



Carnaval em Madureira - Tarsila do Amaral

REVISTA DO CNMP

10^a EDIÇÃO



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO



REVISTA DO CNMP

2022, Brasília

V.10 - 2022

EXPEDIENTE

© 2022, Conselho Nacional do Ministério Público
Permitida a reprodução mediante citação da fonte

Composição do CNMP

Antônio Augusto Brandão de Aras (Presidente)
Oswaldo D'Albuquerque Lima Neto (Corregedor Nacional)
Otavio Luiz Rodrigues Jr.
Rinaldo Reis Lima
Moacyr Rey Filho
Engels Augusto Muniz
Antônio Edílio Magalhães Teixeira
Ângelo Fabiano Farias da Costa
Paulo Cezar dos Passos
Daniel Carnio Costa
Jaime de Cassio Miranda
Rogério Magnus Varela Gonçalves
Rodrigo Badaró
Jayme Martins de Oliveira Neto

Secretaria-Geral do CNMP

Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Secretário-Geral)
Rafael Meira Luz (Secretário-Geral Adjunto)

Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência (CALJ)

Presidente: Rodrigo Badaró

Projeto Gráfico, revisão e supervisão editorial

Secretaria de Comunicação do CNMP

Diagramação

Gráfica e Editora Movimento

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.
Revista do CNMP / Conselho Nacional do Ministério Público ; Rodrigo Badaró (coord.);
– v. 10 (2022). – Brasília: CNMP, 2022
v. 451 p.

Anual

ISSN 2236-2363 (Versão impressa)

1. Ministério Público. 2. Atuação institucional. I. Título. II. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. III. Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência – CALJ.

CDD – 341.413

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do CNMP

Revista do Conselho Nacional do Ministério Público

Journal of the Brazilian Board of Public Prosecutor's Office

A Revista do CNMP é a publicação oficial do Conselho Nacional do Ministério Público, coordenada e editorada pela Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência (CALJ) do referido órgão. O periódico é anual e tem por objetivo difundir o conhecimento, fomentar o debate acadêmico e proporcionar a reflexão. Os artigos científicos inéditos, publicados na Revista, resultam de pesquisas voltadas ao contínuo aprimoramento da atuação do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

The Journal of the Brazilian Board of the Public Prosecutor's Office is the official publication of the Brazilian Board of the Public Prosecutor's Office. The journal is coordinated by the Board's Commission for the Monitoring of Legislative Process and Judicial Precedents. The journal is published yearly and aims to spread knowledge, while fostering academic debate and enabling reflection on the themes discussed therein. The previously unpublished papers are result of research that are related to the betterment of the Public Prosecutors' Office for the protection of the legal order, the democracy, social and individual rights.

Conselho Editorial

Editorial Board

I - Editor-chefe:

Rodrigo Badaró, Conselheiro Nacional do Ministério Público, Presidente da Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência.

II - Editor-adjunto:

Rogério Magnus Varela Gonçalves, Prof. Dr. no Centro Universitário de João Pessoa (PB, Brasil).

III - Membros integrantes:

Adriano Fernandes Ferreira, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil);

Ana Luíza Berg Barcellos, Prof^a. Dr^a. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil);

Bernardo Strobel Guimarães, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PR, Brasil);

Carlos Ari Sundfeld, Prof. Dr. na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (SP, Brasil);

Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Goiás (GO, Brasil);

Floriano Azevedo Marques Neto, Prof. Dr. na Universidade de São Paulo (SP, Brasil);

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil);

Graciane Rafisa Saliba, Prof^a. Dr^a. na Universidade de Santa Úrsula (RJ, Brasil);

Leonardo Buissa Freitas, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil);

Luis Alberto Reichelt, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil);

Luiz Felipe Hadlish Miguel, Prof. Dr. na Universidade Ibirapuera (SP, Brasil);

Marcos Augusto Perez, Prof. Dr. na Universidade de São Paulo (SP, Brasil);

Odete Medauar, Prof^a. Dr^a. na Universidade de São Paulo (SP, Brasil);

Rafael Wallbach Schwind, Prof. Dr. na Universidade Positivo (PR, Brasil);

Tarcísio Vieira de Carvalho, Prof. Dr. na Universidade de Brasília (DF, Brasil);

Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil);

Willis Santiago Guerra Filho, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil).

Conselho de Orientação Editorial

(PARECERISTAS COLABORADORES DA 10ª EDIÇÃO)

Members of the Scientific Advisory Board who reviewed papers for the current issue

Alexandre Garrido da Silva, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Alexandre Walmott Borges, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

André Vicente Pires Rosa, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Anelize Maximila Corrêa, Prof^a. Dr^a. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)

Augusto Cezar Ferreira de Baraúna, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)

Carlos Henrique Rodrigues Vieira, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)
Cinthia Rodrigues Menescal Palhares, Profª. Drª. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
Cláudio Ari Pinheiro de Mello, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)
Daniel Brod Rodrigues de Sousa, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)
Debora Lacs Sichel, Profª. Drª. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
Edihermes Marques Coelho, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Herberth Costa Figueiredo, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)
Larissa Maria de Moraes Leal, Profª. Drª. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Liane Tabarelli, Profª. Drª. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)
Luiz Carlos Figueira De Melo, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Marcelle Mourelle Perez Diós, Profª. Drª. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
Marcelo Oliveira de Moura, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)
Marco Antonio Martins da Cruz, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)
Marcus Vinicius Boschi, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)
Paulo Roberto Soares Mendonça, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
Raoni Macedo Bielschowsky, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Ricardo Libel Waldman, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)
Shirlei Silmara de Freitas Mello, Profª. Drª. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Silvio Romero Beltrão, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Thiago Bottino do Amaral, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
Torquato da Silva Castro Junior, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Wilson Levy Braga da Silva Neto, Prof. Dr. na Universidade Nove de Julho (SP, Brasil)

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO EDITORIAL (PARECERISTAS)

Scientific Advisory Board

Alexandre Freire Pimentel, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Alexandre Garrido da Silva, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Alexandre Ronaldo da Maia de Farias, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Alexandre Walmott Borges, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Alice Ribeiro de Sousa, Profª. Drª. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Álvaro Reinaldo de Souza, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
André Ricardo Cruz Fontes, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
André Vicente Pires Rosa, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Anelize Maximila Corrêa, Profª. Drª. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)
Angela Simões de Farias, Profª. Drª. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Antonio Cesar Pimentel Caldeira, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
Artur Stamford da Silva, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Augusto Cezar Ferreira de Baraúna, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)
Beatriz Corrêa Camargo, Profª. Drª. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
Benedito Fonseca e Souza Adeodato, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
Bruna Estima Borba, Profª. Drª. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
Bruno Cesar Machado Torres Galindo, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

- Cândice Lisbôa Alves**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
- Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)
- Carlos Henrique Rodrigues Vieira**, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)
- Carlos José Cordeiro**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
- Carolina Tupinambá Faria**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Celso de Albuquerque Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Cinthia Rodrigues Menescal Palhares**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Claudia Tannus Gurgel do Amaral**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Cláudio Ari Pinheiro de Mello**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)
- Cláudio Ferreira Pazini**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
- Claudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Cristiano Gomes De Brito**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
- Daniel Brod Rodrigues de Sousa**, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)
- Daniel Queiroz Pereira**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Danielle Souza De Andrade e Silva Cavalcanti**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Debora Lacs Sichel**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Edihermes Marques Coelho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
- Edilson Pereira Nobre Junior**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Eric Moraes de Castro e Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Eugenia Cristina Nilsen Ribeiro Barza**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Everaldo Gaspar Lopes de Andrade**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Fabiana Santos Dantas**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Fábio Túlio Barroso**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Fabiola Albuquerque Lobo**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Fernando Rodrigues Martins**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)
- Flavianne Fernanda Bitencourt Nobrega**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Fra Elizabeth Mendes**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)
- Francisco Antônio de Barros e Silva Neto**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Francisco Ivo Dantas Cavalcanti**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Geraldo Antonio Simões Galindo**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Guilherme Botelho de Oliveira**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)
- Gustavo Just Da Costa e Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Henrique de Almeida Ávila**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (SP, Brasil)
- Herberth Costa Figueiredo**, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)
- Hugo Cavalcanti Melo Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Humberto João Carneiro Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Ingrid Zanella Andrade Campos**, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)
- Ivanildo de Figueiredo Andrade De Oliveira Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

