a prática chamada de “porta giratória”, consistente na permissão à transição de funcionários públicos estratégicos para empregos lucrativos no setor privado, cujo conhecimento interno adquirido em razão do cargo ocupado pode ser utilizado em benefício dos novos empregadores. CF. em Peters (2022, p. 17-24).
- 17 A corrupção praticada, seja por agentes políticos e funcionários públicos, seja pelo empresariado, é estrutural e não será um problema a ser resolvido apenas com a modificação das legislações, sem que também não se altere o desenho institucional dos órgãos de controle, uma mudança procedimental e de alterações sociais e culturais com a participação de toda sociedade. A corrupção é violência estrutural, pois nega a grupos vulneráveis em desvantagem o acesso equitativo à terra, ao emprego, à educação, à saúde e à moradia (MARTINÓN QUINTERO, 2016, p. 15).

4 AGENDA ANTICORRUPÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais – direitos essenciais da pessoa humana consagrados em normas nacionais; normalmente nas Constituições – estão intrinsecamente ligados aos Direitos Humanos. Diante da incapacidade, da inércia ou incompetência de Estados soberanos de nos seus territórios concretizar os princípios de defesa da vida e da dignidade da pessoa humana, a solução é obrigar as autoridades nacionais competentes a cumprir suas obrigações nacionais e internacionais através da jurisdição transnacional de proteção dos direitos humanos.

Portanto, o objetivo da atuação da jurisdição regional é obrigar o Estado à adoção de providências para garantir a aplicação das leis e do Estado Democrático de Direito.¹⁸ As principais instituições do sistema interamericano (SIDH) são: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁹ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CI) (PIOVESAN; CRUZ, 2021, p. 155).

Para Piovesan e Cruz (2021, p. 155), “em seu conjunto as atividades da Comissão e da Corte desenvolveram um robusto corpus iuris interamericano, estabelecendo parâmetros regionais de direitos humanos que guiam a proteção a direitos no continente”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CI), instituição internacional judicial autônoma, que objetiva aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, iniciou suas funções em 3 de setembro de 1979. Já a CIDH tem atribuição ampliada sobre a CI, pois seu parâmetro normativo é também a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.²⁰

18 “Diante da inexistência, na sociedade internacional, de um consenso para adotar uma corte mundial de direitos humanos, idealizada em 1947 pelo ucrânio-britânico Hersh Lauterpacht, as iniciativas regionais deram os primeiros passos na efetivação dos direitos humanos nos sistemas jurídicos internos. O advento dos chamados sistemas regionais de proteção vem reforçar e tornar o projeto internacional de direitos humanos mais responsivo e mais democrático” (ROBICHEZ, 2021).

19 A função da CIDH é a promoção dos direitos humanos nas Américas e, para tanto, foi dotada de uma série de instrumentos: recebimento e análise de petições individuais que denunciem violações, publicação de relatórios sobre a situação de determinado país, ou em relação a tema relacionado aos direitos humanos, realizar visitas para exame do estado de proteção de direitos ou para investigações de alguma agressão a direitos humanos, realização de audiências públicas, eventos, cursos, reuniões. Para maior conhecimento do trabalho da Corte, ver Corte Interamericana de Direitos Humanos (2021).

20 A Corte tem sede em San José, Costa Rica; atualmente, é integrada por sete juízes e juízas dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esclareça-se que dos 35 Estados membros da OEA, apenas 18 reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana: Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador,

Em princípio, o SIDH dedicou-se ao tema das violações cometidas por regimes autoritários – tortura, desaparecimento forçado e execuções. No entanto, as transformações sociais e econômicas ocorridas nas Américas – redemocratização, neoliberalismo – trouxeram expansão da agenda do SIDH, que passou a analisar questões relacionadas a anistias e desafios estruturais resultantes da desigualdade e da violência (PIOVESAN; CRUZ, 2021, p. 156-157)²¹.

Na temática da corrupção, a OEA já havia aprovado em 1996 a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CADH) (BRASIL, 2002), principal instrumento regional que busca a promoção, fortalecimento dos mecanismos necessários para prevenir, investigar e punir a corrupção, bem como foi o primeiro instrumento internacional a tratar da temática da corrupção transnacional e da necessidade de cooperação internacional entre os países. Entretanto, como já afirmado alhures neste artigo, o instrumento nem sequer menciona o tema dos direitos humanos.

Os desafios advindos da corrupção sistêmica, impunidade e violação de direitos dos mais vulneráveis em razão das desigualdades estruturais, principalmente na América Latina, trouxeram o imperativo de unificação das agendas diante da constatação de que práticas corruptas afetam o acesso a direitos humanos. A corrupção passa a ser referenciada em relatórios, declarações conjuntas, informes anuais por país, comunicados à imprensa, audiências temáticas no trabalho da Comissão Interamericana (MARTINÓN QUINTERO, 2016, p. 25).

A CIDH tem destacado trabalho através de relatórios e resoluções normativas sobre o tema que relaciona Direitos Humanos e Corrupção. O primeiro documento adotado foi em razão de situação constatada na Guatemala, após visita, diante das notícias de ataques contra o sistema de justiça, jornalistas e meios de comunicação, e contra defensores de direitos humanos, em meio a uma crise política e graves denúncias de corrupção e violação de direitos (CIDH, 2017).

Já em 2018, a Comissão aprova nova resolução sobre o tema (CIDH, 2018) com três recomendações aos Estados: adoção de medidas de cooperação internacional, com a criação de unidades para investigação e recuperação de ativos relacionados à corrupção; promoção de medidas de reparação às vítimas de práticas corruptas,

Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Examina os casos de violação e determina a responsabilidade internacional do Estado e estabelece medidas de reparação às vítimas; além disso, a CI tem uma função consultiva, de esclarecimento a respeito da interpretação do texto da Convenção. Importante também esclarecer que a base normativa do SIDH é compreendida pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (aplicável a todos os 35 membros da OEA); a Convenção Americana (seus efeitos estão limitados aos países que a ratificaram).

21 Cabe o esclarecimento que, desde 1948, a promoção e proteção dos direitos humanos são um dos pilares de atividade da OEA e aparecem na Carta da Organização dos Estados Americanos, Cf. CIDH (1948).

bem como a criação de fundo que permita tal reparação; promoção de resposta regional à corrupção com enfoque de direitos humanos.

Em 6 de dezembro de 2019, a CIDH publicou extenso relatório onde trouxe parâmetros mais explícitos sobre o tipo de práticas corruptas e os direitos que podem ser violados; bem como sob quais parâmetros um ato de corrupção será uma violação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CIDH, 2019).

Neste relatório, a Comissão explicita que

A perspectiva de direitos humanos se caracteriza pelo respeito aos princípios da igualdade, da participação social, do acesso à justiça e do acesso à informação, assim como pela proteção prioritária a grupos em situação de discriminação histórica e pela inclusão da perspectiva de gênero nas estratégias de combate à corrupção (PIOVESAN; CRUZ, 2021, p. 311).

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a menção da corrupção como causa de afetação de direitos humanos ainda se mostra rara. Neste sentido, admite Ruth Martín Quintero que não existe nenhum desenvolvimento sistemático que relacione corrupção e direitos humanos nas decisões da Corte. Entretanto, a mencionada autora sinaliza que a corrupção sistêmica recebe trato implícito pela Corte, quando esta reconhece a discriminação estrutural em casos individuais e quando, a partir dessa discriminação, determina a responsabilidade internacional do Estado de adotar medidas de reparação, que “muitas vezes atuam como medidas anticorrupção” (MARTINÓN QUINTERO, 2016, p. 26).

A autora esclarece que as medidas de reparação assumem diferentes formas a depender do dano e do direito afetado: restituição, indenização, satisfação e garantia de não repetição²², sendo que esta última denotaria importante medida anticorrupção porque destinada a evitar a repetição do ato lesivo.

Em outras palavras, quando um caso individual chega ao Tribunal, é fundamental analisar se aquele caso é um exemplo ou se enquadra

22 “*Como garantías de no repetición pueden exigirse la adecuación de la legislación interna, la derogación de normativa, la formación de funcionarios públicos en materia de derechos humanos e información sobre los resultados de esos procesos de formación, mejorar las condiciones carcelarias, campañas de sensibilización respecto a los niños, eficacia del habeas corpus, etc. Otras medidas dictadas por la Corte muy relevantes para la lucha contra la corrupción son las medidas de acceso a la información (herramienta esencial en el control de la autoridad y, por tanto, en la prevención de la corrupción); las campañas de concienciación y sensibilización a agentes clave y la sociedad en general sobre la importancia de los defensores del medio ambiente y los derechos humanos; la respuesta efectiva del Estado para investigar y sancionar los actos de violencia en contra de los denunciantes de actos de corrupción; y, la consulta, de acuerdo al principio de buena fe, de los pueblos indígenas sobre proyectos que les afecten*” (MARTINÓN QUINTERO, 2016, p. 29).

em um contexto de violações sistemáticas decorrentes de discriminação estrutural (geralmente vinculada a processos estruturais de corrupção) (MARTINÓN QUINTERO, 2016, p. 28).

Destaque-se que a vinculação ao trabalho jurisdicional da Corte Interamericana através do enfrentamento de contextos estruturais de violação do princípio da igualdade e não discriminação, implicitamente também integre uma análise da corrupção. Permissivo que a CI vá além da simples compensação ou restituição às vítimas; como propor a prescrição de medidas de garantia de não repetição dirigidas à obtenção de transformações estruturais. Não se trata de prospecção doutrinária isolada.²³

Diante do papel que a Corte Interamericana, através da sua competência jurisdicional, tem desempenhado para visibilizar os fenômenos que estão relacionados a graves e sistemáticas violações de direitos humanos, em regimes democráticos, principalmente os relacionados com a discriminação estrutural de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade e a prevalente corrupção nas Américas, a abordagem da relação entre corrupção e direitos humanos se revelaria benéfica a ambas as agendas.

5 CONCLUSÕES

O impacto que pode ter a prática de atos de corrupção sobre o exercício de direitos humanos é um tema complexo. O Estado tem a obrigação de respeito, garantia e proteção dos direitos humanos.

A permissividade com subornos, propinas, superfaturamento, desvios e diversas práticas corruptas pode afetar direta, indireta ou remotamente o gozo e exercício de direitos. A impunidade representa um incentivo à corrupção sistemática e ao agravo estrutural da desigualdade e discriminação, e seus efeitos recaem penosamente sobre grupos e pessoas mais vulneráveis.

23 Em pioneiro estudo, o Centro de Direitos Humanos da Universidade do Chile publicou substancial pesquisa, coordenada por Claudio Nash Rojas, sobre a conexão entre direitos humanos e corrupção, a partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana, com o objetivo de primeiro estabelecer o nexos entre corrupção e direitos humanos; um segundo objetivo de ampliar o debate sobre a corrupção com as ferramentas que foram elaboradas e desenvolvidas pelos sistemas regionais e internacionais de proteção dos direitos humanos e, em particular, pela CI. E, por fim, explicitar o papel transformador da realidade latino-americana que tem desempenhado o SIDH nos últimos anos, com mudanças significativas de âmbito social, legislativo e político que tem contribuído para o avanço do gozo e exercícios dos direitos humanos. Os casos estudados foram divididos em 3 eixos: vítimas de corrupção, a proteção aos denunciantes de corrupção e por fim, os casos em que os acusados de corrupção buscam a atividade judicial da CI. Recomenda-se a leitura em Nash Rojas (2014).

A corrupção antagoniza com os direitos humanos, na medida que segue sendo o abuso de poder. O gozo dos direitos humanos exige igualdade e não discriminação necessários para garantir a dignidade da pessoa. É, por fim, errônea a manutenção do pensamento de senso comum que os direitos humanos atrapalham a luta contra a corrupção e fomentam a impunidade.

A pesquisa demonstrou que, diante da diversidade das ferramentas de afirmação de direitos humanos desenvolvidas no Sistema Interamericano, é salutar a adoção de perspectiva de direitos humanos na agenda anticorrupção. Bem como é positivo conceber a agenda anticorrupção como uma forma de proteger e afirmar direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Claudio. Direitos humanos e corrupção: A interface entre poder e desenvolvimento na convenção interamericana contra a corrupção. *Ciências Criminais em Perspectiva*, Recife, v.1, n.1, 2020. DOI: 10.22293/ccrim.v1i1.1361. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/crimper/article/view/1361>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto n.4.410, de 07 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Washington, D.C. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em: 2 ago. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos, aprobado em 6 de diciembre de 2019*. Washington D.C., 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionD-DHHES.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Resolución 1/17: Derechos Humanos y Lucha contra la impunidad y la corrupción, de 12 de septiembre de 2017*. [Washington D.C.]: CIDH, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos*. 02 de marzo de 2018. Bogotá: CIDH, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. [S.l.: s. n], 2011. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 2021*. São José, Costa Rica, 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

DAVIS, Kevin E. Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters, *European Journal of International Law*, Volume 29, Issue 4, November 2018, Pages 1289–1296, <https://doi.org/10.1093/ejil/chy074>. Acesso em: 4 ago. 2022.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

MALEM SEÑA, Jorge F. Corrupción y derechos humanos. *Derecho y Realidad*, Tunjá, Boyacá, v. 13, n. 25, p. 63-74, jan./jun. 2015. Disponível em: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4418/3755. Acesso em: 25 jun. 2022.

MANRIQUE MOLINA, Filiberto Eduardo R. El impacto de la corrupción y la cleptocracia en los derechos humanos: hacia el fortalecimiento de mecanismos de tutela multinivel para su defensa en América Latina. *Revista Logos Ciência & Tecnologia*, Bogotá, v. 11, n. 3, p. 169-180, dez. 2019.

MARTINÓN QUINTERO, R. Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *EUNOMÍA: Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 10, abr./set., p. 8-33, 2016.

NASH ROJAS; Claudio. *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*. Santiago do Chile: Centro de Derechos Humanos. 2014. 129p.

NASH ROJAS, Claudio. Derechos Humanos y Corrupción: un enfoque multidimensional. *Estudios de Derecho*, Medelin, v. 75, n. 166, p. 137-162, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=647968595006>. Acesso em: 28 jun.2022.

- ORTIZ, Horacio; VAZQUEZ, Daniel. Impunidade, corrupção e direitos humanos. *Perfiles latinoamericanos*, México, v. 29, n. 57, p. 167-194, jun. 2021.
- PIOVESAN, Flavia; CRUZ, Julia Cruz. *Curso de Direitos Humanos: sistema interamericano*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PIRES, Breno. Autos da Denúncia: Farra ilimitada – Depois dos tratores e das escolas fakes, o orçamento secreto patrocina um festival de fraudes no SUS. *Revista Piauí*, São Paulo, n.190, jul. 2022. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/farra-ilimitada/>. Acesso em: 31 jul. 2022.
- PETERS, Anne. Corruption and Human Rights. *Basel Institute on Governance Working Paper*, [S.], n. 20, set. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2635443>>or<<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2635443>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- QUINTEIRO, Maria Esther Martínez. Corrupción y Derechos Humanos en la ONU, en sus colaboradores y en sus vigilantes. Corruption and Human Rights in the UN in its collaborators and in its watchers. *Caderno de Relações Internacionais*, Recife, v. 10, n. 18, 2019. DOI: 10.22293/2179-1376.v10i18.1030. Disponível em: <https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1030>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- ROBICHEZ, Juliette. *Os sistemas regionais de direitos humanos na perspectiva de uma nova ordem mundial: abordagem comparativa dos sistemas de direitos humanos europeu, interamericano e africano*. Salvador: Studio Sala de Aula, 2021. Kindle edition.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo: causas, consequências e reforma*. Tradução Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020. 731p.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (TI). *Índice da Percepção da Corrupção 2021*. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- UNITED NATIONS (UN). *Sustainable Development Goals*. New York, [2022]. Disponível em: <https://sdgs.un.org/goals/goal16>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- UNITED NATIONS (UN). *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. Ginebra, 05 jan. 2015. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHRC,,550ff0a04,0.html>. Acesso em: 10 jun. 2022. 16 p.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. Brasília, DF, [2003]. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/convcao.html>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- VIEIRA, Gabriela Alves Mendes; VARELLA, Marcelo Dias. A conexão entre os direitos humanos e a corrupção. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 12, p. 477-494, 2014.
- WORLD BANK. *World Bank Group and the 2030 Agenda*. Washington, 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/programs/sdgs-2030-agenda#>. Acesso em: 6 jun. 2022.

A CONDUÇÃO COERCITIVA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: A NECESSIDADE DE UM OLHAR DIFERENCIADO

THE COERCIVE CONDUCT OF WOMEN VICTIMS OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE: THE NEED FOR A DIFFERENTIAL LOOK

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho*¹

Resumo: O artigo procura mostrar a necessidade e importância de uma nova interpretação em relação à possibilidade de condução coercitiva da mulher vítima de violência doméstica e familiar, e o papel do Ministério Público para garantir a proteção integral da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Palavras-chave: vítimas; condução coercitiva; violência doméstica e familiar.

Abstract: The article seeks to show the need and importance of a new interpretation in relation to the possibility of coercive conduct of women victims of domestic and family violence, as well as the role of the Public Prosecutor's Office to guarantee the full protection of women in situations of domestic and family violence.

Keywords: victims; coercive conduct; domestic and family violence.

1 Promotor de Justiça no Estado Maranhão. Aluno do Curso de Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão/UFMA. E-mail: sclobato@mpma.mp.br.

1 INTRODUÇÃO

O legislador nacional, assim como a doutrina e a jurisprudência pátrias, reconhece a existência de um grupo de pessoas vulneráveis que merecem atenção e proteção diferenciadas por parte da Justiça e do Poder Público; dentre essas pessoas, estão as mulheres em situação de violência doméstica.

As mulheres em situação de violência doméstica estão em condição de fragilidade emocional, psicológica, física e financeira, em regra, o que implica dizer que estão essas mulheres em situação de hipervulnerabilidade².

Devido à vulnerabilidade em que se encontra, a mulher em situação de violência doméstica tem dificuldade em relatar seu estado para as autoridades responsáveis pela persecução penal em Juízo. Quando conseguem relatar a situação de violência doméstica, ficam sujeitas a procedimentos inadequados realizados pelas instâncias formais de controle penal, o que gera uma nova vitimização.

A Lei nº 11.340/2006 procurou promover uma verdadeira revolução no tratamento dado à violência doméstica e familiar no Brasil, deixando evidenciada a peculiaridade da condição da mulher em situação de violência doméstica e a necessidade de sua integral proteção.

Contudo, a Lei Maria da Penha e a legislação criminal nacional precisam ser interpretadas e aplicadas em conjunto com outras normas protetivas de pessoas em condição de vulnerabilidade, inclusive em normas de proteção internacional de direitos humanos, para que ocorra a efetiva proteção integral da mulher em situação de risco por violência doméstica e também para impedir a revitimização gerada pela atuação despreparada dos órgãos oficiais do Estado.

Neste ponto, é preciso que se dê uma nova interpretação aos dispositivos do Código de Processo Penal que permitem a condução coercitiva de vítimas, quando estas forem mulheres em situação de violência doméstica, justamente devido à sua condição especial de vulnerabilidade.

O objetivo do presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, é de analisar como a condição peculiar da mulher em situação de violência doméstica impede que ela possa ser conduzida coercitivamente, como regra e de forma automática, para prestar declarações em Juízo, garantindo assim a sua privacidade e evitando sua revitimização.

2 STJ, RHC nº 100.446/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ªTurma, j.27/11/2018.

2 VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

A Organização Mundial de Saúde já declarou que a violência contra mulheres é epidemia de saúde global³. Definitivamente, o lar não é o local mais seguro para boa parte das mulheres no Mundo.

Infelizmente a violência contra a mulher, pelo simples fato de ser mulher, é uma triste realidade global. É um problema grave que aflige milhares de mulheres (crianças, adolescentes e idosas) em todo o mundo. Decorre da desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres, bem como da discriminação de gênero ainda presente tanto na sociedade como na família

García-Pablos de Molina e Gomes (2008, p. 118) informam:

A violência no seio da família – ou do casal – da que costuma ser vítima, fundamentalmente a mulher tem-se transformado em um grave problema social. O lar pode ser um espaço de risco para a vida e a integridade dos que habitam nele, em boa parte porque instituições fechadas e piramidais (e a família tradicional tem sido uma estrutura primária, hermética e hierárquica) constituem a justificação adequada para agressões repetidas e prolongadas, fruto de relações de desequilíbrio de poder e de abuso constantes.

No Brasil, com o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, foi promulgada a Lei nº 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha.

A Lei nº 11.340/2006 é uma norma de natureza protetiva, sua finalidade é proteger integralmente a mulher e oferecer outros serviços universais para a efetividade dos direitos fundamentais (CANUTO, 2021, p. 11).

Com bem ressalta Calhau (2020, p. 51): “O advento da Lei Federal nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – reflete a preocupação da sociedade com as vítimas da violência doméstica. É uma lei que foi sancionada com profundo sentimento vitimológico”.

Agressões e humilhações domésticas praticadas contra mulheres são uma indiscutível violação aos direitos fundamentais, sendo reconhecida pela legislação nacional e internacional como uma das formas de violação dos direitos humanos

3 Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/oms-violencia-contra-mulheres-e-epidemia-de-saude-global/>. Acesso em: 7 set. 2020.

(art. 6º, da Lei nº 11.340/2006 e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará).

A vivência dos maus-tratos pela vítima de violência doméstica e familiar é particularmente traumática, já que o agente violador dos direitos da vítima é uma pessoa de sua casa, dentro de seu ciclo de intimidade e afeto.

No entanto, a necessária punição do agente violador dos direitos humanos das mulheres não pode ser efetivada às custas de mais violações de direitos das mulheres.

Sabe-se, infelizmente, que a vítima de um crime muitas vezes sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato (CALHAU, 2020, p. 49). E, tratando-se de mulher em situação de violência doméstica, a situação ainda é mais delicada.

3 A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL. REVITIMIZAÇÃO (VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA) E VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Vítima é a pessoa que sofre a ofensa ou ameaça a seus bens jurídicos essenciais por conduta comissiva ou omissiva tipificada como infração penal praticada por um agente infrator. Essa é a vítima direta do delito.

Mas temos também as vítimas indiretas, que merecem atenção. As vítimas indiretas são aquelas que não foram diretamente vitimizadas, mas que suportam os efeitos consistentes em sofrimento, dor, prejuízos financeiros, medos e ausência de segurança. Exemplos de vítimas indiretas são os familiares da vítima do crime (MORAN, 2020, p. 112).

Sobre o conceito de vítima, vale mencionar a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas de 1985 (adotada na Resolução 40/34 da ONU):

1 – Entende-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada “vítima”, ao abrigo da presente Declaração, independentemente do facto de o autor ter ou não sido identificado, capturado, acusado ou

condenado e qualquer que seja a relação de parentesco entre o autor e a vítima. O termo “vítima” inclui também, sendo caso disso, os familiares próximos ou dependentes da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para prestar assistência a vítimas em perigo ou para impedir a vitimização (ONU, 1985).

O Conselho Nacional do Ministério Público, na Resolução nº 243/2021, em seu art. 3º, dispõe que:

Entende-se por vítima qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos, sendo destinatários da proteção integral de que trata a presente Resolução:

I - vítima direta: aquela que sofreu lesão direta causada pela ação ou omissão do agente;

II - vítima indireta: pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco com a vítima direta, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou desta dependam, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime, ato infracional ou calamidade pública;

III - vítima de especial vulnerabilidade: a vítima cuja singular fragilidade resulte, especificamente, de sua idade, do seu gênero, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do fato de o tipo, o grau e a duração da vitimização terem resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições de sua integração social;

IV - vítima coletiva: grupo social, comunidades ou organizações sociais atingidas pela prática de crime, ato infracional ou calamidade pública que ofenda bens jurídicos coletivos, tais como a saúde pública, o meio ambiente, o sentimento religioso, o consumidor, a fé pública, a administração pública;

V - familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima (BRASIL, 2021).

Não se pode negar que no processo penal, em regra, a vítima ainda é esquecida, abandonada, relegada a segundo plano, tratada e vista apenas como um objeto de

investigação para obtenção de prova para a condenação do autor do crime. Tanto que o Código de Processo Penal permite até mesmo que as vítimas possam ser conduzidas coercitivamente para prestarem depoimento em Juízo (arts. 201, §1º, e 461, §1º, do CPP, este último aplicado por analogia).

Nesse diapasão, Cunha e Pinto (2020, p. 651) pontuam que a norma do art. 201 do CPP, cria para o Juiz o dever jurídico de ouvir a vítima, sendo esta oitiva de dupla natureza, funcionando a vítima como um meio de prova e também como um objeto de prova, permitindo, assim, sua condução coercitiva. Em suma, é a vítima tratada como mero objeto de prova, um auxiliar da Justiça.

A verdade é que no processo penal, nas palavras de Beristain (2000, p. 105), “a vítima é, no mais, um convidado de pedra. Outras vezes, nem convidado”.

Sobre a vítima no processo penal, vale transcrever a lição de García-Pablos de Molina e Gomes (2008, p. 103):

A vítima sofre, com frequência, um severo impacto ‘psicológico’ que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua. A impotência frente ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc. A tudo isso se acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou autoculpabilização, os complexos etc. A sociedade mesma, por outro lado, ‘estigmatiza’ a vítima.

Com a prática do crime, começa o drama da vítima. Afinal, teve um bem jurídico essencial violado pela conduta criminoso de um agente (vitimização primária). No caso de violência doméstica, o drama ainda é maior, já que o agente violador dos direitos da vítima é uma pessoa de sua casa, dentro de seu ciclo de intimidade e afeto.

Então, no âmbito da violência doméstica, devido à intimidade, afeto, sentimentos ambivalentes, medo, vergonha, incerteza, sentimento de culpa, da peculiaridade da relação entre vítima e agressor, que na verdade é uma relação marcada pela hierarquia e submissão, o que coloca a mulher no chamado ciclo da violência que é difícil de ser quebrado, já fazem com que a mulher em situação de violência doméstica pense muito antes de procurar ajuda junto às instâncias formais de controle penal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário).

Quando a mulher em situação de violência doméstica consegue romper o medo, quebrando o ciclo da violência, e procura as instâncias formais de controle

penal, em regra, a polícia primeiramente, não raras vezes começa o calvário “formal” da mulher.

Isso porque, muitas vezes devido à grande demanda, mas também devido à falta de preparo para se lidar com as situações de violência de gênero, os órgãos de investigação não dão a devida atenção para as mulheres em situação de violência, tratando-as como simples objeto da investigação e, por vezes, até mesmo com desconfiança de suas declarações.

No fórum criminal, a situação não muda muito. Não raras vezes, a mulher em situação de violência doméstica aguarda ser chamada para a audiência no mesmo local em que o seu agressor se encontra, sem qualquer separação ou amparo por parte do Poder Judiciário. Na audiência criminal, pouco muda, pois até que o magistrado determine a retirada do acusado da sala (art. 217 do CPP), a mulher fica “cara-a-cara” com seu agressor. Na sequência, tem que reviver a violência doméstica sofrida mais uma vez e contar, assim como contou na fase policial, o fato delituoso e suas consequências para o juiz, o Ministério Público e para o defensor do acusado. Finda a audiência, a vítima retorna para seu esquecimento, em regra.

E mais. Quando se recusa a comparecer à audiência, muitas vezes por não querer reviver em sua mente a violência sofrida, por ter traumas decorrentes da grave violação de seus direitos, ainda corre o risco de ser conduzida “debaixo de vara” (conduzida coercitivamente), como se tivesse ela praticado alguma infração criminal e não o seu algoz, ofendendo sua dignidade e fazendo-a sofrer mais uma vez.

Esse sofrimento, essas *misérias do processo penal* suportadas pelas vítimas causam a chamada vitimização secundária (ou sobrevivitização ou revitimização) que é aquela causada pelo indevido funcionamento, inadequado atendimento e irregular atuação das instâncias de controle penal formal (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias, Sistema Penitenciário etc.), que pouca atenção dá a ela no decorrer do processo de registro, investigação e processamento do crime (CARVALHO; LOBATO, 2008), tratando-a somente como mero objeto de investigação.

Esse sofrimento adicional suportado pela vítima, em decorrência da atuação das instâncias formais de controle, é uma forma de violência, a chamada violência institucional, que gera uma nova vitimização, a vitimização secundária (revitimização/sobrevitimização).

O conceito de violência institucional extrai-se do microsistema de proteção aos vulneráveis, posto que consta no art. 4º, IV, da Lei nº 13.431/2017 e no art. 5º do Decreto nº 9.603/2018, sendo a violência institucional entendida como a praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento da vítima, inclusive quando gerar revitimização.

Vale ressaltar que em março de 2022, foi publicada a Lei nº 14.321, que acrescentou o art. 15-A na Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), tipificando o crime de violência institucional como crime de abuso de autoridade, consistente em:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização (BRASIL, 2022).

É inaceitável que as instâncias formais de controle penal promovam nova vitimização de qualquer vítima criminal. Agrava-se a situação quando esta sobrevivitização ocorre com aquelas pessoas ainda mais vulneráveis, o que acarreta ainda um maior dano devido à fragilidade inerente a essas pessoas.

Infelizmente, por desgraça, a vítima do delito costuma ser convertida com demasiada frequência em vítima do sistema legal e esta vitimização “secundária” é mais preocupante ainda que a “primária” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2008, p. 104).

O Ministério Público, no seu papel de *instituição de garantia* (SOUZA, 2020, p. 153) dos interesses da sociedade e de preservação de direitos das vítimas de crimes, tem o dever de atuar para evitar a revitimização de todas as vítimas, inclusive da mulher em situação de violência doméstica, procurando garantir um tratamento mais humanizado às vítimas, evitando-se constrangimentos e humilhações no decorrer da persecução penal.

A vítima, qualquer que seja o crime, deve ser reconhecida como sujeito de direitos e tratada com compaixão e respeito pela sua dignidade (Item 4 da Resolução 40/34 da ONU), sendo este o norte interpretativo que se deve dar aos dispositivos do Código de Processo Penal, refutando a ideia de que as vítimas são apenas um objeto de prova, sobretudo em se tratando de mulher em situação peculiar de violência doméstica.

4 A REDESCOBERTA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. A CONDIÇÃO PECULIAR DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

É consenso que a vítima ocupou variados papéis ao longo da história. Do protagonismo ao esquecimento, até o seu mais recente redescobrimto (REZENDE, 2021, p. 35).

De forma resumida, Calhau (2020, p. 48-49) relatou as fases pelas quais passou a vítima no âmbito criminal:

A vítima passou por três fases principais na história da civilização ocidental. No início, fase conhecida como idade de ouro, a vítima era muito valorizada, valorava-se muito a pacificação dos conflitos e a vítima era muito respeitada. Depois, com a responsabilização do Estado pelo conflito social, houve a chamada neutralização da vítima. O Estado, assumindo o monopólio da aplicação da pretensão punitiva, diminuiu a importância da vítima no conflito. Ela sempre era tratada como uma testemunha de segundo escalão, pois, aparentemente, ela possuía interesse direto na condenação dos acusados. E, por último, da década de 1950 para cá, adentramos na fase do redescobrimto da vítima, cuja importância é retomada sob um ângulo mais humano por parte do Estado.

Como vimos, o abandono da vítima no processo penal é um fato que perdura ao longo dos anos.

Entretanto, nos últimos anos, a vítima tem recebido uma melhor atenção no processo penal, inclusive no Brasil. Ainda é pouco, mas parece ser um caminho sem volta.

De forma mais evidente, foi em 1995, com a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) que a vítima foi “redescoberta” na legislação criminal brasileira.

Desde então, diversos outros diplomas legais, em maior ou menor grau, passaram a dar atenção às vítimas criminais.

No ano de 2008, as Leis nº 11.690 e 11.719, alteraram diversos artigos do Código de Processo Penal, dando uma atenção mais relevante para as vítimas (por exemplo: art. 201; art. 387, IV).

Já em 2006, surge a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), verdadeira legislação protetiva de um grupo específico de pessoas vulneráveis: as mulheres em situação de violência doméstica, sancionada com profundo sentimento vitimológico (CALHAU, 2020, p. 51).

Mais recentemente, a Lei nº 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer) alterou/acrescentou artigos no Código Penal e no Código de Processo Penal, visando coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas, sendo publicada, na esteira da referida Lei, no ano de 2022, a Lei nº 14.321, que acrescentou o art. 15-A a Lei nº 13.869/2019, tipificando como abuso de autoridade o crime de violência institucional.

Todas essas legislações procuram proteger a vítima criminal, dando-lhe mais atenção, reconhecendo as vítimas como sujeitos de direitos.

Importante ressaltar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3890/2020 e o apenso PL nº 5230/2020 que criam o Estatuto da Vítima, que reconhece, sem sombra de dúvidas, a vítima como sujeito de direitos no processo penal e não mero objeto de prova ou “convidado de pedra”.

A verdade é que todas as vítimas merecem respeito e devem ser tratadas com dignidade e reconhecidas como sujeitos de direitos no processo penal brasileiro.

As vítimas de violência doméstica e familiar, como já acentuado, são pessoas que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade e por isso as normas devem ser interpretadas em seu favor.