José André Wanderley Dantas de Oliveira, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

José de Magalhães Campos Ambrósio, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Jose Olavo Bueno dos Passos, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)

José Roque Nunes Marques, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

Juliana Teixeira Esteves, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Juliano Ralo Monteiro, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

Keila Pacheco Ferreira, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Larissa Maria de Moraes Leal, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Leonardo de Andrade Mattietto, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Leonio José Alves da Silva, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Liana Cristina da Costa Cirne Lins, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Liane Tabarelli, Prof^a. Dr^a. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)

Luciana Grassano de Gouvea Melo, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Luiz Carlos Figueira De Melo, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Magno Luiz Barbosa, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Manuela Abath Valença, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Marcelle Mourelle Perez Diós, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Marcelo Oliveira de Moura, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)

Márcio Alexandre da Silva Pinto, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Marco Antonio Martins da Cruz, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)

Marco Aurélio Nogueira, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Marcos Antônio Rios da Nóbrega, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Marcus Vinicius Boschi, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)

Maria Antonieta Lynch de Moraes, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Maria Lucia de Paula Oliveira, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Marília Montenegro Pessoa de Mello, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Monique Falcão Lima, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Patrícia Ribeiro Serra Vieira, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Paul Hugo Weberbauer, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Paulo de Bessa Antunes, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Paulo Roberto Soares Mendonça, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Pedro Parini Marques de Lima, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Rafael da Silva Menezes, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

Raimundo Pereira Pontes Filho, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

Raoni Macedo Bielschowsky, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Ricardo Libel Waldman, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)

Ricardo Luiz Sichel, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Ricardo Padovini Pleti Ferreira, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Roberto Wanderley Nogueira, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Roger Luiz Paz de Almeida, Prof. Dr. Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PR, Brasil)

Rosalina Corrêa de Araújo, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Rosângela Maria de Azevedo Gomes, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Sergio Torres Teixeira, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Shirlei Silmara de Freitas Mello, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Silvio Romero Beltrão, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Simone Schreiber, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Tereza Cristina Tarragô Souza Rodrigues, Prof^a. Dr^a. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Thiago Bottino do Amaral, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

Thiago Gonçalves Paluma Rocha, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

Tiago de García Nunes, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)

Torquato da Silva Castro Junior, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Walber De Moura Agra, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

Wilson Levy Braga da Silva Neto – Prof. Dr. na Universidade Nove de Julho (SP, Brasil)

Comitê de Redação (Assistentes Editoriais)

Editorial Assistants

Patrícia Ferreira Wanderley de Siqueira Goulding

Camila Abreu dos Santos

Luis Felipe Rasmuss de Almeida

Renata Girão Carneiro

SUMÁRIO

Editorial.....	13
Apresentação.....	15
INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI Nº 12.850/2013: (IM) POSSIBILIDADE DE INFILTRAÇÃO POR PARTICULARES VS INFILTRAÇÃO POR COLABORADOR.....	17
<i>INFILTRATION AS A CRIMINAL INVESTIGATION TECHNIQUE UNDER LAW N. 12.850/2013: THE (IM) POSSIBILITY OF INFILTRATION BY AN INDIVIDUAL VS INFILTRATION BY THE DEFENDANT INVOLVED IN A PLEA AGREEMENT</i>	
<i>Ana Paula Coité de Oliveira e Juliete Gomes Wanderley</i>	
COVID-19, DISTANCIAMENTO CONTROLADO E DANO MORALCOLETIVO: O CASO DAS AGLOMERAÇÕES SOCIAIS CLANDESTINAS NO RIO GRANDE DO SUL.....	47
<i>COVID-19, CONTROLLED SOCIAL DISTANCING AND NON-PECUNIARY DAMAGES TO A CLASS OF INDIVIDUALS: THE CASE OF CLANDESTINE SOCIAL GATHERINGS IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL, BRAZIL</i>	
<i>Felipe Teixeira Neto, Angela Salton Rotuno e Roberta Weirich Mottin</i>	
A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INDIVIDUAL NOS DELITOS ECONÔMICOS EMPRESARIAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O ‘CASO SAMARCO’.....	73
<i>INDIVIDUAL CRIMINAL LIABILITY IN ECONOMIC BUSINESS CRIMES: AN ANALYSIS OF THE ‘SAMARCO CASE’</i>	
<i>André Cavalcanti de Oliveira</i>	
MINISTÉRIO PÚBLICO, DIREITO À EDUCAÇÃO E SUSPENSÃO DO ENSINO PRESENCIAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19.....	103
<i>THE BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTORS’ OFFICE, THE RIGHT TO EDUCATION AND SCHOOL CLOSURES DURING THE COVID-19 PANDEMIC</i>	
<i>Edson Ricardo Scolari Filho</i>	

**A REIFICAÇÃO DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE E A
FETICHIZAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA 145**

*THE REIFICATION OF THE SUBJECT DEPRIVED OF LIBERTY AND THE
FETISHIZATION OF PROVISIONAL ARREST*

Tiago Lopes Nunes

“FICA EM CASA” – UM ELO ENTRE MÚLTIPLAS VOZES 171

“STAY AT HOME” – A CONNECTION BETWEEN MULTIPLE VOICES

Daniel Blume Pereira de Almeida

**CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: DIÁLOGOS
ENTRE A LINDB E A RECOMENDAÇÃO-PRESI CN 02/2020 187**

*KEEPING TRACK OF ADMINISTRATIVE DECISIONS IN THE BRAZILIAN
GOVERNMENT: COMMENTARIES ON THE ACT OF INTRODUCTION TO
BRAZILIAN LAW AND THE RESOLUTION PRESI CN/2020 ISSUED BY THE
BRAZILIAN COUNCIL OF THE PUBLIC PROSECUTOR’S OFFICE*

Érika Capella Fernandes

LAVAGEM DE DINHEIRO E CONFLITO APARENTE DE NORMAS 215

MONEY LAUNDERING AND ANTINOMIES

Bruno Thomé Borghi

**POR QUE ELA NÃO FEZ NADA? EXPLICANDO A NÃO REATIVIDADE EM
MULHERES ESTUPRADAS POR LÍDERES RELIGIOSOS..... 245**

*WHY DIDN’T SHE DO ANYTHING? EXPLAINING NON-REACTIVITY IN WOMEN
RAPED BY RELIGIOUS LEADERS*

Lícia Nery Fonseca e Liliane Domingos Martins

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CRIME DE TRÁFICO DE
ENTORPECENTES EM SUA FORMA PRIVILEGIADA COMO O CAMINHO
PARA SE EVITAR A AUSÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS PUNITIVAS ... 271**

*NON-PROSECUTION AGREEMENTS AND THE PROVISION OF DRUG
TRAFFICKING WITH SENTENCE REDUCTION AS A WAY TO AVOID THE
ABSENCE OF PUNITIVE CONSEQUENCES*

Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl

A OBRIGATORIEDADE DE VACINAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: ANÁLISE DA RELAÇÃO ESTADO E FAMÍLIA 297

MANDATORY CHILDREN AND ADOLESCENTS VACCINATION: CONSIDERATIONS REGARDING THE LIMITS OF PRIVATE AUTONOMY IN THE FACE OF STATE IMPOSITIONS

Taciana Menezes Vieira laquinta

A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA E A IMPOSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR EX OFFICIO 339

PRELIMINARY DETENTION IN FLAGRANTE DELICTO AND ITS FURTHERING BY MEANS OF PREVENTIVE DETENTION: THE IMPOSSIBILITY OF SUCH DETENTION WITHOUT A FORMAL REQUEST

Camila de Luar Fausto de Sá

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E ATUAÇÃO CARTORIAL 359

THE CONTROL OF POLICE ACTIVITY BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

João Gaspar Rodrigues

CRIME ORGANIZADO E MINISTÉRIO PÚBLICO: O COMBATE E A REPERCUSSÃO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 393

ORGANIZED CRIME AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN BRAZIL: ACTION AND IMPACTS ON THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Renério José do Carmo Neto

O ATO RACISTA E O DANO MORAL COLETIVO: REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO 417

RACIST BEHAVIOR AS A CAUSE FOR THE ESTABLISHMENT OF NON-PECUNIARY DAMAGES TO A CLASS OF INDIVIDUALS: THOUGHTS ON THE WORK CARRIED OUT BY THE PUBLIC PROSECUTORS' OFFICE

Amanda Ribeiro dos Santos e André Luiz Querino Coelho

EDITORIAL

Visando fomentar o debate acadêmico sobre temas relacionados à atuação do Ministério Público, a Revista do CNMP - periódico oficial do Conselho - é lançada anualmente e traz artigos inéditos, avaliados mediante o modelo de revisão duplo-cego (*double blind peer review*), por doutores que compõem o Conselho de Pareceristas da revista.

Nesta 10ª Edição, composta por quinze artigos, a Revista do CNMP traz à lume valiosa análise sobre a possibilidade da conjugação do instituto da infiltração de agentes com o instituto da colaboração premiada; sobre responsabilização individual nos delitos econômicos empresariais, notadamente no caso Samarco; sobre privação de liberdade e a “fetichização” da prisão provisória; sobre o controle da administração pública brasileira, evidenciando diálogos entre a LINDB e a Recomendação-PRESI CN 02/2020, dentre outras.

Cumprir destacar, ainda, que esta edição também conta com quatro artigos que versam sobre a temática da COVID-19, divulgando estudos sobre distanciamento controlado e dano moral coletivo, no caso das aglomerações sociais clandestinas no Rio Grande do Sul; sobre direito à educação e suspensão do ensino presencial durante a pandemia; sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa; e sobre a obrigatoriedade da vacinação das crianças e dos adolescentes, à luz da relação Estado x família.

Sem a pretensão de esgotar as discussões acerca de temas tão caros ao Ministério Público brasileiro, a Revista do CNMP busca incentivar a produção acadêmica voltada à atuação ministerial e, ano a ano, vem se aprimorando para cumprir requisitos para tornar-se elegível aos estratos mais qualificados na CAPES na área de Direito.

Rogério Magnus Varela Gonçalves
Conselheiro Nacional do Ministério Público
Editor-Adjunto da Revista do CNMP

APRESENTAÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público, em seus dezessete anos de existência, desenvolveu projetos e ações com vistas a definir seu papel institucional de órgão de integração nacional do Ministério Público brasileiro.

Outrossim, com fito de fomentar o debate acadêmico sobre temas relacionados à atuação do *Parquet*, a Revista do CNMP, periódico oficial do Conselho, é lançada anualmente com artigos inéditos, visando, ao mesmo tempo, a angariar e difundir conhecimentos por meio de reunião de artigos, estimulando, assim, o debate acadêmico de temas caros, de modo a contribuir com o contínuo aprimoramento da atuação ministerial.

Nesta 10ª Edição, composta por 15 artigos, a publicação oficial do Conselho Nacional do Ministério Público, coordenada e editorada pela Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência (CALJ), resultou de pesquisas voltadas ao aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Iniciativas como essa são de fundamental importância na consolidação institucional do Ministério Público brasileiro como uma instituição de vanguarda. Ministério Público esse que é, a meu ver, a instituição com maior possibilidade de induzir a consolidação de uma sociedade democrática pautada no pluralismo e no respeito à diversidade humana nessa nova era.

Em momento de grave polarização em todas as áreas do conhecimento, precisamos retomar, em nosso processo civilizatório ocidental, a ética aristotélica, a qual considera que a virtude está no meio – *virtus in medium est* –, isto é, por intermédio de um caminho de equilíbrio, o que se evidencia sob o prisma da análise de interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme se trata na Revista do CNMP.

Logo, parablenizo o desenvolvimento desta grande iniciativa, ao tempo em que registro meus agradecimentos a todos que colaboraram

com este importante trabalho, em especial ao Editor-Chefe desta edição, o Conselheiro Nacional do Ministério Público e Presidente da Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência, Rodrigo Badaró, e ao Editor-Adjunto desta edição e Conselheiro Nacional do Ministério Público, Rogério Magnus Varela Gonçalves.

Parabenizo também os articulistas e a equipe da Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência.

Antônio Augusto Brandão De Aras

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI Nº 12.850/2013: (IM) POSSIBILIDADE DE INFILTRAÇÃO POR PARTICULARES VS INFILTRAÇÃO POR COLABORADOR

INFILTRATION AS A CRIMINAL INVESTIGATION TECHNIQUE UNDER LAW N. 12.850/2013: THE (IM) POSSIBILITY OF INFILTRATION BY AN INDIVIDUAL VS INFILTRATION BY THE DEFENDANT INVOLVED IN A PLEA AGREEMENT

Ana Paula Coité de Oliveira

Graduada em Direito – Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito Processual Penal e Direito Processual Civil – UniFTC/Salvador- BA. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, designada para atuar no GAECO/BA.
anap@mpba.mp.br

Juliete Gomes Wanderley

Graduada em Direito – Universidade Católica do Salvador. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal – Escola Brasileira de Direito. Assessora de Promotoria do Ministério Público do Estado da Bahia.
juliete.wanderley@mpba.mp.br

Como citar este artigo:

OLIVEIRA, Ana Paula C. de; WANDERLEY, Juliete G. Infiltração de agentes na Lei nº 12.850/2013: (im)possibilidade de infiltração por particulares vs infiltração por colaborador. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 17 - 46.

Recebido em: 15/7/2022 | Aprovado em: 26/8/2022

Resumo: O presente artigo tem como objetivo precípua fomentar a discussão acerca da possibilidade da conjugação da infiltração de agentes, que consiste em uma técnica especial de investigação criminal, com a colaboração premiada, um importante meio de obtenção de prova, corriqueiramente utilizado na prática forense criminal. Neste trabalho são apresentados os conceitos doutrinários e as previsões legais que dispõem sobre os referidos institutos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como algumas jurisprudências em derredor da matéria. Por derradeiro, o artigo aborda, de forma sucinta, as previsões normativas que tratam sobre a figura do agente infiltrado no direito comparado. Sobreleva destacar que não se busca, com o presente, esgotar o tema proposto, mas tão somente promover reflexões acerca da possibilidade de mitigação para a infiltração de agentes no direito brasileiro e sua conseqüente conjugação com o instituto da colaboração premiada.