A Lei Maria da Penha é um verdadeiro microsistema de proteção integral às mulheres em situação de violência doméstica que possui princípios próprios, devendo a lei sempre ser interpretada de forma a dar maior proteção aos direitos da pessoa humana – *princípio pro homine ou pro persona* (art. 29, b, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, art. 23 da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) sendo que a própria Lei reconhece expressamente a condição peculiar da mulher em situação de violência doméstica e familiar, devendo o intérprete levar essa condição em consideração quando de sua aplicação, bem como os fins sociais a que ela se destina (art. 4º da Lei nº 11.340/2006), sendo que esta forma de interpretação deve ser seguida em relação a outras normas do direito brasileiro, como o Código de Processo Penal.

A situação peculiar da mulher é devida à relação de intimidade e afeto dela com o seu agressor, geralmente aflorando sentimentos ambivalentes, medo, vergonha, incerteza, preocupação com a situação econômica e dos filhos, sentimento de culpa diante da violência sofrida com base no gênero, tornando-a fragilizada, inferiorizada dentro de uma relação marcada pela hierarquia e submissão, bem como vulnerável na relação e, por isso, necessitada de uma proteção especial.

Essa vulnerabilidade foi reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4424/DF, onde o Ministro Marco Aurélio, relator, deixou claro que a “mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado”.

Por isso, as interpretações das leis devem ser sempre a favor da mulher, se dúvida houver, ela deve ser resolvida em favor da proteção da mulher, sendo indispensável reconhecer a condição de vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica.

Diante disso, as normas do Código de Processo Penal que atentem contra a dignidade das vítimas, sobretudo aquelas que estão em uma situação de maior vulnerabilidade, devem ser reinterpretadas no sentido de proteger as vítimas, reconhecendo-as como sujeito de direitos.

5 A CONDUÇÃO COERCITIVA DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM OLHAR DIFERENCIADO

Como visto, o Código de Processo Penal permite que as vítimas possam ser conduzidas coercitivamente para prestarem depoimento em Juízo (arts. 201, §1º, e 461, §1º, do CPP, este último aplicado por analogia).

Conforme verificado, o legislador pátrio, assim como o Ministério Público e o Poder Judiciário, mais recentemente tem apresentado uma preocupação maior com as vítimas de crimes.

Há uma clara preocupação em tratar a vítima com respeito e um esforço para evitar a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima.

Não há dúvidas que a violência contra a mulher deve ser combatida com todas as forças, sendo uma verdadeira afronta aos direitos humanos (art. 6º, da Lei nº 11.340/2006).

Contudo, com a melhor intenção de punir o agente agressor, não se pode revitimizar a mulher já fragilizada e vulnerável pela violência ocorrida no seio de seu lar, dentro de sua família.

É claro que a palavra da vítima em casos como o de violência doméstica tem forte valor probatório e sua oitiva é, sem questionamentos, importante para o bom desfecho do processo penal.

Silva (2018, p. 127) explica inclusive que: “a palavra da vítima goza de presunção de veracidade, o que inverte o ônus da prova, cabendo a quem se imputa ser o autor da agressão provar que não a praticou, ainda que desta não tenham restado marcas aparentes”.

Em que pese este fato – importância da palavra da vítima –, não pode o Estado perpetrar nova vitimização (vitimização secundária).

Simplesmente requerer/determinar a condução coercitiva de uma mulher vulnerável em vista de violência doméstica para que ela preste declarações sobre o fato vitimizante em Juízo não parece ser a melhor conduta das autoridades responsáveis pela persecução penal. Ao menos não na forma tradicional de condução coercitiva.

A maior parte da doutrina entende que a vítima tem o dever de depor (ALVES, 2021, p. 775) e que ela não pode se eximir de colaborar com o Poder Judiciário. A jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, também é majoritariamente favorável à condução coercitiva da vítima (AgRg no HC 506.814/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6T, j.06/08/2019).

Interessante que se o Estatuto da Vítima for aprovado, a vítima não terá o dever de depor, mas sim o direito de ser ouvida durante o processo penal (art. 37 do PL nº 5230/2020), o que, muito provavelmente, mudará a opinião doutrinária sobre a sua condução coercitiva (afinal, quem tem o direito, pode-se negar a exercê-lo e ninguém pode obrigá-lo).

Outrossim, é de se ponderar sobre o dano que uma condução coercitiva poderá causar a uma mulher já fragilizada pela situação de violência a que era submetida no seio de seu lar.

Anotam García-Pablos de Molina e Gomes (2008, p. 120-121):

Os transtornos emocionais e psicológicos derivados da violência doméstica apresentam uma sintomatologia semelhante à do transtorno por estresse pós-traumático, se bem que a moderna Psiquiatria lhe confere autonomia e denominação própria: a síndrome da mulher maltratada. Em geral, as reações psicológicas à violência crônica se traduzem numa sensação de ameaça incontrollável à vida e segurança pessoal; ansiedade extrema e respostas de alerta e sobressalto permanentes; auto-culpabilização; depressão e baixa autoestima; transtornos obsessivos, compulsivos ou alimentares; problemas gastrointestinais e cardiovasculares, consequência do estresse crônico e queda das defesas do sistema imunológico, tudo isso com sequelas emocionais (depressão, baixa autoestima, medo e angústia, transtorno de conduta), cognitivas (pobre rendimento escolar), e de natureza social nos filhos (agressividade, má adaptação ao meio, isolamento e solidão, condutas antissociais etc.).

Ainda que nem todas as mulheres em situação de violência doméstica apresentem todas as características apresentadas pelos professores García-Pablos de Molina e Gomes, não há dúvidas que a vítima de violência doméstica e familiar se encontra abalada emocionalmente exatamente pela ligação íntima de afeto/familiar que possui com o agressor. E essa condição peculiar que deve ser ponderada pelo membro do Ministério Público e pelos membros do Poder Judiciário antes de se requerer/determinar a condução de uma vítima de violência doméstica e familiar.

É importante lembrar que o legislador pátrio reconhece a existência de um grupo de pessoas vulneráveis que merecem atenção e proteção diferenciadas por parte da Justiça e do Poder Público (exemplos: Estatuto da Criança e do Adolescente; Estatuto da Pessoa Idosa, Lei nº 13.431/2019; Lei nº 11.340/2006). Podemos dizer que há um verdadeiro microsistema de proteção às pessoas vulneráveis.

Os Projetos de Lei que visam instituir o Estatuto da Vítima também reconhecem a existência de um grupo de vítimas mais vulneráveis (PL nº 3890/2020 e o apenso PL nº 5230/2020).

Logo, considerando esta peculiar condição de vulnerabilidade é que se deve evitar a condução coercitiva da mulher em situação de violência doméstica e familiar para evitar-se uma revitimização.

Não há nenhuma dúvida que a condução coercitiva atenta à dignidade da vítima, sendo um procedimento invasivo e que possui grandes chances de abalar psicologicamente a vítima.

Ademais, não restam dúvidas também que a chegada de um oficial de justiça – não raras vezes em uma viatura da Polícia acompanhado de policiais – na residência da vítima para obrigá-la a ir ao Fórum gera constrangimento e olhares e desconfianças de populares.

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 395/DF, que tratou da condução coercitiva do acusado para interrogatório, reconheceu, por meio do voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes, algumas questões sobre a condução coercitiva que, *mutatis mutandis*, se aplicam às vítimas de crimes, sobretudo aquelas mais vulneráveis.

No voto, consta que: “A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não é tratamento que normalmente possa ser aplicado a pessoas inocentes. O conduzido é claramente tratado como culpado” e isso ofenderia a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição Federal). Pergunta-se: aos olhos dos populares, a mulher vítima sendo conduzida por um oficial de justiça e, por vezes, por policiais, em via pública, seria tida como o quê?

O Ministro-Relator consignou que a condução coercitiva desrespeita a dignidade da pessoa humana, já que a pessoa é conduzida “eminentemente para demonstrar sua submissão à força”. Pergunta-se: isso não vale para a vítima? A vítima pode ficar calada em seu depoimento? Com a Lei nº 14.245/2021, parece que sim. Não é obrigada a responder perguntas atentatórias à sua dignidade (o juiz, inclusive, deve evitá-las e indeferir as eventualmente formuladas). Reitere-se que se o Estatuto da Vítima for aprovado, a vítima não terá o dever de depor, mas sim o direito de ser ouvida durante o processo penal (art. 37 do PL nº 5230/2020), logo, poderá calar-se, caso não queira exercer o seu direito de depor. Então, para que conduzir a vítima, a não ser para “demonstrar sua submissão à força”, se não se pode obrigar a vítima a falar?

Ainda no voto condutor da ADF 395/DF, consta que “a liberdade de locomoção é vulnerada pela condução coercitiva” e que a condução coercitiva “representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção”, já que a pessoa é “capturada” e levada “sob custódia” ao local da inquirição. A liberdade de locomoção da vítima – e no caso tratado neste escrito, da mulher em situação de violência doméstica, com todas as suas dores – não sofre interferência, ainda que por um período breve?

Não se chega ao ponto de defender a inconstitucionalidade da condução coercitiva da vítima, mas apenas que se dê uma alternativa à condução, realizando uma nova interpretação em relação à necessidade de condução de uma mulher vítima de violência doméstica.

Se o Estatuto da Vítima for aprovado, a oitiva da vítima passa a ser um direito e não um dever, como sustentado pela doutrina e jurisprudência atuais, e sendo um direito, a vítima não poderá ser obrigada a exercê-lo.

Mas, enquanto o Estatuto da Vítima não é aprovado, ao menos para as vítimas mais vulneráveis (mulheres em situação de violência doméstica, idosos, crianças e adolescentes), deve-se limitar a possibilidade de condução coercitiva para impedir que o Poder Público promova uma nova violência contra a vítima.

Com objetivo justamente de não promover uma revitimização, alguns Tribunais pátrios já decidiram não haver ilegalidade alguma no indeferimento de requerimentos de condução coercitiva de vítimas de violência doméstica. Vejamos algumas decisões.

PENAL E PROCESSUAL. LESÃO CORPORAL A MULHER. INCONFORMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA A ABSOLVIÇÃO DO RÉU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM NEGAR-SE A MANDAR CONDUZIR COERCITIVAMENTE A VÍTIMA PARA DEPOR EM JUÍZO. DESNECESSÁRIA REVITIMIZA-

ÇÃO SECUNDÁRIA. PONDERAÇÃO DO DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS EM FACE DO DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E DA DIGNIDADE DA MULHER. DÚVIDA RAZOÁVEL DA AUTORIA DO CRIME. SENTENÇA MANTIDA. 1 O Ministério Público apela da sentença que absolveu o réu da acusação de infringir o artigo 129, § 9º, do Código Penal, no contexto da Lei Maria da Penha, por insuficiência probatória, asseverando que a vítima não ser ouvida prejudicou a acusação e implicou a absolvição do réu. 2 A condução coercitiva de vítimas e de testemunhas é uma faculdade, e não obrigação do Juiz, que deve analisar o caso concreto e deferir a medida apenas em circunstâncias excepcionais, considerando que priva o indivíduo da liberdade de locomoção, submetendo-o ao jugo do Estado. O direito à prova no processo penal não é absoluto, cedendo diante de outros direitos e garantias constitucionais de igual ou maior relevância, tais como a dignidade da vítima e sua liberdade de locomoção. Se nem mesmo o réu pode ser conduzido coercitivamente, como assentou o Supremo Tribunal Federal, não é razoável submeter a vítima mulher à revitimização obrigando-a a rememorar lembranças dolorosas que prefere esquecer. 3 Havendo dúvida ponderável, a absolvição se impõe, forte no princípio in dubio pro reo. 4 Apelação não provida. (TJDFT, Ap.Crim. nº 0005093-27.2018.8.07.0006, Rel. Des. George Lopes, 1ª Turma Criminal, j.22/10/2020)

RECLAMAÇÃO. ATO DO JUÍZO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE SOBRADINHO/DF. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. LEI MARIA DA PENHA. PROTEÇÃO DA VÍTIMA. CONDUÇÃO COERCITIVA. FATOS OCORRIDOS HÁ MUITO TEMPO. CONDUÇÃO COERCITIVA DESNECESSÁRIA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. 1. Sendo a condução coercitiva uma medida excepcional, eis que a pessoa fica privada de sua liberdade, a sua aplicabilidade, com referência a vítimas nos procedimentos sob a proteção da Lei Maria da Penha, que é a lei de proteção em razão do gênero mais vulnerável que, na hipótese é a própria mulher, não tem amparo legal, pois, o cônjuge pode até se recusar de

depor, conforme dispõe o artigo 206, do Código de Processo Penal. 2. Reclamação interposta pelo Ministério Público conhecida e desprovida. (TJDFT, Recl.Crim. nº 0718173-35.2018.8.07.0000, Rel. Des. João Timóteo, 2ª Turma Criminal, j.24/01/2019)

CORREIÇÃO PARCIAL. COERÇÃO DA VÍTIMA À AUDIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. O juízo a quo indeferiu o pedido do Parquet de condução da vítima para comparecer em audiência, considerado o crime objeto da persecução, lesão leve, e o desgaste a que seria submetida a ofendida. Embora o delito de lesão corporal leve no âmbito da violência doméstica seja de ação pública incondicionada, a condução coercitiva da vítima, consoante art. 201, § 1º, do CPP, não é obrigatória. No caso, a decisão encontra-se fundamentada, não observada inversão tumultuária dos atos do processo. Ainda que a condução da vítima seja adequada e necessária, não é razoável que, depois de transcorridos um ano e dez meses da data do fato, seja obrigatoriamente submetida a prestar declarações em juízo. **CORREIÇÃO DESPROVIDA.** (TJRS, CP nº 70075127019, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, 1ª Câm. Crim., j.08/11/2017)

Sobre o tema, relevante citar a doutrina de Figueirêdo (2020, p. 71):

A condução coercitiva da vítima pode ser uma providência absolutamente inócua, do ponto de vista do resultado prático almejado. Explico.

O impacto psicológico e abalo emocional que a vítima pode sofrer, em ter que reavivar as amargas lembranças do dia do crime, pode comprometer as suas declarações. Ela não está obrigada a dizer a verdade e pode inclusive se recusar a depor (vítima não é testemunha). Já presidi feitos nos quais as vítimas simplesmente “travaram” ou caíram aos prantos quando tiveram que rememorar o dia em que sofreram a violência sexual. [...]

Na minha opinião, principalmente nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a condução coercitiva da vítima não deve ser determinada, sobretudo para resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e evitar a figura da revitimização.

O entendimento jurisprudencial e doutrinário acima indicado é exatamente o que se defende: a condução coercitiva da mulher vítima de violência doméstica e familiar deve ser evitada para evitar a revitimização.

Ademais, vale lembrar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (promulgada pelo Decreto nº 1.973/96):

Artigo 3º. Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 4º. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

- a) direito a que se respeite sua vida;
- b) direitos a que se respeite sua integridade física, mental e moral;
- c) direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d) direito a não ser submetida a tortura;
- e) direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família; [...] (BRASIL, 1996).

A condução coercitiva da mulher vítima de violência doméstica, aplicada sem a devida ponderação, constrange a mulher, ofende sua dignidade, desrespeita sua integridade moral e mental, ofende sua liberdade. A salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da mulher, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar, deve ser feita pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

6 UMA PROPOSTA

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher deixa claro que os Estados-partes devem “agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher” (art. 7º, b) e que a violência doméstica é uma violação aos direitos humanos. Logo, deve ser combatida de forma efetiva.

Contudo, repita-se, os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica não podem ser também violados para que haja uma persecução penal eficaz por parte

do Estado. É preciso que se evite nova revitimização daquela que é considerada vulnerável perante a lei e tratados internacionais de direitos humanos. E cabe ao Ministério Público, como protetor dos direitos fundamentais e humanos (MAZZUOLI, 2021, p. 408), garantir que a norma aplicada seja sempre a mais benéfica à garantia e preservação dos direitos humanos (aplicação do princípio *pro homine ou pro persona*, previsto no art. 29, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e também no art. 23 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher).

Dito isso, tem-se que a condução coercitiva de vítima mulher de violência doméstica somente seria cabível em casos de extrema excepcionalidade e quando todos os demais meios e formas de diligência para que ela fosse ouvida se esgotassem.

Nesse aspecto, apresentam-se algumas sugestões: 1) o Ministério Público deve aprimorar o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal), inclusive para que as investigações produzam provas independentes das declarações das vítimas; 2) se necessária a oitiva da vítima, preferencialmente que a oitiva da mulher em situação de violência doméstica seja realizada por videoconferência; 3) caso a mulher vítima de violência doméstica, intimada, não compareça à audiência (virtual ou presencial), que seja realizada diligência para que se possam descobrir os motivos do não comparecimento; 4) que a diligência para se verificar o motivo da ausência da vítima seja realizada pela equipe multidisciplinar do Juízo (art. 29 da Lei nº 11.340/2006); 5) se realmente necessária a presença da mulher para audiência no fórum, que seja ouvida na forma do depoimento especial (CARVALHO, 2021, p. 473); 6) que não se requeira/determine a condução coercitiva da vítima, salvo situações de extrema excepcionalidade e somente após a diligência da equipe multidisciplinar, devendo a determinação ser fundamentada, em vista do alto risco de revitimização; 7) se determinada a condução coercitiva da mulher em situação de violência doméstica, que seja a condução efetivada, sem a presença de policiais, na companhia da equipe multidisciplinar, informando a mulher de todo o procedimento e o motivo daquela situação, evitando-se maiores constrangimentos.

7 CONCLUSÃO

Os direitos humanos das vítimas de criminalidade devem primordialmente ser respeitados e tutelados pelo Ministério Público.

Um adequado, humanizado, respeitoso e digno atendimento para as vítimas de crimes é extremamente necessário no procedimento processual penal brasileiro e, em relação ao tratamento das pessoas vulneráveis, incluída a mulher em situação de violência doméstica, a urgência é mais que evidente.

É preciso uma nova visão, interpretação e aplicação das normas de processo penal brasileiro quando se está diante de interesses que envolvam mulheres em situação peculiar de violência doméstica.

Nesse aspecto, os dispositivos dos artigos 201, §1º, 461, §1º, do CPP (este último aplicado por analogia às vítimas) devem sofrer uma nova interpretação, desta feita, constitucional, legal e convencional, para que não possam ser aplicados sem uma fundamentada hipótese excepcionalíssima quando a recusa em comparecer em Juízo for expressada por vítima de violência doméstica e familiar.

A interpretação da lei deve ser sempre aquela que mais favorece os direitos humanos e, no caso de violência de gênero, deve-se ainda se levar em consideração a situação peculiar da mulher em situação de violência doméstica.

O Ministério Público, como defensor dos direitos humanos, deve atuar para que não haja ordem de condução coercitiva de mulheres vítimas de violência doméstica, utilizando-se de todos os meios legais para que a mulher em situação de violência doméstica não sofra violência institucional e revitimização por parte do Sistema de Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de processo penal*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- BERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Brasília, DF: CNMP, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- BRASIL. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022*. Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14321.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.
- CALHAU, Lélío Braga. *Princípios de Criminologia*. Niterói: Impetus, 2020.

CANUTO, Érica. *Princípios especiais da Lei Maria da Penha e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. O Ministério Público e a escuta protegida da mulher em situação de violência doméstica e familiar. In: GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; CHAI, Cássius Guimarães (org.). *Passado, presente e futuro do Ministério Público brasileiro: 50 anos da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPEM*. São Luís: Edufma, 2021.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. Vitimização e processo penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*: Juris Itinera, São Luís, n. 15, jan./dez. 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados*: artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. *A Vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2020.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2021.

MORAN, Fabiola. *Ingerência penal & proteção integral à vítima*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Delitos e Abuso de Poder., adaptada conforme Resolução 40/34, da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder>. Acesso em: 20 jul. 2022.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

SILVA, Jaceguara Dantas da. *Ministério Público e Violência contra a Mulher*. do fator gênero ao étnico-racial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOUZA, Alexander Araújo. *O Ministério Público como instituição de garantia*: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DO DIREITO ANTICORRUPÇÃO

THE STRUCTURAL PROCESS AS AN INSTRUMENT OF ANTI-CORRUPTION LAW

*Xilon de Souza Júnior*¹

Resumo: O presente trabalho pretende se debruçar sobre a possibilidade e a utilidade do uso dos processos e demandas estruturais como instrumentos de direito anticorrupção. O cerne do estudo é analisar se o enfrentamento do fenômeno da corrupção de maneira alargada e sistemática pode atingir resultados mais eficientes do que o tratamento individualizado dos casos de corrupção que eventualmente se apresentem.

Palavras-chave: corrupção; processo estrutural; litígio estrutural.

Abstract: The present work intends to look into the possibility and usefulness of applying structural processes and demands as instruments of anti-corruption law. The core of the study is to analyze whether confronting the phenomenon of corruption in a broad and systematic way can achieve more efficient results than the individualized treatment of corruption cases that eventually arise.

Keywords: corruption; structural process; structural litigation.

1 Promotor de Justiça do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão. E-mail: xilonsj@mpma.mp.br.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho pretende se debruçar sobre a possibilidade e a utilidade da utilização dos processos e demandas estruturais como instrumentos de direito anticorrupção. O cerne do estudo é analisar se o enfrentamento do fenômeno da corrupção de maneira alargada e sistemática pode atingir resultados mais eficientes do que o tratamento individualizado dos casos de corrupção que eventualmente se apresentem.

O que se busca analisar com mais atenção é a pertinência da atuação preventiva dos órgãos de controle e principalmente do Ministério Público, por meio dos instrumentos administrativos e processuais à disposição, e, uma vez constatado o desvio de conduta, a aplicação de institutos de processo estrutural para a resolução da demanda.

O tema não desperta interesse apenas nos estudiosos e profissionais brasileiros, longe disso. A discussão sobre os mecanismos de combate ao fenômeno da corrupção, sejam eles preventivos, concomitantes ou repressivos, ganhou especial relevo na comunidade internacional desde a segunda metade do século passado.

Nesse contexto se insere a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Trata-se, portanto, de tema de importância internacional que, nada obstante sua universalidade, irradia efeitos sobre o cotidiano de todas as comunidades organizadas, dos grandes centros urbanos às pequenas cidades do interior.

Em suma, a pesquisa tem por objetivo analisar se os métodos e instrumentos de resolução de demandas estruturais têm aplicação no âmbito do Direito Anticorrupção, além de verificar se a atuação ampliada dos órgãos de controle seria efetiva na redução de casos de corrupção.

2 DOS CONCEITOS – CORRUPÇÃO E PROCESSO ESTRUTURAL

Para a adequada discussão do tema proposto, é necessário de antemão conceituar os dois principais institutos abordados no trabalho, quais sejam, a corrupção e o processo estrutural.

De início, para o fim do presente estudo, o termo corrupção deve ser compreendido no sentido que guarda relação com o comportamento humano, ou melhor ainda, com o desvio, a degradação, a devassidão do comportamento humano dirigido a um resultado juridicamente proibido e sancionável.

Importa essa distinção uma vez que o termo corrupção pode ser empregado também para definir o comportamento eticamente ou moralmente inadequado, o que não guarda conexão com o que ora se propõe, já que o trabalho busca analisar a aplicação de um instituto jurídico – o processo estrutural – como instrumento de prevenção e/ou solução de atos de corrupção que, de outro modo, seriam sancionados conforme as normas jurídicas aplicáveis.

No mesmo sentido, insere-se na polissemia do termo corrupção a alteração das propriedades originais de uma coisa, a ação de decomposição ou deterioração. No entanto, como já afirmado, o estudo é centrado no agir humano inadequado de acordo com o direito posto, de sorte que as alterações depreciantes da natureza das coisas também não serão objeto de análise.

É dizer, apenas interessa a este estudo os reflexos jurídicos do agir corrupto, as consequências também jurídicas desse desvio de comportamento e as implicações da adoção de um paradigma estrutural para a evitação do fenômeno da corrupção.

Nesse contexto, o Escritório contra Drogas e Crime da Organização das Nações Unidas, órgão responsável pela aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aponta que:

O conceito de corrupção é amplo, incluindo as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público. Além disso, pode envolver casos de nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais e a compra e venda de sentenças judiciais, entre diversas outras práticas (ONU, [2022]).

Utilizando semelhante concepção alargada do conceito de corrupção, o *Dicionário de Política*, de Bobbio, Mateucci e Pasquino (1991, p. 292), traz uma classificação de tipos de corrupção que assim define o termo:

A corrupção é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima [...]. É uma alternativa da coerção, posta em prática quando as duas partes são bastante poderosas para tornar a coerção muito custosa, ou são incapazes de a usar.

Conclui-se, a partir desses referenciais, que o termo corrupção descreve um fenômeno multifacetado, que pode representar um problema global, especialmente quando se vê relacionado com o tráfico de drogas, armas, pessoas e lavagem de dinheiro, ou um drama local, já que também se manifesta por meio de práticas criminosas mezinhas, tais como o nepotismo, a comercialização de decisões judiciais ou a prática de subornos ou propinas.

Não por acaso, a corrupção é encarada pela comunidade internacional como origem de grave ameaça para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é de se observar que não há uma conceituação precisa do que se entenda por corrupção. Na Constituição Federal há apenas uma menção à corrupção, no §10, do art. 14, que elenca o ato de corrupção como um dos motivos para a impugnação do mandato eletivo.

Na legislação infraconstitucional, o que mais se aproxima de uma definição do ato de corrupção é o rol de atos lesivos à administração pública, constante do art. 5º da Lei 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção Empresarial². Demais disso, há vários diplomas normativos que tratam de atos de corrupção, cada um inserido no seu ramo, tais como o Código Penal, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Organizações Criminosas.

Em síntese, a corrupção será abordada neste estudo como o comportamento humano voltado para um fim proibido e sancionado pelo direito, desde que guarde relação com a Administração Pública em geral.

Nessa perspectiva ampla, o ato de corrupção se apresenta mais abrangente, inclusive, do que as condutas tipificadas como crimes contra a administração pública ou atos de improbidade administrativa, já que os primeiros dizem respeito apenas à

2 Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

seara criminal, enquanto os últimos à seara cível/administrativa. É, portanto, uma relação de gênero e espécie, sendo o ato corrupto mais abrangente que o crime e o ato de improbidade.

Trilhando o mesmo caminho que pretende este estudo, o glossário do Centro de Pesquisa Anticorrupção, entidade internacional, define corrupção como³:

O abuso do poder confiado para ganho privado. Embora esta seja a definição mais comum, existem outras definições. [...] Todas as variações de *experts/especialistas*, no entanto, incluem três elementos comuns: abuso (uso indevido, violação) do poder confiado (dever, cargo, etc.) e benefício privado. Na linguagem cotidiana, o termo é usado de forma mais ampla para denotar uma ampla variedade de atos censuráveis ou imorais e não apenas aqueles associados ao dever formal (ANTI-CORRUPTION RESOURCE CENTRE, [2022]).

Por sua vez, o processo estrutural nada mais é do que o instrumento jurídico mais adequado para a abordagem de demandas estruturais.

Sobre a conceituação em exame, Vitorelli (2020, p. 60) enuncia:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta, ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.

Por outro prisma, buscando definir o processo estrutural por meio de seu objeto, Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2020, p. 104), discorrem:

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação).

3 No original: The abuse of entrusted power for private gain. Although this is the most common definition, other definitions exist. The World Bank, for example, defines corruption more narrowly as “abuse of public office for private gain”. All expert/specialist variations nevertheless include three common elements: abuse (misuse, violation) of entrusted power (duty, office, etc.) and private benefit. In everyday language, the term is used more broadly to denote a wide variety of objectionable or immoral acts, and not only those associated with formal duty.

Historicamente, o estudo das demandas estruturais remonta ao direito norte-americano (*structural litigation*) a partir da necessidade de tratar demandas complexas que, de outro modo, ensejariam a propositura de dezenas, centenas ou mesmo milhares de ações individuais com o mesmo objeto e que, portanto, careciam de um instrumento adequado para uma abordagem conjunta, eficaz e eficiente.

Indo além, Marçal (2019) aponta que:

Nesse contexto, as medidas estruturantes constituem um instituto de origem norte-americana, que surgiu de necessidades práticas experimentadas no controle judicial de políticas públicas e nos litígios de interesse público (*public law litigation*), em que encontrou terreno fértil para seu desenvolvimento, uma vez que são situações onde as interferências diretas do Judiciário são mais problemáticas – seja em razão das discussões sobre ativismo judicial, separação de “Poderes” (*rectius*: funções) e legitimidade democrática do Judiciário, em razão das limitações materiais nesses casos (escassez de recursos e reserva do possível), seja em razão dos entraves burocráticos existentes nessas estruturas institucionalizadas.

É necessário registrar, como fazem os autores acima referenciados, que o problema estrutural, objeto da demanda ou do processo estrutural, não é necessariamente um ato ou fato ilícito. É possível que um problema estrutural se apresente através de uma situação de licitude. Aliás, um dos exemplos mais citados de problemas estruturais é a falta de acessibilidade para pessoas com deficiência, em logradouros, prédios e espaços de convivência, públicos ou privados. Ainda que não se observe qualquer ilicitude no comportamento dos responsáveis por problemas dessa natureza, ainda assim é possível a utilização do processo estrutural como remédio adequado e proporcional.

Sendo o processo estrutural o instrumento adequado para a abordagem de um problema ou litígio estrutural, resta, ao final, apontar o que se entende por decisão estrutural. Em termos simples e diretos, a decisão estrutural é aquela que, resolvendo o processo estrutural, estabelece uma série de medidas planejadas, judiciais ou não, no sentido de solucionar tanto quanto possível a demanda submetida ao juízo.

Nas palavras de Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2020, p. 109):

Por fim, a decisão estrutural é aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios). Em essência, a decisão estrutural não estrutura, mas sim reestrutura o que estava desorganizado.

Exemplo recorrentemente lembrado de decisão estrutural foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 378, que tratava do rito do processo de impedimento do Presidente da República. Nessa decisão⁴, diante de um cenário de desconformidade generalizada da legislação editada em 1950 com a Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte estabeleceu uma sequência de atos e procedimentos por meio dos quais foi possível dar solução estruturada ao problema, possibilitando a deflagração de processo de *impeachment* de acordo com os ditames constitucionais.

Considerando que o estudo do processo estrutural é eminentemente focado no âmbito do direito civil e/ou administrativo, importa analisar a possibilidade de adequação do instituto ao Direito Anticorrupção. Da apresentação dos conceitos centrais para o trabalho, pode-se concluir com facilidade que tanto a corrupção instalada e cultural como a gênese do fenômeno da corrupção podem se inserir na categorização de problemas estruturais.

Com efeito, os atos de corrupção podem surgir de uma permanente situação de desconformidade do ambiente da Administração Pública, seja essa situação causada pela desorganização, pela ineficiência ou pelo desvio de comportamento de agentes públicos, o certo é que a tomada de decisões estruturais pode ser de grande valia na prevenção e repressão do fenômeno da corrupção. Essa correlação é o tema central do trabalho, que será objeto do tópico seguinte.

3 DO PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DO DIREITO ANTICORRUPÇÃO

O estudo do direito anticorrupção, no mais das vezes, aponta para a utilização de instrumentos de repressão individualizados, que devem ser aplicados sempre que alguém praticar atos ímprobos ou criminosos.

Sendo assim, cabe ponderar se não seria mais eficiente e eficaz lançar mão de meios e instrumentos dos processos estruturais para, a um só tempo, evitar a ocorrência dos comportamentos indevidos e, uma vez que eles ocorram, combatê-los de maneira sistêmica e ampliada.

Assim agindo, os órgãos de controle passariam a fomentar a institucionalização dos órgãos da administração pública, fornecendo-lhes a técnica e as condições necessárias para agir de forma independente, legítima e antecipada para reduzir a ocorrência de atos de corrupção.

4 STF. ADPF 378 MC, Relator(a): Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, Processo Eletrônico DJe-043 Divulg. 07-03-2016. Public. 08-03-2016.

Isso porque a probidade da Administração Pública, entendida no sentido amplo, é condição necessária para o regular funcionamento das estruturas de poder e de gestão, que existem primordialmente para assegurar o interesse público primário.

Em outras palavras, a organização político-administrativa, da forma como foi concebida pela Constituição da República, é (deve ser) voltada à garantia dos direitos fundamentais enunciados na própria Carta Magna. Só por meio de uma gestão proba e eficiente, livre na maior extensão possível do fenômeno da corrupção e da má gestão, poderão ser assegurados os direitos e as garantias mínimas à existência do cidadão.

Nessa linha, colhe-se o ensinamento de Andrade, Masson e Andrade (2020, p. 793):

A verdadeira democracia é a democracia vivenciada, a que se realiza na prática, a que decorre do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a promoção do bem-estar de todos (CF, art. 3º). E, entre os vários pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público (*res publica*) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Daí ser válido concluir que a probidade administrativa é da essência da democracia.

É bem por isso que o Ministério Público tem papel fundamental na busca do bom funcionamento das instituições e órgãos constituídos, nos exatos termos das atribuições constitucionais que lhe são conferidos, conforme o art. 127, da Constituição Federal.