Palavras-chave: Lei de combate ao crime organizado; Infiltração de agentes; Colaboração premiada; Direito comparado.

Abstract: *The paper aims to discuss the possibility of combining the infiltration of agents, which constitutes a special technique of criminal investigation, with plea bargaining, an important means of obtaining evidence in Brazilian Law, that is commonly used in criminal forensics. This work presents the concepts established by legal doctrine and the provisions on the subject, as well as some precedents on the matter. Finally, the paper briefly addresses the provisions related to the infiltration of individuals in comparative law. The present work intends to shed light on the possibility of mitigating the infiltration concept under Brazilian law and its consequent use under plea agreements.*

Keywords: *Brazilian Act on Organized Crime; Infiltration of individuals; Plea agreements; Comparative law.*

Sumário: Introdução; 1. Infiltração de agentes e suas previsões legais; 2. A figura do colaborador à luz da Lei nº 12.850/13; 3. Agentes de polícia: mitigações acerca da atribuição para a infiltração; 4. Infiltração de agentes no direito comparado; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em razão do exponencial aperfeiçoamento da criminalidade organizada, resta patente a necessidade de que os meios de obtenção de prova previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo aqueles que auxiliam no combate a esse fenômeno tão nocivo à sociedade, sejam cada vez mais aprimorados.

Inclusive, para compreendermos a imprescindibilidade desse aprimoramento para a contenda de organizações criminosas, vale

ressaltar a diferença exposta por Cleber Masson & Vinícius Marçal¹ acerca da criminalidade organizada e da criminalidade massificada. Nesse sentido:

(...) Bitencourt e Busato diferenciam os conceitos de **criminalidade organizada** e **criminalidade massificada**. **Criminalidade de massa** compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. O medo coletivo difuso, decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e uso de uma política criminal populista (...). **Criminalidade organizada**, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantescos, além de produzir consequências imprevisíveis e incontroláveis. (Grifos no original).

Destarte, embora atualmente tenhamos uma gama de técnicas especiais de investigação criminal à disposição, é importante pensarmos na possibilidade de utilização dessas técnicas de forma associada, com o desiderato de também aperfeiçoar os meios de obtenção de prova disponíveis.

É de conhecimento geral que são raras as vezes em que a infiltração de agentes é utilizada no cotidiano policial brasileiro. Talvez não por outro motivo, dita técnica especial de investigação se reveste de demasiado risco, exigindo do seu executor muita preparação física e psicológica, além de outras habilidades.

No entanto, conforme será mais bem abordado no decorrer do presente artigo, precisamente pelo fato de essa técnica especial de investigação expor o agente de polícia aos mais variados riscos, podemos pensar na mitigação dessa atribuição, de modo que um indivíduo que deseje firmar acordo de colaboração premiada possa auxiliar o trabalho policial, desempenhando essa função.

Como veremos, a realização da infiltração de agentes por outras pessoas, que não compõem os quadros da polícia, pode ser

¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2006. p. 25.

extremamente útil e eficaz nas investigações que envolvam grandes organizações criminosas, sobretudo os famosos cartéis de cocaína.

1. A INFILTRAÇÃO DE AGENTES E SUAS PREVISÕES LEGAIS

A infiltração de agentes (que não se confunde com a figura do agente disfarçado²) traduz-se em uma das espécies de técnica especial de investigação e atuação policial ou meio especial de obtenção de prova³, prevista em diversas leis especiais.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa medida se reveste das seguintes características: a) inserção exclusivamente por agentes de polícia, que tenham atribuição para apuração de infrações penais⁴; b) atuação de forma disfarçada, sem a revelação da verdadeira identidade do agente; c) prévia autorização judicial; d) infiltração de forma contínua (não esporádica); e) adoção de uma postura criminosa (mas não ativa) pelo agente, visando à obtenção da confiança dos integrantes da súpica, com o objetivo de captar provas da prática de crimes graves (devendo guardar a devida proporção com a finalidade da investigação⁵).

Conforme os ensinamentos de Masson & Marçal⁶, a infiltração de agentes:

(...) consiste em um meio especial de obtenção da prova – verdadeira técnica de investigação criminal –, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa, ainda que virtualmente, em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.

2 Embora ambas as técnicas sejam passíveis de execução por agentes policiais, a figura do “agente disfarçado” é uma inovação introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei nº 11.964/2019), com previsão no art. 17, § 2º, e art. 18, parágrafo único, ambos da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), e no art. 33, § 1º, IV, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

3 Por uma questão didática, ao longo do presente trabalho, iremos nos referir à infiltração de agentes como um meio especial de obtenção de prova.

4 Por se tratar de uma técnica especial de **investigação**.

5 Art. 13 da Lei nº 12.850/2013.

6 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 304.

No Brasil, essa técnica de meio de obtenção de prova atualmente encontra previsão nos seguintes Diplomas Legais:

Agente infiltrado – previsões normativas	
<p>Art. 53, I, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)</p>	<p>Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:</p> <p>I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;</p> <p>(...)</p>
<p>Art. 1º, § 6º, da Lei nº 9.613/1998 (Lei de “Lavagem” de Dinheiro)</p>	<p>Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.</p> <p>(...)</p> <p>§ 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.</p>
<p>Arts. 10 ao 14 da Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado)</p>	<p>Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:</p> <p>(...)</p> <p>VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11⁷;</p> <p>(...)</p>

Pertinente ressaltar que o referido meio de obtenção de prova também está positivado nos arts. 190-A⁸ ao 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ambos inseridos pela Lei nº 13.441/2017. No entanto, por se tratar, neste quadrante, de uma técnica empregada essencialmente no âmbito virtual, utilizada para perquirir a prática de crimes previstos naquele Estatuto, não iremos, neste trabalho, nos aprofundar sobre a disposição legal aqui preceituada.

7 Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

8 Art. 190 – A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá as seguintes regras (...).

Nesse espectro, é relevante consignar que a infiltração de agentes prevista na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) estabelece, do mesmo modo, a possibilidade da utilização da medida para a averiguação de crimes inseridos naquela lei, mediante prévia manifestação do Ministério Público e expressa autorização judicial.

No que concerne à Lei de “Lavagem” de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), outrossim, tem-se a possibilidade de utilização da infiltração de agentes para a apuração do crime de que trata o art. 1º daquele Diploma Legal, assim definido como a “ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Por derradeiro, no que corresponde à previsão inserida na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), tem-se que a infiltração será admitida se houver indícios da prática do crime de pertinência à organização criminosa e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis (art. 10, § 2º), caracterizando a utilização da medida como *ultima ratio*.

O aludido Diploma Legal também expõe o momento para o emprego dessa técnica especial de investigação, qual seja, em qualquer fase da persecução penal (art. 3º, caput), bem como as formalidades que devem compor o requerimento (feito pelo Ministério Público) ou a Representação (formulada pela Autoridade Policial) para a concessão da medida (art. 11). Demais disso, também são definidos os requisitos, alcance, limites, prazo e todos os direitos e responsabilidades do agente infiltrado (arts. 10 a 14).

Acerca do prazo para o desenvolvimento desse meio de obtenção de prova, a mencionada Lei impôs um limite temporal, a saber, o período de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade, devendo os novos pedidos serem submetidos à apreciação da Autoridade Judicial.

Por oportuno, não se pode olvidar que o Decreto nº 5.015/2004, de 12 de março de 2004, que promulgou a Convenção de Palermo⁹

9 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Con-

– notadamente o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional –, também faz menção à infiltração de agentes em seu art. 20. Veja-se:

Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as *operações de infiltração*, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

2. A FIGURA DO COLABORADOR À LUZ DA LEI Nº 12.850/13

Assim como ocorre com a infiltração de agentes, diversas leis especiais brasileiras¹⁰ também dispõem sobre o instituto da colaboração premiada, de modo que cada uma delas prevê a concessão de benefícios diversos ao colaborador.