Com efeito, sendo instituição permanente a quem é incumbida a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, cabe ao Ministério Público atuar no sentido de assegurar que o funcionamento da Administração Pública observará não só os princípios insculpidos na Carta Magna, mas também que dispensará os cuidados necessários à prevenção dos atos de corrupção que possam vir a ocorrer na atividade de seus agentes.

E é exatamente nesse contexto que fica melhor evidenciada a utilidade da sistemática de processos estruturais como instrumento adequado e eficiente para garantir a higidez da atuação dos órgãos e agentes estatais.

Não é segredo ou fato controverso que o funcionamento dos órgãos que compõem a Administração Pública não é estruturado a partir de um planejamento mínimo, realidade que é ainda mais marcante em pequenos municípios do interior. Ao contrário, por razões variadas, o que mais se observa é a desorganização generalizada dos órgãos de gestão municipal, desde as questões de planejamento orçamentário até a execução deste orçamento.

Não por outro motivo, são recorrentes as notícias de atraso nos pagamentos ou mesmo de inadimplência relacionados a despesas correntes dos entes municipais, tais como fornecimento de água e energia elétrica e a folha de pagamento dos servidores públicos vinculados aos mais variados órgãos.

Quanto à folha de pagamento dos servidores, especialmente de servidores municipais, são corriqueiras as demandas apresentadas aos órgãos de execução do Ministério Público que revelam o completo descontrole da Administração Municipal acerca da estrutura e até mesmo do quadro de recursos humanos a ela vinculados.

Nesse cenário de desorganização e ineficiência, não espanta que seja criado um ambiente propício à prática de atos de corrupção, já que a própria existência de um sistema de controle é desafiada pela realidade de ausência irrestrita de parâmetros e balizas para a análise de conformidade. É dizer, é possível um controle de presença, produtividade e eficiência de servidores públicos vinculados a determinados órgãos, quando não há nem mesmo segurança quanto à existência de vínculo, número e regime jurídico a que são submetidos tais servidores?

Mais ainda, é de se indagar quem seria o responsável por exercer tal controle se os municípios não têm o costume administrativo de instituir, equipar e estruturar órgãos de controle interno em suas esferas de gestão.

Essas questões revelam um estado de desconformidade de órgãos da administração pública, que praticamente relegam a condução da máquina a uma forma quase artesanal de gestão, gerando não só ineficiência administrativa, como também preparando um solo fértil para a fecundação da erva daninha da má gestão, da improbidade, do crime e, em sentido amplo, da corrupção.

Pois bem. Segundo Vitorelli (2020, p. 60), o processo estrutural tem como fases de desenvolvimento:

- 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesse sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio;
- 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordem judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável;

- 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
- 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura;
- 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e,
- 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.

Como se vê, a partir da categorização da situação de desorganização e ineficiência da gestão pública como situação de desconformidade e, conseqüentemente, problema estrutural, é perfeitamente possível concluir pela utilização do processo estrutural como instrumento potencialmente capaz de mudar a realidade da estrutura pública, reorganizando-a a fim de que ela atenda inteiramente à sua missão precípua, a obtenção do resultado social desejado.

O Ministério Público do Estado do Maranhão tem diversas iniciativas nesse sentido, embora não as identifique como demandas estruturais. É assim, por exemplo, que foram criados programas institucionais, com a finalidade de ensinar a criação, a instalação, o funcionamento e o aperfeiçoamento de equipamentos, rotinas de trabalho e até mesmo de órgãos voltados ao controle interno e social das políticas públicas, além de favorecer o exercício do controle externo pelos órgãos constitucionalmente encarregados dessa tarefa.

É através dessa espécie de atuação que o Ministério Público pode agir como verdadeiro indutor de institucionalidade, uma vez que provoca os órgãos da Administração Pública a empregar profissionalismo e eficiência no trato da coisa pública e, por meio dessa postura, ensina o estreitamento da via percorrida pela corrupção no âmago da máquina pública.

Em outras palavras, as propostas de atuação estrutural apresentadas pelo Ministério Público representam, de um lado, o fortalecimento da visão gerencial de Administração Pública, ao inaugurar ou reforçar um ambiente de formalidade e burocracia necessários ao bom desempenho e ao controle da gestão público, enquanto, de outro lado, criam empecilhos para a proliferação de comportamentos desviantes.

Alguns exemplos são pertinentes e esclarecedores do que se pretende afirmar e demonstrar.

Em 2017, o Ministério Público do Estado do Maranhão, em conjunto com representantes do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e do Ministério Público de Contas, lançou o Programa Institucional “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LEGAL”, que tinha como objeto a implantação do Sistema de Controle Interno na Administração Pública Municipal.

Observaram os órgãos de controle que a estruturação dos órgãos de controle interno com cargos em comissão, demissíveis *ad nutum* e sujeitos a interferências do Chefe do Executivo, representa afronta aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

Foram identificados, portanto, os contornos do litígio estrutural, pois restou evidenciado que a organização até então observada era profícua em ensejar gravames ao interesse público. De fato, a um só tempo se observa com facilidade a possibilidade de ingerência do detentor do poder de plantão em influenciar nas decisões de um órgão de controle e a conseqüente ineficiência do controle interno diante dessa realidade.

Na fase de elaboração do plano de enfrentamento e modificação da estrutura inadequada, o *Parquet* maranhense utilizou-se, inicialmente, de instrumentos negociais – tais como a recomendação ministerial e os termos de ajustamento de conduta – para ensejar a adoção de medidas pelos Chefes do Poder Executivo, em prazo previamente fixado, com a finalidade de extirpar a situação socialmente indesejada. Dentre as medidas propostas, destacam-se a implantação do sistema de controle interno baseada na adoção de instrumentos mínimos de controles administrativos, financeiros e patrimoniais, inclusive mediante edição de lei com esse fim, e a realização, caso necessário, de concurso público de provas ou provas e títulos, com a nomeação em seguida dos candidatos aprovados.

Considera-se, dessa forma, que foram observadas as fases de desenvolvimento do processo estrutural, assim como enumeradas em linhas anteriores, com a identificação do problema, a criação de um plano de trabalho para o enfrentamento da desconformidade, a utilização de meios negociais ou judiciais para a implementação das soluções e, posteriormente, o acompanhamento dos resultados e, caso necessário, a adoção de novas medidas consideradas adequadas a partir da reavaliação dos resultados alcançados.

Desnecessário afirmar que a implementação, a regularização ou o aperfeiçoamento de um órgão ou de um sistema de controle interno efetivamente atuante pode representar um salto de qualidade inestimável na condução de órgãos e políticas públicas. Basta considerar que a atuação eficiente de um órgão de controle interno tem o condão de obstar a realização de um procedimento licitatório fraudulento ou direcionado.

De fato, enquanto em uma situação corriqueira de desorganização e ineficiência, a identificação e a correção de uma eventual fraude em um procedimento licitatório dependeriam da atuação de um órgão de controle externo, o ente municipal,

estatal ou federal que disponha de um eficiente sistema de controle interno poderá impedir a concretização da contratação pública ainda em estágio embrionário, no mais das vezes até mesmo durante a fase interna da licitação.

Assim que se pode afirmar, sem incidir em repetição desnecessária, que a atuação ministerial baseada na dinâmica das demandas estruturais pode impedir a gênese do fenômeno da corrupção.

Não se sustenta aqui que a organização possa extirpar a ocorrência de atos de corrupção, porque tal afirmação seria expressão de inocência e do que, na língua inglesa, se denomina *wishful thinking*. A corrupção, como se assentou inicialmente, é um desvio de comportamento humano que se observa universalmente, mesmo nos sistemas mais avançados de prevenção, *accountability* e punição. O que se afirma, por outro lado, é que medidas como a promoção do controle interno evitam e desestimulam o corrupto, que tem maior percepção de risco ao vislumbrar a prática da conduta indesejável.

Trilhando caminho semelhante, muitos outros projetos foram criados e executados pelo Ministério Público do Maranhão no sentido de assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais relacionados à Administração Pública. Essas iniciativas foram agrupadas no “PROGRAMA TRANSFORMAR” (MARANHÃO, [2021]) que é apresentado da seguinte maneira:

O PROGRAMA TRANSFORMAR foi criado diante da necessidade de atuação permanente do Ministério Público na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais indisponíveis, através do fomento de ações que conduzam as Administrações Públicas Estadual e Municipais à observância, dentre outros, dos princípios da legalidade, da transparência, da moralidade, do planejamento, da eficiência, da economicidade, dentre outros, abrangendo vários projetos e iniciativas estratégicas. O citado programa é desenvolvido a partir de 5 (cinco) projetos a seguir descritos:

1 – *DIÁRIOS ELETRÔNICOS NOS MUNICÍPIOS*

O projeto “*DIÁRIOS ELETRÔNICOS NOS MUNICÍPIOS*” foi lançado oficialmente, em 07.06.2021, a partir da NTC-CAOP-PROAD 2021, momento em que passou a integrar o plano tático operacional do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa – CAOP-ProAd. Registre-se que o CAOP-ProAd, em momento anterior já havia se pronunciado sobre o tema, por meio da NTC-CAOP-PROAD 7/2018.

2 – IMPLEMENTAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO

O projeto “*IMPLEMENTAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO*” que foi lançado oficialmente, em 17.09.2020, a partir da NTC-GPGJ 5/2020 e da Orientação Técnica no 01/2020, da Rede de Controle de Gestão Pública no Maranhão, momento em que passou a integrar o plano tático operacional do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa – CAOp-ProAd. O projeto visa garantir que o maior número de Municípios e Órgãos Estaduais, no Executivo e Legislativo, adotem obrigatoriamente o PREGÃO ELETRÔNICO, na aquisição de bens e contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia.

3 – INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS

O projeto “*INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS*” é uma das iniciativas que integram o Programa TRANSFORMAR e nasceu no ciclo de Planejamento Estratégico do MPMA 2016-2021, incluído como uma macroação no plano tático operacional do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa – CAOP-ProAd, com objetivo de contribuir na criação e implantação de ferramentas de apoio para a atuação finalística dos membros do MPMA, no combate à corrupção e à improbidade administrativa.

4 – ESTRUTURAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE INTERNO

Como desdobramento do programa Transformar, o Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa – CAOp-ProAd criou o projeto “*ESTRUTURAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE INTERNO*”, que nasceu no bojo do Planejamento Estratégico do MPMA 2016-2021, incluído como uma macroação no plano tático operacional do setor, com o objetivo de contribuir na criação e implantação de ferramentas de apoio para a atuação finalística dos membros do MPMA, no combate à corrupção e à improbidade administrativa.

5 – ÉTICA E INTEGRIDADE EMPRESARIAL NA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

O projeto *ÉTICA E INTEGRIDADE EMPRESARIAL NA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO* é um conjunto de ações com o objetivo de incentivar as empresas a implantar e/ou aperfeiçoar Programas de Integridade (Compliance), visando a prevenção da corrupção e a valorização de condutas éticas nas relações com o poder público, com o setor privado e até como os clientes em geral, permitindo a construção de um ambiente empresarial saudável, valorizando a livre concorrência, incentivando uma competição corporativa mais justa e a minimização dos riscos das empresas de sofrerem sanções pelo poder público por não cumprimento de leis, normas e contratos.

Mais uma vez, fica evidenciado que a atuação estrutural do Ministério Público é meio adequado para o enfrentamento eficiente e planejado do fenômeno da corrupção.

Sem prejuízo, forçoso reconhecer que essa atuação nem sempre será capaz de atingir os resultados almejados na fase do planejamento, já que não se pode olvidar que os problemas estruturais não nascem ou são criados em um instante, da noite para o dia. A própria qualificação deles como problemas estruturantes revela a gravidade da situação de desconformidade, provavelmente alimentada ou impulsionada por uma cultura arraigada na sociedade em que se apresenta.

É assim, por exemplo, que se apresenta grande parte das demandas estruturais relacionadas ao quadro de servidores dos municípios do interior de um Estado como o Maranhão. Com efeito, a forma como se organiza a sociedade local normaliza e até mesmo nutre a expectativa de que os gestores promoverão a manutenção do *status quo* de favorecimento da parcela da população que se filia a determinada corrente política em detrimento dos opositores.

Ao enfrentar demandas desse tipo, é comum que o membro do Ministério Público se encontre diante da já mencionada situação de total descontrole por parte dos órgãos de gestão, o que não ocorre por acaso. Enquanto os mecanismos de controle dificultam e limitam a margem de manobra de um gestor corrupto, o descontrole, a informalidade e a falta de institucionalidade, por outro lado, fomentam as práticas de afronta aos princípios republicanos da Administração.

Nesse contexto, há quem perceba a defesa do processo estrutural como ino-cência de acreditar que o Poder Judiciário, provocado por quem de direito, seja capaz de dar solução a um problema que já se apresenta consolidado e arraigado na comunidade, enquanto outras instâncias de poder não obtiveram sucesso nessa tentativa.

Aliás, na seara do direito privado, em que se fundamenta toda a teoria do processo estrutural, a atividade do juiz, ao decidir e fazer cumprir uma decisão judicial estrutural, pode facilmente se confundir com o mérito de conveniência e oportunidade de um administrador público, eleito democraticamente para exercer esse papel. É dizer, ao decidir sobre vagas em creches ou mesmo pela construção de uma creche, pode o órgão do poder judiciário extravasar uma linha tênue que separa a legítima possibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas e a violação da harmonia entre os poderes.

No entanto, cabe destacar que, mesmo na seara das políticas públicas, é assente no Supremo Tribunal Federal o entendimento que, em casos de grave violação a direitos constitucionalmente assegurados, é possível a intervenção do Poder Judiciário, inclusive com a possibilidade de condenar o Estado na obrigação de fazer de corrigir a situação de desconformidade⁵.

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que “o controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a ‘inescusável omissão estatal’ na sua efetivação atinja direitos essenciais inclusos no conceito de mínimo existencial”⁶.

Em sentido análogo, situando o debate no âmbito do Direito Anticorrupção, conclui-se que esse obstáculo não se observa, já que o que se discute em grande parte é a aplicação de normas de direito sancionador ou de direito constitucional e administrativo, no que diz respeito à organização do Estado, esses inafastáveis e inegociáveis segundo a vontade das partes envolvidas no problema estrutural.

5 MENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO QUE FRUSTA DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.10.2007. Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal a quo manteve a sentença que condenou o Estado a designar um defensor público para prestar serviços de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão consoante os arts. 5º, LXXIV, 127, caput, 129, III e IX e 134 da Constituição Federal. No caso de descumprimento da obrigação, fixou multa diária. O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 739151 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-112 DIVULG 10-06-2014 PUBLIC 11-06-2014)

6 STJ, REsp 1.527.283/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/09/2016.

De fato, tomando como exemplo as ações institucionais do Ministério Público do Estado do Maranhão, é possível observar que não se trata, na ampla maioria dos projetos, de invasão do juízo de conveniência e oportunidade dos gestores públicos, mas sim da concretização de parâmetros mínimos de governança, eficiência e probidade na gestão da coisa pública.

Não se poderá afirmar, por exemplo, que uma recomendação no sentido de implantação de diários oficiais dos municípios ou a utilização da modalidade pregão eletrônico represente uma quebra do equilíbrio e da harmonia entre os poderes, já que se constituem em obrigações mínimas da administração pública no sentido de conferir confiabilidade, transparência, publicidade e impessoalidade a seus atos.

Por essas razões, é que entende este trabalho que a intervenção judicial – caso não sejam suficientes os instrumentos negociais – em demandas estruturais no âmbito do Direito Anticorrupção, para além de medida adequada e eficaz, reveste-se também de legitimidade democrática, já que o Poder Judiciário se apresenta como a última trincheira para quem busca a efetivação de direitos fundamentais, assim como é o direito a uma administração proba.

Nessa linha, ensina Zavascki (2009, p. 93):

O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, tem, nesse sentido, natureza transindividual: decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente, seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido.

Buscou-se demonstrar, por meio deste estudo que, embora pensado e estudado com foco nas demandas cíveis, o processo estrutural pode ser amplamente utilizado no combate à corrupção, notadamente pelo órgão vocacionado a esse papel, o Ministério Público.

Não se trata, como visto, de tarefa simples e de resultados garantidos, uma vez que a própria definição de demandas estruturais traz consigo a complexidade inerente aos problemas que serão enfrentados. Sem prejuízo, assim como se espera na sua aplicação no direito privado, o sistema das demandas estruturais pode, conforme demonstrado, agir preventivamente na tentativa de evitação mesmo do surgimento dos atos de corrupção.

É possível, nesse ponto, traçar um paralelo entre a utilização tradicional do instituto das demandas estruturais e aquela sobre a qual se dedicou esse estudo: da mesma forma que uma ação estrutural de despoluição de um rio pode atingir resultados mais abrangentes e efetivos do que a propositura de múltiplas demandas contra cada um dos poluidores identificados, assim também a ação estrutural de aperfeiçoa-

mento e institucionalização de uma procuradoria municipal poderá ensejar o trâmite regular de incontáveis procedimentos licitatórios, protegendo o erário e garantindo a boa aplicação das verbas públicas.

Em sentido análogo, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que:

Nos processos estruturais, a pretensão deve ser considerada como de alteração do estado de coisas ensejador da violação dos direitos, em vez de se buscar solucionar pontualmente as infringências legais, cuja judicialização reiterada pode resultar em intervenção até mais grave na discricionariedade administrativa que se pretenderia evitar ao prestigiar as ações individuais (BRASIL, 2019).

Em conclusão, embora seja uma tarefa tão difícil quanto complexos são os problemas estruturais a enfrentar, o que se almeja é a transformação do meio social em que são implantadas as soluções estruturais, sendo possível até sustentar que os resultados têm mais aptidão para perdurar do que aqueles obtidos pela repressão posterior dos atos de corrupção. De fato, com a mudança do ambiente, da cultura, da percepção de institucionalidade, é mais provável que o remédio aplicado tenha efeito duradouro.

É, portanto, possível sustentar que os ritos e procedimentos associados ao processo estrutural podem ser aplicados no âmbito do direito anticorrupção e, não apenas isso, têm aptidão para promover a prevenção de tais atos indignos ainda no nascedouro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Mérito, 2020.

ANTI-CORRUPTION RESOURCE CENTRE. *Glossary*. Berge, Noruega: U4, [2022]. Disponível em: <https://www.u4.no/terms>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1991.

BRASIL. *Lei n° 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.527.283/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/09/2016. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.733.412/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, DJe de 20/09/2019. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 739151 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, Acórdão Eletrônico DJe-112 Divulg 10-06-2014 Public 11-06-2014. Brasília, DF: STF, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378 MC, Relator(a): Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, Processo Eletrônico DJe-043 Divulg 07-03-2016 Public 08-03-2016. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 ago. 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturais. *Civil Procedure Review*, Salvador, v. 8, n.1, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

MARANHÃO. Ministério Público. *Programa Transformar*. São Luís, [2021]. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/areas-de-atuacao/probidade-administrativa/?post=1254#result>. Acesso em: 3 ago. 2022.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 289, p. 423-448, 2019.

ONU. Escritório contra Drogas e Crime da Organização das Nações Unidas. *UNODC e Corrupção*. Brasília, DF: UNODOC, [2022]. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html#:~:text=O%20conceito%20de%20corrup%%20%C3%A9,parte%20de%20um%20funcion%C3%A1rio%20p%C3%BAblico>. Acesso em: 21 mar. 2022.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e Prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.



Aula inaugural, com o Prof. Nicolás Rodríguez García, da Universidad de Salamanca, e o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Curso de Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção (2021-2022), da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão.



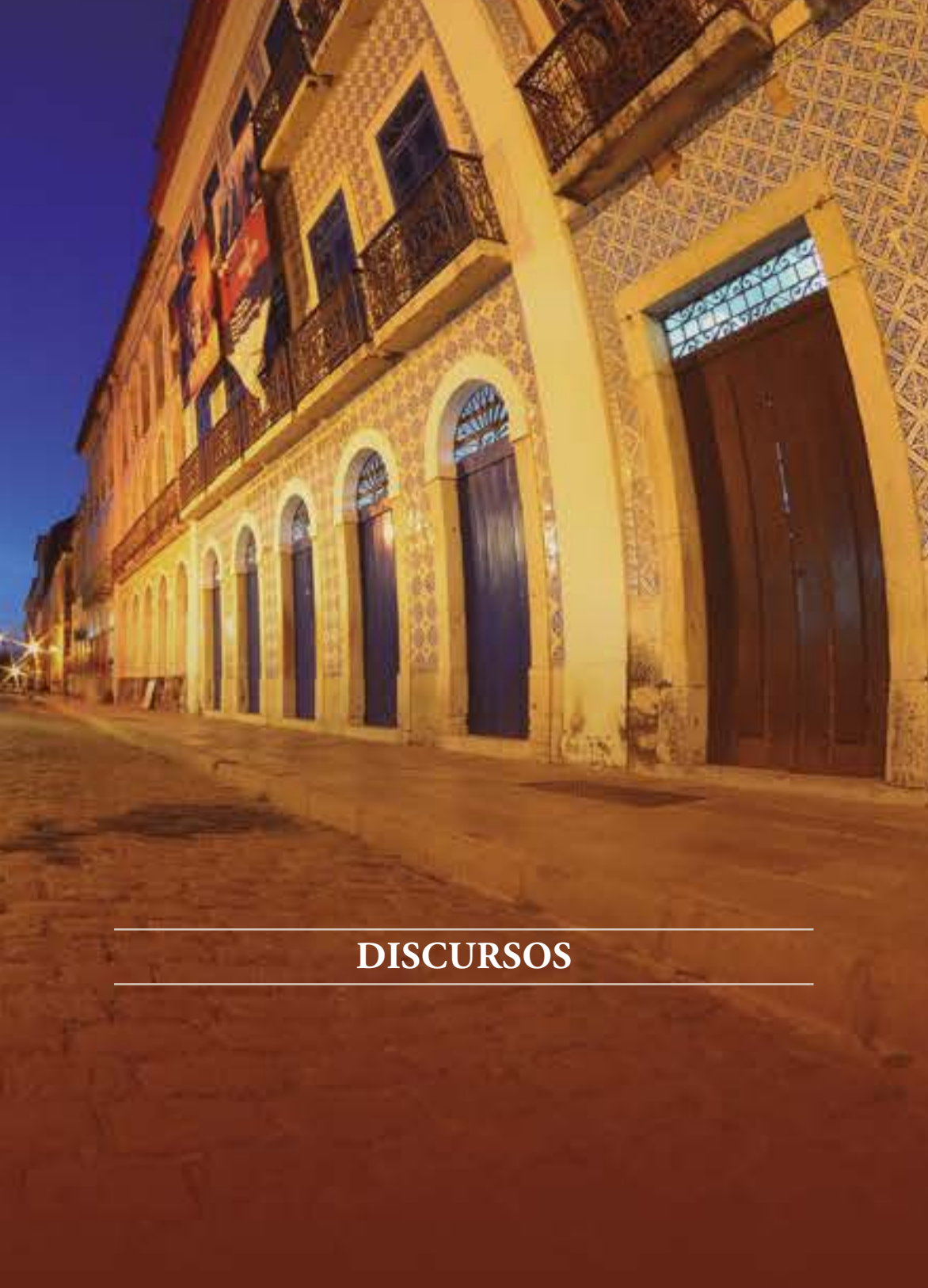
Alunos da turma do Curso de Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção (2021-2022), com a direção da ESMP/MA, Procuradores de Justiça e o Prof. Roberson Henrique Pozzobon, Procurador da República



Aula com o Prof. Roberson Henrique Pozzobon, do Curso de Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção (2021-2022), da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal do Maranhão.



Defesa de TCC, do Curso de Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção (2021-2022).



DISCURSOS

DISCURSO NA CERIMÔNIA DE ABERTURA DO 11º CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

Senhoras e Senhores,

Como todos sabem, as liberdades democráticas são os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, instituído pela Constituição de 1988, ou seja: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e as liberdades de organização, de pensamento e de expressão, significando, por isso, uma inafastável conquista da sociedade brasileira.

Com o tema “O Ministério Público na Promoção das Liberdades Democráticas”, esse grande Conclave, objetivando refletir sobre a questão, na busca de soluções para evitar retrocessos nesse campo, traz à discussão a liberdade de expressão, a ordem econômica em tempos de pandemia, o direito à informação, o combate à corrupção e a nova Lei de Improbidade Administrativa.

Trata-se de um evento de suma importância, visto que, como as instituições em geral e o Ministério Público em particular vêm sentindo na própria pele, têm sido notórios e frequentes os ataques ao Estado Democrático de Direito, gravíssimo problema, que exige dos protagonistas da democracia brasileira firme posicionamento e atuação contundente, porque “não devemos retroceder na conquista das liberdades democráticas”, como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello, em 2019, ao receber o Prêmio ANJ de Liberdade de Imprensa.

Para debater essa relevante temática, convidamos renomados conferencistas: O Desembargador Federal Ney de Barros Bello Filho, o Ministro Ayres Britto, que participará de forma virtual, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral Paulo Gonet Branco, o Subprocurador-Geral da República Luiz Augusto Santos Lima, os Procuradores da República Antônio Edílio Teixeira e Vladimir Aras, e a Professora Maria Esther Martinez Quinteiro, catedrática da Universidade de Salamanca, na Espanha, e visitante da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. E para proferir a conferência de encerramento do Congresso, o nosso governador, Dr. Flávio Dino de Castro e Costa, ex-juiz federal.

Neste momento, agradeço ao Governador do Rio Grande do Sul, Dr. Eduardo Leite, e ao Arcebispo de São Luís, Dom Pastana, a gentileza de sua participação neste Congresso.

Em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, parablenizo todos aqueles que lutam cotidianamente pela efetividade dos direitos instituídos pela nossa Carta Magna, com o objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem distinção de qualquer espécie.

Anuncio que, durante o Congresso, teremos o lançamento da *Revista Lumiar* e a mostra em homenagem a Dila.

Assim, sintam-se todos bem-vindos, acolhidos e à vontade para participar ativamente deste grande evento!

Muito obrigado!

09/12/2021

DISCURSO NA CERIMÔNIA DE ABERTURA DO 11º CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

Saudações,
Senhoras e Senhores,

Com felicidade, iniciamos o décimo primeiro Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Maranhão, com a temática: “O Ministério Público na Promoção das Liberdades Democráticas”.

A escolha desta temática nos veio como um arrebatamento, a inadiável necessidade de concretização de direitos fundamentais em um efetivo Estado Democrático de Direito, sobretudo frente ao cenário de vulnerabilidades que nos rodeia.

“Dizer que a democracia é direito da quarta geração (...) não basta (...) faz-se mister ir além. Urge, assim, tornar explícitos os meios técnicos de realização e sustentação desse direito principal nos países de periferia, onde as três gerações ou dimensões de direitos fundamentais não lograram ainda concretizar-se” – assim nos alertou Paulo Bonavides em sua *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* sobre a grande tragédia jurídica dos povos de Terceiro Mundo: têm a teoria, mas não têm a práxis.

Queremos, nesta oportunidade, seguir dando passos que nos aproximem de um Ministério Público cada vez mais concretizador das liberdades democráticas.

Sendo um dos pilares da Revolução Francesa e um dos nortes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como valor ou ideal, a Liberdade deve ser constantemente buscada e defendida, e, uma vez conquistada no mundo, especialmente nos países onde vigora o regime democrático, deve ser assegurada por meio das leis e das instituições legitimamente destinadas ao bom funcionamento do organismo republicano.

Ao falar em liberdade, não nos referimos apenas àquela própria dos Estados Liberais, pautadas no individualismo, no patrimônio e esvaziadas de conexões com os direitos sociais, do contrário, não há como nos referir à liberdade, senão entre aqueles a quem igualmente se promovem as garantias constitucionalmente assegura-

das. O trabalho que aqui se propõe é ainda mais árduo: promover liberdades a todos os grupos que integram a nossa sociedade, sejam estes majoritários ou minoritários.

Não por outro motivo nos valem da arte de Pablo Picasso para ilustrar os anseios deste encontro que por ora promovemos: a obra Guernica – que ilustra todo nosso plano de mídia – pintada a óleo em 1937, foi um manifesto contra a Guerra Civil Espanhola e a favor da liberdade humana. É um instrumento de resistência, nas palavras do artista: *“No, la pintura no está hecha para decolar las habitaciones. Es un instrumento de guerra ofensivo y defensivo contra el enemigo”*.

Mesmo ali, entre as dores retratadas em forma de mães que tiveram que carregar seus filhos mortos no colo, há uma chama, uma luz, há esperança.

Eis o convite que deixamos a todos que aqui se encontram reunidos, que possamos, juntos, seguir reacendendo essa chama em meio ao caos, que, enquanto Ministério Público, sigamos zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados aos cidadãos e aos grupos que integram a nossa sociedade, fazendo cumprir o papel de guardião das liberdades individuais e coletivas, respeitando-se todos os limites que a própria legislação determina e o contrato social recomenda.

Em nome da Escola Superior do Ministério Público, agradecemos, de logo, a contribuição de todos aqueles que, gentilmente, embarcaram nesse desafio reflexivo, abrilhantado por cada saudação, palestra e participação que se darão nesses dois dias.

Deixo, por fim, a prece de Fernando Pessoa:

*Senhor, a noite veio e a alma é vil.
Tanta foi a tormenta e a vontade!
Restam-nos hoje, no silêncio hostil,
O mar universal e a saudade
Mas a chama, que a vida em nós criou,
Se ainda há vida ainda não é finda.
O frio morto em cinzas a ocultou:
A mão do vento pode erguê-la ainda (...)*

09/12/2021

DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA ABERTURA DA EXPOSIÇÃO ILHADOS

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

A Exposição Ilhados, idealizada pelo coletivo “Os Dalí”, diante dos depoimentos sobre as dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência na cidade de São Luís – Maranhão, leva-nos certamente a uma pergunta: quantas ilhas (sociais) existem dentro da ilha do Upaon-Açu?

É pulsante a força que a arte tem de escancarar as fragilidades do nosso Sistema de Justiça, tornando visível a ausência de políticas públicas que alcancem as pessoas com deficiência e tornem possível o exercício de direitos básicos, como o próprio ir e vir.

Congratulo e agradeço aos artistas Edi Bruzaca, Palloma de Castro e Hugo Alves, por tirarem da invisibilidade o cotidiano de parte da população ludovicense.

Encerro minha fala com as palavras da poeta Kuli Kohli, mulher com deficiência, nascida em uma vila em Uttar Pradesh, o estado indiano do Taj Mahal, que fundou o Grupo de Escritoras de Mulheres Punjabi em Wolverhampton:

*(...) Eu tenho que seguir um caminho; por favor não o obstrua,
Ele pertence a mim.*

*Eu tenho uma vida incrível; por favor me deixe vivê-la,
Ela pertence a mim.*

*Eu tenho uma escolha; por favor não escolha por mim,
Ela pertence a mim.*

*Eu tenho liberdade; por favor não me prenda,
Ela pertence a mim (...)*

(Trecho do poema Mine da poeta Kuli Kohli)

07/03/2022

DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DO WEBINÁRIO “VIOLÊNCIA DE GÊNERO E MULHER COM DEFICIÊNCIA: ASPECTOS DA SITUAÇÃO DE INVISIBILIDADE E DUPLA VULNERABILIDADE”

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

Bom dia a todas e todos,

Cumprimento-os na pessoa do Procurador-Geral de Justiça do MPMA, Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, do Desembargador Cleones Carvalho Cunha, da Promotora de Justiça e Coordenadora do CAOP de Enfrentamento à Violência de Gênero, Dra. Sandra Fagundes Garcia, do também Promotor de Justiça e Coordenador do CAOP de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência, Dr. Alenilton Santos da Silva Júnior, da Conselheira Municipal dos Direitos da Pessoa com Deficiência de São Luís, e Coordenadora Geral da Frente Nacional de Mulheres com Deficiência, Priscilla Nogueira Araújo Selares, da Coordenadora Geral do Coletivo de Mulheres com Deficiência do Maranhão, Deline Cutrim de Lima, da conselheira do Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Rio de Janeiro, Izabel Maior, e da Presidente do Conselho Municipal dos Direitos das Pessoas com Deficiência de São Luís e Coordenadora Estadual do Serviço Travessia, Isabelle Passinho.

A ESMP/MA, em parceria com os Centros de Apoio Operacional de Enfrentamento à Violência de Gênero e de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência, realiza hoje o webinar “Violência de gênero e mulher com deficiência: Aspectos da situação de invisibilidade e dupla vulnerabilidade”.

“A que nos referimos quando falamos sobre violência contra mulheres com deficiência? De que forma ela é diferente da violência contra mulheres em geral? De que forma ela é igual? De que forma ela é diferente da violência contra pessoas com deficiência em geral? Como podemos proteger os direitos das mulheres com deficiência para se livrarem da violência?”. É assim que o relatório da Rede Internacional de Mulheres com Deficiência, publicado em 2011, inicia a reflexão sobre o binômio invisibilidade e a dupla vulnerabilidade”.

Falar de violência de gênero e mulher com deficiência ressalta que é preciso analisar a temática de forma profunda e ampla, visto tratar-se também da observação dos canais de denúncia, difusão das informações, da rede de acolhimento e das políticas públicas a serem implementadas.