Dito instituto, tal como previsto na Lei nº 12.850/2013 (Lei de Combate ao Crime Organizado), especificamente no art. 3º, inciso I, constitui-se também em um dos meios especiais de obtenção de prova, utilizado para apuração de crimes praticados no contexto de uma organização criminosa, sendo essa notoriamente a legislação mais completa ao redor dessa matéria.

Com relação às vantagens que podem ser auferidas pelo colaborador, bem como os resultados que devem advir da colaboração para a concessão dos benefícios judiciais, conforme previsão legal, Masson & Marçal¹¹ sintetizam que:

venção de Palermo).

10 Art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 (**Lei dos Crimes Hediondos**); art. 159, § 4º (incluído pela Lei nº 9.269/96), do **Código Penal**; art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 (**Lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional**); art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 (**Lei que define os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo**); art. 1º, § 5º (com redação dada pela Lei nº 12.683/12), da Lei nº 9.613/98 (**Lei de Lavagem de Capitais**); art. 26 da **Convenção de Palermo** (promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004); art. 41, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (**Lei de Drogas**); arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/11 (**Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**); e art. 17 da Lei nº 12.846/13 (**Lei Anticorrupção Empresarial**).

11 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:

(...) o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos de persecução penal **confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes** quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos ou a localização de pessoas. (Grifos nossos).

Com efeito, conforme dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, o juiz poderá, a requerimento das partes: 1) conceder o perdão judicial; 2) reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade; ou 3) substituí-la por restritiva de direitos, daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. O mencionado dispositivo também estabelece que, dessa colaboração, é imprescindível que se obtenha um ou mais resultados previstos em seus incisos (I a V), os quais serão explicitados a seguir:

I. “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”: note-se que o legislador, ao instituir esse requisito, não se limitou a definir a necessidade de identificação apenas quanto aos demais coautores e partícipes, mas também o fez em relação às infrações penais por eles praticadas. Dessa forma, patenteia-se que as informações prestadas pelo colaborador, nesse quesito, devem ser aptas a identificar os demais integrantes da *orcrim*, bem como os crimes por eles perpetrados;

II. “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”: em se tratando de grupos criminosos organizados, é fundamental para as investigações o deslinde da composição e o escalonamento da *súcia*;

III. “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”: o colaborador, quando aplicável à hipótese, deve revelar futuras infrações penais a serem praticadas pela *súcia*;

IV. “recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”: a devolução do produto ou do proveito obtido com a prática dos ilícitos é de suma importância. No entanto, conforme entendimento doutrinário, é necessário que se valore a restituição realizada, porquanto, se o requisito em questão faz alusão à recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime, logicamente a devolução total pode levar o colaborador a alcançar o maior benefício concedido, que seria o perdão judicial. Por outro lado, se a recuperação for parcial – e de pouca monta –, é possível que se obtenha apenas a redução mínima de pena, qual seja, a de um sexto¹²;

V. “localização de eventual vítima com sua integridade física preservada”: esse resultado é de fulcral relevância e está diretamente vinculado a crimes específicos, como o sequestro e cárcere privado¹³ (art. 148, *caput*, Código Penal), por exemplo.

Vale salientar que, consoante previsão normativa, a colaboração deve ser efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal (art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013), devendo também ser considerada – para que seja concedido algum dos benefícios legalmente previstos (redução de pena, perdão judicial etc.) – a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso, tal como preleciona o art. 4º, § 1º, da mencionada Lei. Para além disso, destaca-se que esses dois requisitos são cumulativos e devem estar essencialmente associados a algum dos resultados discriminados anteriormente.

12 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 85.

13 Nesse tipo de crime, o bem jurídico tutelado é a liberdade física (atrelada ao direito de ir e vir).

3. AGENTES DE POLÍCIA: MITIGAÇÕES ACERCA DA ATRIBUIÇÃO PARA A INFILTRAÇÃO

Conforme estabelecia o art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.034/95¹⁴ (atualmente revogada), em qualquer fase da persecução criminal era permitida “a infiltração por agentes de polícia *ou de inteligência*, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, **mediante circunstanciada autorização judicial**”. (Grifo nosso)

Verifica-se que, da referida previsão legal, remanesceu o requisito da imprescindibilidade do deferimento judicial para a utilização da medida, mantendo-se outrossim a possibilidade referente à figura do agente de polícia. Doravante, excluiu-se a perspectiva de que a inserção seja feita por agentes de inteligência¹⁵.

Gize-se que parte da doutrina entende que essa modalidade de infiltração por agentes de inteligência exprimia dúvidas quanto à sua constitucionalidade. De acordo com o professor Renato Brasileiro de Lima, sem se descurar da importância das atividades de inteligência, “(...) as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por Autoridades Policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos à tal singularidade, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV, da CF/1988¹⁶; da Lei nº 9.883/1999¹⁷; e dos arts. 4º¹⁸ e 157¹⁹ e parágrafos do CPP”²⁰.

14 Lei que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

15 Em suma, agentes de inteligência são profissionais que trabalham na produção de relatórios de inteligência para orientar a tomada de decisão da Presidência da República.

16 “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.

17 Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, e dá outras providências.

18 “Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

19 “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

20 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 917.

Do ponto de vista técnico, impende consignar que compartilhamos do mesmo entendimento esboçado pelo professor Renato Brasileiro, sobretudo pelo fato de ser inquestionável que a medida em questão se reveste de uma complexidade extrema, exigindo do executor habilidades inerentes, a princípio e a rigor, aos treinamentos que deveriam ser conferidos, nesse espectro, aos próprios agentes de polícia, dentre as quais destacamos: controle emocional; inteligência estratégica; raciocínio célere, presumindo-se, ainda, que o agente estará sob constante cenário de perigo (na iminência de ser descoberto pelos membros que compõem verdadeiramente a súpria) e, por via de consequência, aquele e seus familiares impescindem de relevante e demasiada proteção.

No entanto, do ponto de vista jurídico, entendemos ser viável – inobstante a ausência ainda de qualquer previsão legal nesse sentido, no Direito pátrio – a conjugação das duas técnicas especiais de investigação/obtenção de meio de prova, abordadas neste capítulo (colaboração premiada e infiltração de agentes), desde que o infiltrado seja necessariamente um cidadão comum, que já integra a organização criminosa sob investigação ou participa das atividades ilícitas por ela desenvolvidas, e que deseja contribuir com as investigações, celebrando acordo de colaboração premiada.

Como vimos, para usufruir dos benefícios atinentes ao primeiro instituto, a atuação do colaborador deve estar pautada no efetivo alcance de um dos resultados previstos no art. 4º, incisos I a V, da Lei nº 12.850/2013. Contudo há casos em que o eventual colaborador, inobstante não detenha informações suficientes, aptas a atingir algum daqueles resultados pretendidos, anseia auferir qualquer dos benefícios judiciais legalmente previstos. Nessa hipótese, mostraria-se plenamente viável a utilização da infiltração de agentes – nessa ocorrência, por particular –, objetivando a aquisição de conhecimentos, capazes de auxiliar as investigações, bem como aptos a viabilizar a concessão de benefícios ao investigado colaborador.

Nessa senda, embora não pareça correta a utilização do termo “infiltração” para se referir ao infiltrado colaborador, tendo em vista que

o referido indivíduo provavelmente já fará parte da célula criminosa, dita nomenclatura se mostra adequada se partirmos do suposto de que o colaborador, após a indispensável autorização judicial, será inserido na organização criminosa, atuando, desta feita, infiltrado de forma disfarçada, com o desiderato de captar provas da prática de crimes graves (objetivo primordial da infiltração de agentes), bem como de informações que possam contribuir para o alcance de algum dos resultados estabelecidos pelo legislador para a concessão dos benefícios relativos à colaboração premiada (é o que se perquire com o referido instituto).

Nesse diapasão, entre as características previstas na Lei nº 12.850/13 (Lei de Combate ao Crime Organizado) para a infiltração de agentes, remanesceria a atuação do particular de forma disfarçada, mediante prévia autorização judicial.

A propósito, urge enfatizar que, mesmo não havendo no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo expresso que autorize a infiltração por pessoas estranhas aos quadros da polícia, podemos notar que subsistem discussões doutrinárias e jurisprudenciais que pairam em torno de uma possível mitigação dessa exclusiva atribuição para a execução da medida.

Com efeito, as previsões normativas que cuidam do agente infiltrado no ordenamento jurídico brasileiro – especificamente aquelas inseridas no art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas); art. 10 da Lei nº 12.850/13 (Lei de Combate ao Crime Organizado); e art. 190-A da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – presumem que não é admitida a infiltração por particulares²¹, sob pena de, se assim o for, estarmos diante de uma verdadeira prova ilícita²².

Todavia, conforme destaca Lima, há quem entenda ser possível a conjugação dos institutos da colaboração premiada e infiltração de agentes, desde que haja expressa autorização judicial para tanto. Vejamos:

²¹ Pela simples leitura dos três dispositivos citados, nota-se que o legislador estabeleceu expressamente que a medida deverá ser executada por **policiais** ou **por agente(s) de polícia**.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 915-918.

(...) caso um dos integrantes da organização criminosaresolva colaborar com as investigações para fins de ser beneficiado com a celebração de possível acordo de colaboração premiada, há quem entenda ser possível que o colaborador atue de modo infiltrado. Nesse caso, por mais que esse colaborador não seja servidor policial, **desde que haja autorização judicial** para a conjugação dessas duas técnicas especiais de investigação – colaboração premiada e agente infiltrado –, é possível que o colaborador mantenha-se infiltrado na organização criminosa com o objetivo de coletar informações capazes de identificar os demais integrantes do grupo. (Grifos nossos).

De outra banda, nota-se que, na jurisprudência²³, a discussão gira em torno da efetiva junção entre a contribuição do investigado colaborador para a apuração das infrações criminais e as atribuições do agente infiltrado (supostamente executadas por colaborador, no caso exposto), o que denota que a conjugação das medidas se mostra excepcionalmente presente no nosso ordenamento jurídico, notadamente, gize-se pela sua proficiência, mesmo não havendo qualquer previsão legal expressa para tanto. Veja-se:

Tribunal de Justiça de São Paulo. HABEAS CORPUS Nº 559542 - SP (2020/0022810-1) DECISÃO MONOCRÁTICA. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ALEXANDRE RICARDO DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consta dos autos que o paciente, juntamente com outros corréus, teve a prisão preventiva decretada pelo suposto cometimento dos delitos tipificados nos arts. 33, caput (por três) vezes, da Lei n. 11.343/06 e 2º, § 3º (exercício de comando), da Lei n. 12.850/2013. Inconformada a defesa impetrou prévio writ no Tribunal de origem, que denegou a ordem. Nesta Corte, **a defesa sustenta, preliminarmente, a invalidade da prisão cautelar e da denúncia porque amparadas em provas obtidas mediante**

²³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Decisão Monocrática). Habeas Corpus nº 559542-SP (2020/XXXX-1). Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento: 30/01/2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1367550960/decisao-monocratica-1367551191>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

a colaboração de um dos investigados. Afirma que “a função do investigado Kennedy em enviar fotos, locais e informações enquanto praticava crimes, tudo isso com auxílio e autorização do Juízo coator, não se confunde com o instituto da ação controlada, mas sim na figura de agente particular infiltrado, o que é vetado pela legislação brasileira.” (...) Requer a colocação do réu em liberdade e o **desentranhamento dos autos das provas colhidas ilicitamente por agente particular infiltrado**. O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 133). O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 209-217). É o relatório. Decido. (...) O juiz sentenciante, ao indeferir o pedido de liberdade provisória do paciente, refutou a tese de invalidade das provas supostamente obtidas com auxílio do corréu, nos seguintes termos: (...) **A alegação da defesa quanto a Kennedy Martins de Souza não procede, pois não restou configurado o instituto da infiltração de agentes previsto no artigo 10, da Lei 13.260/13, já que a infiltração se refere a agentes da polícia, não havendo previsão legal para a infiltração de particular. Kennedy não exerceu a função de infiltrado, apenas prestou depoimento colaborando com as investigações, não se fazendo passar por criminoso, até porque não podia exercer essa função, já que estava envolvido com os crimes praticados pela organização criminosa**, como bem salientou o Ministério Público em sua manifestação. (...) Na sentença condenatória, ao analisar o tema novamente, pontuou: Preliminarmente, não há ilicitude a ser reconhecida. Não houve delação premiada por parte, ele apenas confirmou, tanto na fase policial, quanto em juízo, os demais elementos da investigação. As provas foram obtidas por interceptações telefônicas, monitoramentos, campanas, prisões que ocorreram no decorrer das investigações, além dos depoimentos dos policiais, que foram seguros e coerentes em suas versões. Cumpre ressaltar que as investigações se iniciaram com o corréu Alexandre Ricardo, sendo que, o nome do corréu Kennedy surgiu posteriormente, quando a organização criminosa já estava previamente delineada. Desta forma, não há que se falar em prova ilícita e quebra da cadeia de custódia, tendo em vista que as Defesas tiveram acesso

à integralidade das conversas. (...) Pontuou, também, que o depoimento colaborativo do corréu Kennedy, prestado na fase policial, apenas confirmou a prévia investigação efetivada - que já havia detalhado toda a organização criminosa. Nesse contexto, o acolhimento da tese defensiva de que o corréu Kennedy teria atuado como agente infiltrado auxiliando na produção de prova e induzindo o cometimento de delito pelos integrantes do grupo criminoso demandaria o revolvimento do conteúdo fático-probatória, providência inadmissível na via do habeas corpus. (Grifos nossos).

Com base no excerto colacionado anteriormente, é possível verificar que o juiz sentenciante consignou a não utilização da medida de infiltração por particular, porquanto ausente previsão legal nesse sentido, ressaltando que, inobstante a colaboração do investigado colaborador, “as provas foram obtidas por interceptações telefônicas, monitoramentos, campanhas, prisões que ocorreram no decorrer das investigações, além dos depoimentos dos policiais, que foram seguros e coerentes em suas versões”.

Como cediço, toda prova possui um valor relativo, não sendo diferente com os “frutos” da colaboração premiada. Dessa maneira, é inconcebível que alguém seja condenado com base exclusivamente em uma delação²⁴. É imprescindível que haja outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão. Tanto é assim que o próprio art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013 dispõe: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”²⁵.

Nessa linha de intelecção, cumpre rememorar a predominância do princípio do livre convencimento motivado (ou persuasão racional) no direito brasileiro, nas palavras dos insignes Eugênio Pacceli & Douglas Fischer²⁶: “é livre convencimento quando o juiz não se vê obrigado a fazer prevalecer um ou outro meio de prova, como se, previamente, houvesse uma definição quanto à superioridade de um deles (...)”. Dito

24 Delação aqui entendida como ato unilateral do acusado.

25 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 103.