Os caminhos possíveis para esse enfrentamento devem possuir as estatísticas como alicerce, uma vez que as taxas de violência contra mulheres com deficiência são mais de duas vezes superiores às de homens do mesmo grupo, segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no ano de 2021.

O que se pretende é despertar um olhar sistêmico e que abarque as mulheres em todas as suas esferas de garantias, levando em consideração o modelo social de deficiência.

Na oportunidade, agradeço antecipadamente a todos(as) os(as) convidados(as) que vão compartilhar conosco suas experiências e desejo-lhes um excelente evento.

07/03/2022

DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA PALESTRA “ANCESTRALIDADES, DIREITO E MULHERES NEGRAS”

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

Boa tarde a todas e todos,

Cumprimento-os na pessoa do Procurador-Geral de Justiça do MPMA, Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, do Promotor de Justiça e Diretor das Promotorias de Imperatriz, Dr. Sandro Pofahl Bísvaro, da Promotora de Justiça e Coordenadora do CAOP de Enfrentamento à Violência de Gênero, Dra. Sandra Fagundes Garcia, da Promotora de Justiça da 4ª Promotoria Criminal de Imperatriz e Coordenadora do Núcleo de Promoção da Diversidade – NUDIV, Dra. Samira Mercês dos Santos, da Promotora de Justiça da 8ª Promotoria Especializada em Defesa da Mulher e Violência Doméstica de Imperatriz, Dra. Alline Matos Pires Ferreira, da Promotora de Justiça da 1ª Promotoria dos Direitos Humanos do Ministério Público da Bahia e Coordenadora do Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação da Mulher e População LGBT – MPBA, Dra. Livia Maria Santana e Sant’Anna.

A ESMP/MA, em parceria com o Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil (CEMP), com a Escola Nacional do Ministério Público (ENAMP), com Centro de Apoio Operacional de Enfrentamento à Violência de Gênero, com o Núcleo de Promoção da Diversidade (NUDIV) e com a 8ª Promotoria de Justiça Especializada em Defesa da Mulher e Violência Doméstica de Imperatriz, realiza hoje a Palestra “Ancestralidades, Direito e Mulheres Negras”.

Considerando que o racismo e o sexismo são fatores sociais que impedem ou dificultam o acesso aos direitos humanos, é fundamental compreender os mecanismos de hierarquização racial e de gênero que estão empreendidos na construção do campo teórico dos Direitos Humanos.

Falar de ancestralidades é pensar em Tereza de Benguela, a rainha quilombola que chefiou por décadas a resistência do Quilombo de Quariterê, organizando política e administrativamente. É exaltar outro nome da história nacional, heroína da independência, Maria Felipa de Oliveira, mulher marisqueira, negra e pobre que liderou cerca de 40 (quarenta) mulheres na batalha em prol da independência da Bahia ao derrotar uma frota de Portugueses.

Analisar as condições históricas, culturais, sociais, econômicas, políticas e jurídicas que motivam a invisibilidade das mulheres negras nas narrativas dos direitos humanos no contexto nacional, é básico para estabelecer um arco crítico que seja capaz de reconhecer que essas ausências são prejudiciais para o alcance de uma teoria de direitos humanos mais próxima da realidade.

O encontro de hoje simboliza um diálogo entre passado, presente e futuro de modo que o Direito não mais alimente o *status quo* de tantas desigualdades, mas, sim, possa concorrer para uma luta de reconhecimento e efetividade de garantias das mulheres negras.

Na oportunidade, agradeço antecipadamente a todas (os) e desejo-lhes um excelente evento.

14/03/2022

DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA ABERTURA DA EXPOSIÇÃO “*PARALELAS CONVERGENTES - LAÇOS DE SANGUE*”

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

A Exposição “*PARALELAS CONVERGENTES - Laços de Sangue*”, do artista ucraniano *Evgeny Solomonovich*, nos desperta um olhar às proximidades dos cotidianos.

Aventurando-me no caminho da geometria, rememoro a possibilidade de duas retas paralelas se cruzarem no infinito; há convergência entre elas? Longe de adentrar em teorias da matemática, recorro apenas a uma ilustração simples: imaginem-se viajando em uma longa estrada, quando olhamos para o horizonte, não parece haver um ponto de convergência?

Apego-me então neste ponto comum.

Entre amores, mesas postas, natureza e humanidades, o artista passeia pelo comum: é possível nos conectarmos com esses cenários.

Não me parece haver momento mais oportuno para ressaltar o comum, sobretudo quando esse resgate vem por meio da arte de um artista nascido na cidade de Kiev (Ucrânia), que viveu em Moscou (Rússia), e em seguida estabeleceu-se aqui, no Brasil.

Não há força mais resistente à guerra do que a arte.

Que esta exposição possa, enfim, nos levar a identificar familiaridades nas diferenças. Conectando-se ao que temos de mais íntimo, aos nossos laços.

Concluo, assim, esta breve abertura, parabenizando o artista por sua sensibilidade, e, valendo-me de suas próprias palavras, deixo aqui uma prece pela humanidade:

Eu não sei viver sem a fé,

Eu não consigo sem amor.

Para alma – natureza da dúvida é oposta,

Eu amo amor

11/04/2022

DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA 5ª EDIÇÃO DOS DIÁLOGOS PLURAIS COM TEMA TRANSFOBIA

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

Bom dia a todas, todos e todes,

Cumprimento a todos os presentes, saudando-os na pessoa do Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, bem como do Curador do Centro Cultural do MPMA, Francisco Colombo, da Psicóloga e Presidente do Instituto Raissa Mendonça e diretora da Casa FloreSer Maranhão, Raissa Mendonça, da Presidente da Associação Maranhense de Travestis e Transsexuais, Andressa Sheron Santana, e do artista Miguel Veiga.

A Escola Superior do Ministério Público do Maranhão realiza, hoje, 17 de maio, Dia Internacional da Luta Contra a LGBTQI+fobia, a 5ª Edição dos Diálogos Plurais, com o tema Transfobia.

Dia de luta, pois, seguimos sendo o país que mais mata pessoas trans e travestis em todo o mundo. Conforme o relatório de 2021 da Transgender Europe (TGEU), que monitora dados globalmente levantados por instituições trans e LGBTQIA+, 70% de todos os assassinatos registrados que aconteceram na América do Sul e Central, sendo 33% no Brasil, seguido pelo México, com 65 mortes, e pelos Estados Unidos, com 53.

Mesmo com a criminalização da LGBTIfobia, por meio da decisão tomada pelo STF no dia 13 de junho de 2019, o descaso com a violência LGBTIfóbica no Brasil persiste. O estudo LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização, publicado em 2021, pela All Out e pelo Instituto Matizes, aponta que: “tamanho inação para combater a LGBTIfobia também se manifesta na ausência histórica de dados oficiais sobre esta população no país, tarefa empenhada especialmente por movimentos sociais e organizações parceiras”.

Valendo-se das palavras de Virgínia Guitzel, travesti e poeta, retrato a angústia de acreditar ser o que realmente se quer ser:

Inconfortável

Inocência

Desprotege

Não vê, não percebe

*Descobre-se estranho
Pelo outro
E dói
Ver em outros olhos
Sua caricatura
Quem entenderia
Tamanha loucura
Acreditar ser
O que realmente se quer ser
Não lhe o que está (im)posto
Pois, se desperta desgosto
Melhor
Pois sigo do lado oposto*

O dicionário nos ensina que “importar” significa trazer em si. Que assim seja então, precisamos “trazer em nós” a luta contra a violência LGBTIfóbica, precisamos carregar essas dores e angústias, essa estranheza e desconforto. Precisamos nos importar.

Desejo a todos um excelente evento.

Devolvo a palavra ao cerimonial.

17/05/2022

DISCURSO PROFERIDO POR OCASIÃO DA CONFERÊNCIA INTERMUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

Karla Adriana Holanda Farias Vieira

Boa tarde a todas e todos,

Cumprimento-os na pessoa da Profa. Antonia Benedita Pereira Costa, presidente do Fórum Estadual de Educação, dos Representantes da URE/Imperatriz, Orleane Evangelista de Santana (Gestora Regional de Educação); Representante da URE/Açailândia: Genilson Rodrigues dos Santos (Gestor Regional de Educação de Açailândia), Marcony Wellithon Oliveira Pinheiro, Presidente da Undime, Emerson de Araújo Silva, Coordenador Estadual da UNCME/MA, estendendo meus cumprimentos a todos os delegados, representantes de movimentos sociais, profissionais da educação, pais, professores e estudantes aqui presentes.

Muito honrosamente, represento hoje o Ministério Público do Estado do Maranhão, na condição de Diretora da ESMP/MA, e tenho a missão de dar-lhes as boas vindas e contribuir com esse espaço de debates em prol da construção da Política Nacional de Educação.

Pensar em uma Política Nacional de Educação requer pensar em “gente”. Nas palavras do patrono da Educação brasileira, Paulo Freire: “*Me movo como educador, porque, primeiro, me movo como gente*”.

Quando a nossa Constituição Federal enuncia que a educação é direito de todos (art. 205). De quais “gentes” estamos falando?

Em novembro de 2020, mais de 5 milhões de meninas e meninos de 6 a 17 anos não tinham acesso à educação no Brasil (UNICEF - Cenário da Exclusão Escolar no Brasil - 2021).

Crianças e adolescentes pretas(os), pardas(os) e indígenas são as(os) mais atingidas(os) pela exclusão escolar. Juntas(os), elas(es) somam mais de 70% entre aquelas(es) que estão fora da escola (UNICEF - Cenário da Exclusão Escolar no Brasil - 2021).

O estudo da UNESCO – Quando as Escolas se Fecham (2021) – denunciou que meninas e mulheres foram as mais afetadas pelo fechamento das escolas por causa da pandemia de Covid-19: viram-se os índices de trabalho doméstico infantil aumentar e a exclusão digital baseada em gênero restringir de forma significativa a capacidade das meninas de aprenderem on-line.

Afinal, para quem estamos pensando uma Política Nacional de Educação? Essas “gentes” não podem escapar ao debate que aqui se continua.

Enquanto Escola Superior do Ministério Público, temos desenvolvido iniciativas pautadas no tripé ensino-pesquisa-extensão, destacando-se a produção de Pílulas do Conhecimento com tema “Novo Ensino Médio e as Conferências de Educação”, disponibilizado em nosso Canal do YouTube.

Bem como a realização dos webinários “Educação do Futuro”, com participação dos professores Danilo Romeu Streck e Cristovam Buarque; e “Plano Municipal de Educação: o que devemos fazer até 2024 e os desafios e perspectivas para a terceira década”, com os professores Raimundo Palhano e Daniel Cara, além de inúmeras outras capacitações que seguem disponíveis em nosso ambiente virtual.

Convido-os assim a conhecerem nossos espaços, e coloco a Escola Superior do Ministério Público do Maranhão à disposição de Vossas Senhorias, para fortalecimento da educação maranhense.

Desejo uma excelente conferência. Devolvo a palavra ao coordenador da mesa.

06/06/2022



ENTREVISTAS

ENTREVISTA COM A PROF.^a DR.^a LUCYLEA GONÇALVES FRANÇA (UFMA) MEDIADA PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA DR. ALESSANDRO BRANDÃO MARQUES (MPMA)

Alessandro – O Ministério Público do Maranhão, por meio de sua Escola Superior, e a Universidade Federal do Maranhão firmaram, em agosto de 2021, convênio para a oferta do curso de pós-graduação *lato sensu* em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção para membros, servidores e assessores do MPMA. Como coordenadora do curso, de que forma a senhora avalia a importância para as Instituições de uma parceria como essa, que fazem a Universidade e o Ministério Público?

Prof.^a Lucylea – *O processo de internacionalização das atividades acadêmicas, a modo de ensino, pesquisa e extensão, tem representado um instrumento importante para a expansão de conhecimentos e novas experiências para as atividades universitárias no Brasil. Essa prática é comum em muitos países, mas pouco difundida no Brasil. E, acompanhando assim uma tendência mundial histórica, a UFMA, através do curso de Direito, tem proporcionado canais de comunicação importantes entre Universidades estrangeiras, com a realização de convênios de cooperação internacional; se está naturalizando uma prática já em plena expansão em outros países da América Latina. As Universidades públicas brasileiras têm buscado essa interlocução através de convênios internacionais com o objetivo essencial de permitir o compartilhamento de conhecimento através de pesquisas capazes de dar acesso ao aprimoramento docente e a capacitação discente em diversas áreas do conhecimento e em todos os níveis, desde pesquisas curtas, especializações, mestrados e doutorados, além de instâncias mais curtas de pesquisas ou participação em eventos internacionais. Nesse processo de globalização e, na sociedade de conhecimento em que vivemos, o avanço tecnológico tem permitido aproximação de instituições, inclusive com atividades on-line, abrindo passo, assim, para estudos em perspectiva comparada, ampliando as técnicas de pesquisa no âmbito de todas as áreas do Direito. A Universidad de Salamanca, da Espanha, fundada em 1218, possui uma grande tradição na formação e ensino jurídico. O mestrado em “Estrategias anticorrupción y políticas de integridad” nos garante uma notável oportunidade de difusão e ampliação de conhecimentos aos profissionais que atuam no Ministério Público do Estado do Maranhão, que desejem obter formação na matéria, no âmbito de temas tão urgentes, e transcendentales, tais como o controle da legalidade, transparência, crimes contra a Administração Pública, Corrupção, etc.*

Alessandro – A senhora ministrou aula no curso, na disciplina metodologia da pesquisa científica, e muito bem colocou naquela oportunidade que o estudo acadêmico é importante não somente para quem é professor. Qual a importância do desenvolvimento de habilidades em pesquisa científica para o exercício das atividades profissionais do operador do Direito?

Prof.^a Lucylea – Todas as áreas do Direito são densas e complexas, merecendo do profissional do direito, independentemente de sua atuação profissional, formação adequada e necessidade de ampliação de conhecimento. Somente a capacitação, com a atualização e o conhecimento de novas estratégias, e teorias, seremos capazes de agregar novas perspectivas a essas atuações profissionais. O aprimoramento e a expansão de conhecimentos materializam um conjunto de ferramentas que melhoram a atuação de cada profissional, que passa a atuar com mais segurança, de maneira prática melhor qualifica o cotidiano desses profissionais. Em geral, se atribui a importância da pós graduação em direito aos profissionais que atuam na docência. O que é um equívoco e um preconceito. O equívoco ocorre porque a busca pelo conhecimento é ilimitado e a qualificação aprimora cada profissional, qualificando o bacharel em Direito em qualquer fase da carreira. Por outro lado, se nota certo preconceito, ou algo de comodidade, àqueles que não saem do seu espaço de conforto na busca de novos conhecimentos, o que, às vezes, se traduz em uma opção de cada profissional.

Alessandro – Houve uma grande procura pelo curso, tendo sido preenchidas as cinquenta vagas ofertadas. Qual a importância da educação continuada para membros, servidores e assessores e de que forma isso se traduz em benefícios para a sociedade maranhense?

Prof.^a Lucylea – o Convênio entre a UFMA e a USAL é de larga duração, as vagas no mestrado em Anticorrupção são de fluxo contínuo, sendo um curso de excelência na formação de profissionais que atuam no sistema de justiça de diversos países, inclusive de muitos brasileiros e brasileiras, promotores, procuradores de Justiça, além de profissionais da Advocacia geral da União e Procuradores da República. Entendo que, sem prejuízo das atividades ministeriais, a oportunidade e a visão estratégica da Escola do Ministério Público, e do Procurador Geral de Justiça, de facilitar o acesso das vagas através desse convênio, e de outros, serão cruciais para o êxito e o avanço do projeto de capacitação e formação permanente.

Alessandro – No conteúdo programático do curso, merecem destaque disciplinas como criminologia, hermenêutica, direito anticorrupção e direitos humanos. Por outro lado, também é evidente o foco na prática, a exemplo das disciplinas que trabalharam técnicas de investigação, perícia forense, medicina legal, lavagem de capitais e pacote anticrime. Qual a importância desse estudo interdisciplinar, com foco tanto na teoria como na prática?

Prof.^a Lucylea – A formação jurídica, sobretudo na área do direito anticorrupção, exige um conjunto de estudos transversais diante da complexidade desse tema, e de seus desdobramentos, e consequências, para o Estado democrático de Direito. De fato, essa visão multidisciplinar permite uma ampliação de conhecimentos sem precedente, garantindo inclusive, uma atualização em pontos estratégicos no combate a crimes que se expandem e que avançam, com grande intensidade pelo mundo. Os problemas são locais, entretanto as estratégias devem ser globais. O combate aos crimes organizados e às organizações criminosas afeta o conjunto da maioria das sociedades, razão pela qual se

mostra imprescindível o aprimoramento, também o conhecimento de novas técnicas de investigação. Com o refinamento das estratégias do combate a essas práticas, com estudos de casos e jurisprudências comparadas se pode avançar no uso e compartilhamento de estratégias apresentadas pelos renomados docentes do curso de Especialização em Direito Anticorrupção, aprimorados com oportunidade de formação continuada no mestrado e doutorado da Universidad de Salamanca.