26 PACCEI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 908.

princípio só reforça a inexistência, portanto, de qualquer espécie de hierarquia em relação aos meios de prova.

No que se refere à prova ilícita e às que derivam dela, há vedações expressas quanto a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVI, e no art. 157 do Código de Processo Penal.

Contudo vale dizer que o direito brasileiro adotou a teoria da Exceção do Erro Inócuo (ou do Erro Irrelevante), que basicamente consiste na validade de uma condenação apoiada em prova ilícita, mas também em outras provas que são plenamente lícitas e que conduziram ao mesmo resultado.

Na hipótese aventada no acórdão anteriormente transcrito, um dos investigados, o qual teria celebrado previamente acordo de colaboração premiada, supostamente utilizou-se das atribuições de um agente infiltrado para a obtenção de provas, contribuindo para a investigação criminal, de modo que a defesa de um dos codenunciados arguiu a nulidade das provas obtidas por esse meio, pelo fato de não ser possível a execução da medida (infiltração de agentes) por particulares no direito penal brasileiro.

Contudo, conforme consignou o r. juízo sentenciante, as informações prestadas pelo colaborador (obtidas possivelmente mediante a utilização da infiltração por particular), estavam em harmonia com as demais provas produzidas, mostrando-se bastantes a alicerçar a pretensão acusatória e, portanto, evidenciar o acerto da sentença então guerreada.

Destarte, por mais que, na hipótese referenciada, o investigado colaborador tenha supostamente atuado como particular infiltrado, medida que, repita-se, não encontra previsão expressa em nossa legislação, há precedentes nas Cortes Superiores em que se fixa o entendimento esboçado, no sentido de que, se além da prova, a princípio tida como ilícita, outras servirem de base para a condenação, não há nulidade a ser reconhecida. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SIGILOS

DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E DE DADOS. VIOLAÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA NOUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DEMAIS QUESTÕES TRAZIDAS NO RECURSO ESPECIAL. REITERAÇÃO DO HC 522.719/SP. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. **Ainda que considerada ilícita a prova obtida através da verificação dos dados telefônicos, sem prévia autorização judicial, lastreando-se a condenação noutros fatos devidamente comprovados, independentes daquele meio derivado de ilicitude, ratifica-se o édito condenatório.** Precedentes. 2. Diante disso, impossibilita-se, nesta sede, reavaliar o acerto da conclusão a que chegou o Tribunal estadual, em razão do óbice previsto na Súmula 7 desta Corte, mormente pelo que foi afirmado na origem: ainda que não considerada a prova ora taxada de ilícita, haveria elementos outros para sustentar a edição do *liquet*. (...). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1924573/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021). (Grifos nossos).

Cumprido esclarecer que jamais se busca, neste escrito, com fundamento na teoria da Exceção do Erro Inócuo, fomentar a utilização de provas ilícitas no processo penal. No entanto é de se ressaltar que o fato de não haver uma norma proibitiva, que estabeleça expressamente a impossibilidade de utilização da infiltração por particulares, faz com que a atribuição para sua utilização seja eventualmente mitigada, sobretudo por investigados colaboradores, notadamente pelo fato de estes já estarem inseridos na organização criminosa sob apuração.

Ao analisarmos com afincos os resultados previstos em lei para a concessão dos benefícios relativos ao acordo de colaboração premiada (art. 4º, incisos I a V, da Lei nº 12.850/2013), é possível inferir que algumas informações, como a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, dificilmente estarão ao alcance daqueles integrantes da súpria que ocupam o “baixo escalão” do grupo delitivo organizado.

Ademais é de se convir que, do ponto de vista prático, o limite temporal imposto pelo legislador para a infiltração de agentes (seis

meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade), mostra-se bastante efetivo, se considerarmos a utilização da medida pelo particular colaborador, tendo em vista que, por possivelmente já integrar a *orcrim*, este poderá conquistar a confiança dos demais membros da célula criminosa mais rapidamente.

Desse modo, utilizando-se da conjugação dos institutos da colaboração premiada e infiltração de agentes, o investigado colaborador poderá obter tanto as provas da prática de crimes graves – auxiliando sobremaneira as investigações –, como informações necessárias para o alcance de algum dos resultados já mencionados e, conseqüentemente, para a concessão dos benefícios atinentes ao instituto da colaboração premiada. Tal junção, por certo, apresenta-se densamente apta a trazer resultados investigativos valorosos e quiçá a altura do combate necessário à sofisticação com que o crime organizado vem diuturnamente se apresentando no celeiro mundial.

4. INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO COMPARADO

A infiltração de agentes também encontra previsão na legislação de diversos países, dentre os quais destacamos: Estados Unidos da América; Itália; Alemanha; Espanha; França; Portugal; e Argentina.

No ordenamento jurídico português, existe a possibilidade de a infiltração²⁷ ser realizada por particulares, conforme preceitua o artigo 1º, item 2, da Lei portuguesa nº 101/2001²⁸ (alterada pelas Leis nº 60/2013 e nº 61/2015), o qual reza, *in verbis*:

Artigo 1º. Objecto. (...) 2 – Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal **ou por terceiro** actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade (...). (Grifo nosso).

²⁷ Na legislação portuguesa, o termo utilizado para se referir ao que chamamos de “agente infiltrado” no Brasil é “agente encoberto”.

²⁸ Regime Jurídico das Ações Encobertas.

Tal como ocorre no direito brasileiro²⁹, o Código de Processo Penal português³⁰ estabelece, em seu artigo 126, item 1, que “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”. O referido artigo traz ainda (item 2) uma série de métodos proibidos de prova, como a obtenção de provas colhidas de forma enganosa (alínea “a”), bem como as “provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular³¹” (item 3).

Já no que se refere ao âmbito de aplicação da medida, o Regime Jurídico das Ações Encobertas (RJAÉ) elenca um rol de crimes nos quais será permitida a utilização das chamadas ações encobertas (artigo 2º). Entre eles estão os delitos de associações criminosas (alínea “i”); tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (alínea “j”); e *branqueamento* de capitais, outros bens ou produtos (alínea “l”).

Com relação à previsão normativa atinente à criminalidade organizada, o autor Luciano A. S. e Silva, em seu trabalho de mestrado³², destaca que, inobstante a ausência de previsão expressa na Lei portuguesa nº 101/2001 para a utilização da medida no combate a esse fenômeno, mas baseando-se em uma interpretação teleológica da norma, “o recurso do agente encoberto deve ser compreendido como meio de investigação empregado na apuração de delitos cometidos no âmbito do crime organizado, afigurando-se um importante recurso do Estado na perseguição penal a este tipo de criminalidade”³³.

Diferentemente do que acontece no Brasil, no ordenamento jurídico português, a utilização da medida em questão não encontra previsão em legislações esparsas. Ao revés, vê-se que lá o legislador optou por listar – em uma única lei – os crimes nos quais é possível

29 Artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

30 Decreto-Lei nº 78/87.

31 Ressalvados os casos previstos em lei.

32 SILVA, Luciano A. S. **O Agente Infiltrado. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal.** 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20brasil%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

33 *Ibidem.*

o emprego das chamadas “ações encobertas” (“infiltração de agentes”, no Brasil). Do mesmo modo, no RJAE, também não há qualquer diferenciação entre as figuras do agente infiltrado, agente encoberto ou provocador, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, nos Estados Unidos da América (E.U.A), a infiltração de agentes é um dos meios de investigação mais utilizados atualmente, sobretudo pelas agências especiais do *Federal Bureau of Investigations* (FBI) e *Drug Enforcement Administration* (DEA), esta última criada em 1973 visando ao combate ao narcotráfico. Assim como vemos no Brasil, nos E.U.A não há uma legislação específica que trata sobre a matéria (como ocorre, por exemplo, em Portugal), existindo, outrossim, diversas referências legais, entre elas o Título 28, parte 2, capítulo 33, do Código de Processo Judicial (*United States Code*³⁴), o qual estabelece as situações em que se permite a realização da medida por designação da Procuradoria-Geral de Justiça, e o Título 22, § 2º, item 11, do Código de Regramentos Federais (*Code of Federal Regulations*³⁵), em que se conceitua a infiltração³⁶.