Alessandro – As condições sanitárias trazidas pela pandemia da Covid-19, com suas regras de distanciamento social, trouxeram desafios também para o ensino. Qual a sua avaliação sobre as aulas remotas?

Prof.^a Lucylea – *A necessidade de adaptação a novas técnicas de aprendizagem com o uso de meios digitais para a realização de atividades remotas foi acelerada com o isolamento social instaurado pelo combate à pandemia da COVID-19. De fato, essas práticas acadêmicas já existiam, antes de 2020, mas foram aprimoradas, e disseminadas, com a ampliação necessária para todas as áreas de conhecimento. De fato, é um instrumento auxiliar de enorme relevância, reduzindo distâncias, custos e conduzindo a uma maior acessibilidade, desde que os meios sejam disponibilizados a todos e a todas. Entendo que as atividades presenciais são essenciais e as atividades remotas são estratégicas e, às vezes, inevitáveis para encurtar distâncias, e melhor atender a necessidades mais urgentes.*

Alessandro – Professora, muito obrigado pela gentileza de aceitar o convite para essa entrevista. Parabéns pelas suas colocações. Deixo aqui espaço para suas considerações finais.

Prof.^a Lucylea – *Agradeço a oportunidade de compartilhar com a família do Ministério Público do Estado do Maranhão as ações desenvolvidas no marco da parceria entre a UFMA, através do Departamento de Direito, e o Ministério Público do Maranhão e Escola Superior do Ministério Público. O convênio entre as instituições vem permitindo a formação continuada de profissionais que atuam junto ao MP, cooperando para a qualificação de promotores, promotoras, servidores e servidoras do MPMA. Esperamos que o convênio se expanda, prorrogando-se, para outras ofertas e outras turmas do curso de Especialização em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção, permitindo assim que os outros profissionais tenham a oportunidade de realizá-lo.*

ENTREVISTA DE CLÓVIS BEVILÁQUA A JOÃO DO RIO, PUBLICADA NO LIVRO *O MOMENTO LITERÁRIO*, DESTE ÚLTIMO (RIO DE JANEIRO: GARNIER, 1907)

CLÓVIS BEVILÁQUA

O eminente Sr. Clóvis Beviláqua manda-me do Recife a seguinte resposta:

I

“Ainda no colégio, em Fortaleza, dos 12 aos 14 anos, deliciavam-me os versos e as novelas que podia obter. Como é de imaginar-se, o regime do estabelecimento não nos permitia senão a leitura dos livros de lição e uma ou outra leitura anódina. Chegava-me, porém, aos ouvidos o ruído da literatura como o eco de um movimento realizado em mundo longínquo. E, aumentando o meu desejo de conhecer esse mundo ignorado e sedutor, fui conseguindo ler, apesar da vigilância do pessoal administrativo, romances de Dumas, pai, alguns livros de informações como os *Varões Ilustres do Brasil*, de Pereira da Silva, e outros de certo valor artístico.

Pedro de Queirós deu-me a ler, nesse tempo, o Goethe, mas nessa primeira aproximação não pude compreender as belezas transcendentais do grande poeta.

Passando em 1875 a estudar no liceu, tive mais facilidade de travar conhecimento com os escritores da moda: Gonçalves Dias, Varela, Alencar, Álvares de Azevedo e Castro Alves. Mas, justamente quando me ia docemente engolfando na região fantástica da poesia e do romance com os autores citados e quantos me caíram nas mãos, foi minha atenção despertada pelo movimento literário que então se operava no Ceará e a cuja frente se achavam Rocha Lima, Capistrano de Abreu, Araripe Júnior, João Lopes e Amaro Cavalcanti. Desse grupo foi Rocha Lima o escritor que mais simpaticamente atuou sobre o meu espírito. Por ele comecei a amar a crítica literária e a ter uma compreensão mais verdadeira da literatura. Lendo Taine, Teófilo Braga, Quinet e Luciano Cordeiro, os meus horizontes literários se dilataram e apoderou-se de mim forte desejo de penetrar as literaturas exóticas, isto é, a portuguesa e a francesa, recebendo através desta última o conhecimento dos grandes mestres alemães e ingleses, George Sand, com a sua empolgante *Lelia*, com o *Isidora*, o *Aldo*, a *Indiana*; Gautier, com o *Fortúnio* e *Mle. Maupin*; Byron, com o *Corsário*, *Manfredo*, *Giaur* e *D. Juan*; foram os autores da minha predileção, nessa quadra. Isso quanto a estrangeiros, apesar do muito que me encantava Herculano; entre os nacionais, Alencar tinha para mim o prestígio de uma superioridade ofuscante.

Em 1876 fui continuar os meus estudos no Rio de Janeiro, tendo por companheiros Feijó, que se finou antes de revelar todas as refulgências de seu grande talento; Paula Nei e Silva Jardim. Fui assíduo frequentador, ao lado deste último, da Biblioteca Municipal, situada então no campo de Santana, esquina da rua Conde d'Eu; mas lia sem método e com pouco aproveitamento. Não fazia seleção nem talvez pudesse fazê-la. Absorvia Hugo e Schiller de mistura com Eschich e consócios; Musset e Lamartine interessavam-me tanto quanto Michelet e Buchner; irmanava Shakespeare e Macedo.

No Rio, começara a interessar-me pelo positivismo, de que davam conhecimento os escritos de Miguel Lemos; mas foi no Recife, para onde me transportei em 1878, que me familiarizei com Littré, cujas obras ainda hoje me ornaram a estante e da meditação das quais comecei a extrair uma segura intuição da ordem 35 35 universal. Por algum tempo o positivismo seduziu-me, e passaram-me pelos olhos, além dos volumes de Comte, os trabalhos de Wyruboff, Roberty, Bourdeaux, Robinet e Poly. Comecei depois a sentir as falhas do sistema e, ao concluir o meu curso de Direito em 1882, minhas leituras prediletas, em matéria filosófica, eram Haeckel, Spencer, Lange e Soury. Mais tarde é que Schopenhauer, Noiré, Bain, Mill e Wundt haviam de ser estudados.

Com Martins Júnior, Clodoaldo Freitas, João Freitas, Orlando, José Carlos e outros excelentes companheiros, embora me preocupassem as investigações filosóficas, mantinha o culto da literatura amena e da crítica literária. Dos nossos, ia lendo os antigos, os românticos e os naturalistas, que começavam a aparecer com Aluísio, e acompanhava com muito interesse as tentativas de romance histórico, sob a excelente feição de um naturalismo tradicionalista, que ia publicando Franklin Távora. Dos estrangeiros, Flaubert, os Goncourt, Daudet, Sully Prudhomme, Lecomte de l'Isle, alguns ingleses e italianos, mas principalmente Zola, o romancista e o crítico, eram os autores literários que mais doces emoções me despertavam.

Foi nesse momento que os estudos de Sílvio Romero me fizeram compreender que essa alta função da vida intelectual dos povos — a literatura — somente à luz do critério social e etnográfico se pode bem apreciar.

Depois de concluído o meu curso de Direito foi que, por assim dizer, comecei a interessar-me por essa bela ciência, ao lado da qual passara cinco anos sem lhe perceber os encantos. Devo a Tobias esse inestimável serviço de me ter aberto a inteligência para ver o Direito. Durante o curso acadêmico, estudei apenas para cumprir as minhas obrigações e transitar pelas solenidades escolares sem apoio estranho, mas não podia dedicar afeição profunda a uma ciência na qual não descobria o influxo das ideias que me davam a explicação do mundo.

Incitado pelo ensino de Tobias e guiado por Jhering, vi o direito à luz da filosofia, da sociologia e da história. Savigny, Bluntschli, Roth, Glasson, Cimbali,

d'Aguano, Cogliolo e Post, para citar somente os mais característicos, deram-me a educação jurídica.

No Direito Penal, as minhas simpatias se declararam, desde os primeiros momentos, pela *terza scuola* de Tarde, Alimena e Liszt.

Mas, ainda que a história e a legislação comparada me dessem a contemplação do fenômeno jurídico no seu máximo brilho e em sua plenitude, é bem de ver que eu não me podia segregar do Direito Pátrio, cuja expressão me davam, principalmente, Coelho da Rocha, o mais completo discípulo de Melo Freire, e Teixeira de Freitas, o maior dos nossos jurisconsultos.

Talvez pareça longa esta resposta. Mas não a podia dar mais concisa. A formação de um espírito se faz lentamente, por assimilações e adaptações sucessivas.

A história do espírito de cada um de nós reproduz, em miniatura, a história do pensamento de uma época. Mas eu me resumo, afinal. Os autores que mais contribuíram para a formação do meu espírito foram:

Em Literatura: — Alencar, Taine, Sívio Romero e Zola.

Em Direito: — Tobias Barreto, Jhering, Post, Savigny e Glasson.

Em Filosofia: — Littré, Comte, Spencer e Haeckel.

II

Qual das minhas obras prefiro? Julgo-as todas imperfeitas, não simplesmente em relação ao que deviam ser, mas até em relação ao que era lícito esperar que fossem.

Mas, para não fugir à interrogação, direi que o *Direito da família* e a *Criminologia e Direito* me satisfazem um tanto mais do que as outras minhas produções; o primeiro, pelas questões de ordem social que me permitiu enfrentar, e a segunda, porque nela pode meu espírito acentuar mais a sua individualidade.

No entanto, o *Direito das obrigações* é mais sintético do que o *Direito da família*; se me pedissem um trecho para uma coletânea, eu o iria colher, de preferência, nos Juristas filósofos; e, se fosse falar como técnico, talvez devesse dar a primazia ao *Direito das sucessões*.

Falo somente das obras jurídicas, porque fiz do Direito a minha especialidade, e portanto são as obras produzidas nesse domínio que devem dar a medida do meu espírito, quaisquer que sejam as minhas predileções literárias ou filosóficas.

III

Penso que a literatura pátria não atravessa um período estacionário. Os nossos grandes escritores estão em atividade: Sílvio, como Araripe e Veríssimo; Bilac e Neto, como Arinos; Machado de Assis, como Domingos Olímpio ou Euclides da Cunha.

Quer-me parecer que em poesia os moldes estão gastos, porque o artifício matou a espontaneidade do sentimento, mas daí talvez resulte uma vantagem: muitas inteligências deixarão o Parnaso, onde somente os verdadeiros poetas ficarão empunhando a lira eterna das emoções reais.

No romance, a escola naturalista perdeu os tons rudes e as arestas mais ásperas: tornou-se flexível e adaptável a todas as lutas de sentimentos, sejam individuais e íntimos, sejam sociais e externos.

Machado de Assis, Domingos Olímpio, Graça Aranha e Xavier Marques, pois que Inglês de Sousa está recolhido ao silêncio, são os nomes que me vêm à lembrança ao considerar esta nova feição de romance nacional.

O conto é gênero que reclama esforço menor e, por isso mesmo, se mostra mais abundante. Artur Azevedo, Medeiros e Albuquerque, Lúcio de Mendonça, Arinos, Neto, Freire, Neves e tantos outros vibram todas as notas.

Fujo de uma forçosamente deficiente nomenclatura; indico tendências apenas para mostrar que não estacionamos.

IV

A literatura brasileira é uma só; mas, como as condições do meio físico e da composição étnica não guardam uniformidade em toda a vasta extensão do país, é natural que, em alguns centros, se acentuem variações que, aliás, pela constante permuta de ideias e pela influência recíproca exercida pelos maiores núcleos, tendem a ser assimiladas ou a desaparecer no fim de pouco tempo.

V

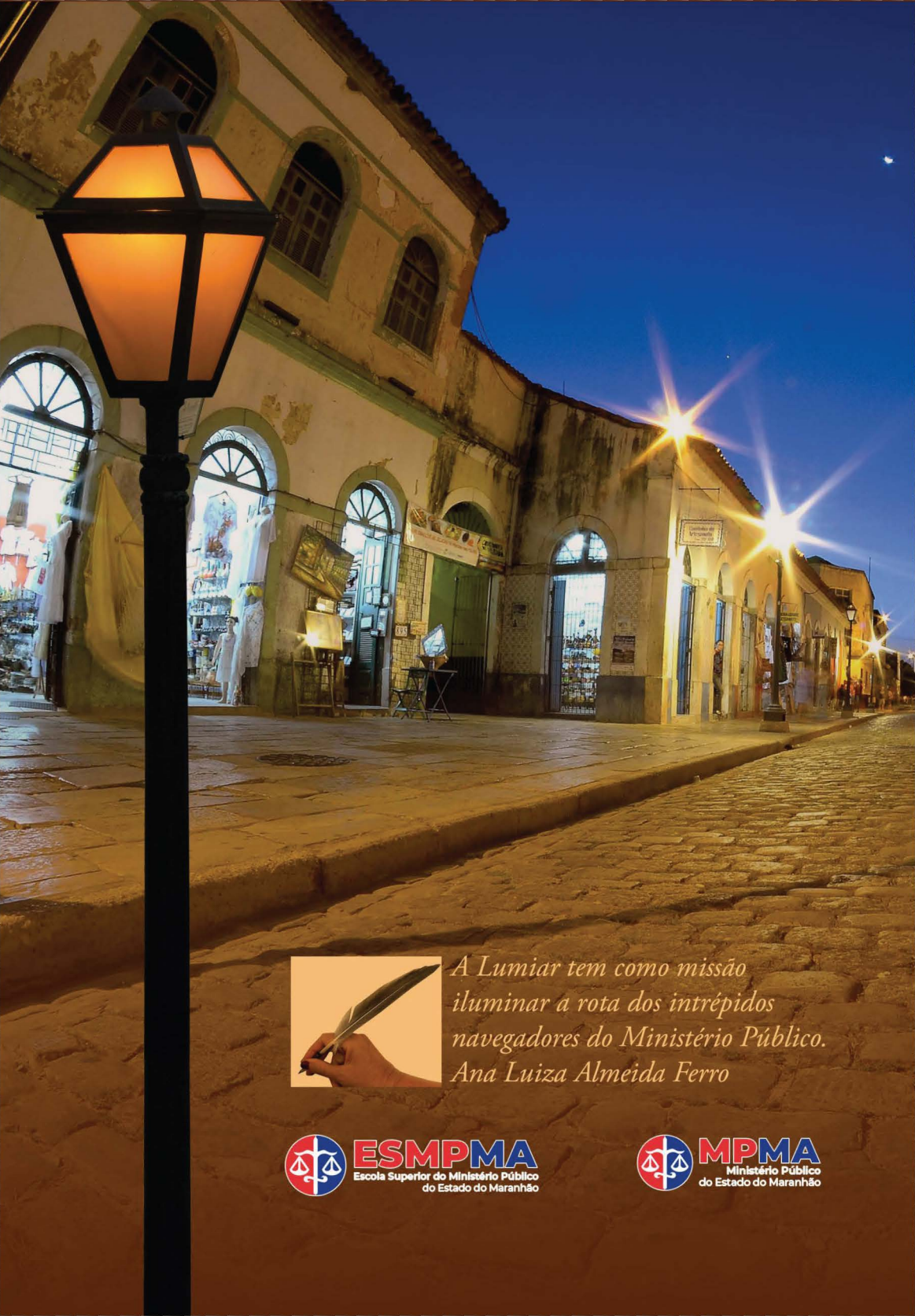
Leitor constante de jornais, não sou muito simpático ao jornalismo. Sem negar-lhe o valor cultural, acho que, em relação aos que nele trabalham, esgota as energias, dispersa os esforços e alimenta a superficialidade; e, em relação aos que nele bebem ideias, mais vezes perturba do que bem orienta, mais vezes agita paixões do que esclarece opiniões. É uma forte projeção de luz envolvida em densa fumaçada”.



Dra. Karla Adriana Holanda Farias Vieira, Diretora da ESMP (ao centro), ladeada pelas Promotoras de Justiça auxiliares, Dra. Ana Luiza Almeida Ferro (à esquerda) e Dra. Elyjeane Alves Carvalho (à direita).



Equipe da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, gestão 2022-2024.



*A Lumiar tem como missão
iluminar a rota dos intrépidos
navegadores do Ministério Público.
Ana Luiza Almeida Ferro*



ESMPMA
Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Maranhão



MPMA
Ministério Público
do Estado do Maranhão