No que concerne às orientações para a atuação dos agentes infiltrados, estas se encontram dispostas nos manuais das próprias agências, como no *Attorney General’s Guidelines on Federal Bureau Investigations Undercover Operations*³⁷.

Tal como no direito penal português, no ordenamento jurídico estadunidense também há a previsão de infiltração por particulares, lá denominados de “informantes”, cidadãos comuns que não compõem os quadros da polícia norte-americana.

Nesse quesito, vale destacar que a eficácia que envolve a mitigação da atribuição da medida se revela incontestável nos Estados Unidos, sobretudo no combate ao narcotráfico internacional de drogas, notadamente quando nos deparamos com casos como o ocorrido na

34 Disponível em: <<https://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

35 Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/app/collection/cfr>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

36 SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)**: processo penal. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

37 Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2013/09/24/undercover-fbi-operations.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

década de 90, em que o policial americano e atual Diretor de Segurança Pública do Departamento de Polícia de Paterson (Nova Jersey), Jerry Speziale, e o brasileiro Paul Lir Alexander (famoso traficante de drogas) se infiltraram em cartéis de cocaína, passando-se por transportadores³⁸, ocasião em que obtiveram êxito em apreender mais de 2.000kg (dois mil quilos) de cocaína e US\$ 3.000,000 (três milhões de dólares), além das prisões de líderes de cartéis, a exemplo do conhecido traficante Pablo Escobar, conforme extraído do *site* Âmbito Jurídico³⁹:

Maria Jamile José, em sua tese de mestrado (2010, p. 151), cita um caso bastante conhecido de atuação do DEA na década de 90 no combate aos cartéis de cocaína colombianos, no qual o “*Group 93*” do DEA, liderado pelo policial Jerry Speziale, juntamente com o brasileiro Paul Lir Alexander, infiltraram-se nos quartéis passando por transportadores de cocaína, criando uma infraestrutura milionária, desde empresas de faixa à pistas de pousos e abastecimento de aviões no meio da selva em diversos países, dentre eles, Guatemala, Costa Rica e Brasil. Ao longo de alguns anos de infiltração apreenderam mais de dois mil quilos de cocaína e três milhões de dólares, além das prisões dos principais líderes dos quartéis colombianos, inclusive Pablo Escobar. **Nos Estados Unidos admite-se a infiltração por particulares, chamados de informantes, alegando que as organizações criminosas os aceitariam mais facilmente.** (Grifo nosso).

Conforme destacado no excerto colacionado anteriormente, nos E.U.A a infiltração por particulares é deveras prestigiada, porquanto se entende que as organizações criminosas aceitam os cidadãos comuns mais facilmente. Cuida-se, aliás, da mesma linha de raciocínio exposta e advogada no presente arrazoado.

Sem se descurar da nobre atividade desenvolvida pelos policiais brasileiros no âmbito das investigações criminais, para as quais existem inúmeros treinamentos e cursos de capacitação para a execução das mais variadas técnicas de investigação, não se pode olvidar que a

38 Para mais detalhes sobre esse caso, consultar: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-traficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

39 Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacoes-criminosas/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

criminalidade organizada, em decorrência da vasta “experiência” de alguns dos seus membros, consegue reconhecer uma atuação policial e até mesmo identificar um agente devidamente disfarçado.

Nessa linha de intelecção, ainda citando o caso de Jerry Speziale, o referido policial americano, em seu livro intitulado *Without a Badge – Undercover in the World’s Deadliest Organization* (Sem Crachá – Infiltrado na Organização Criminosa mais Mortal do Mundo), narra sua experiência e a participação do traficante Paul Lir como informante – ou infiltrado, no Brasil – da DEA, bem como expõe diversos diálogos que teve com Paul, conforme mencionado por Itamar Melo⁴⁰. Um deles faz referência ao que se expôs previamente, veja-se:

(...) Deixe-me explicar algo a você, Jerry. Você age como um policial. Você fala como um policial. Você pensa como um policial. Você cheira como um policial. Se você pensa que vai chegar perto dos cartéis, você está louco. Eles vão farejar você a um quilômetro de distância e então vão te matar (...).

De outra banda, vale mensurar que é de senso comum ser a estrutura da polícia norte-americana pouco assemelhada à brasileira. No entanto, partindo da inferência antes esboçada, mostra-se relevante pensarmos sobre a possibilidade de mitigação da atribuição para a execução da mencionada medida no ordenamento jurídico pátrio.

Para mais, vale dizer que, nos Estados Unidos, é permitido o cometimento de delitos pelo agente infiltrado, desde que haja prévia autorização do seu supervisor, sendo vedada

a obtenção de benefícios pessoais por meio dos delitos que vier a cometer; a vulneração de direitos constitucionais, salvo mediante prévia autorização; o oferecimento ou o recebimento de favores sexuais no exercício de suas funções; a intimidação ou ameaça de investigados; e, por fim, a provocação de crimes pelos investigados⁴¹.

40 MELO, Itamar. **Um Camaleão do Crime. Paul Lir**: o traficante brasileiro que enganou todo mundo. GZH Geral, 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-trafficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

41 ALVES, Stephanie Mendes. **A infiltração de agentes como meio de prova consoante as disposições da nova lei das organizações criminosas**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacoes-criminosas/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Já na Espanha, o agente infiltrado – que lá recebe o nome de *agente encubierto* – encontra previsão no artigo 282 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Pertinente ressaltar que as previsões normativas espanholas guardam diversas semelhanças com o que se tem na legislação brasileira atualmente. No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, somente os membros da Polícia Judicial poderão atuar como infiltrados, mediante expressa autorização judicial e utilização de dados de identificação falsos – tal como ocorre no Brasil –, conforme estabelece o *Artículo 282 bis*, item 1, da citada *Ley, ipso facto*:

1. *A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a **funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación**, a actuar bajo **identidad supuesta** y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. (...).* (Grifo nosso).

No que se refere à criminalidade organizada, a mencionada lei espanhola traz, no item 4 do artigo supracitado, o que se entende por organizações criminosas, elencando em seguida um rol taxativo de delitos nos quais é permitida a utilização da medida, assim como também estabelece a legislação portuguesa.

Com relação ao cometimento de delitos por parte do *agente encubierto*, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* preceitua, em seu artigo 282 bis, item 5, que este estará isento de responsabilidade criminal, desde que sua atuação seja uma consequência necessária para o deslinde da investigação e não constitua uma provocação do delito, devendo sempre guardar a devida proporcionalidade com essa finalidade. Vejamos:

5. *El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida*

proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Por fim, vale destacar a previsão da figura do agente infiltrado no ordenamento jurídico alemão (lá denominado de *Verdeckter Ermittler*⁴²), a qual foi introduzida pelas alterações feitas no § 110 do Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozeßordnung – StPO*), ante a necessidade de se combater as ações da criminalidade organizada, notadamente o tráfico de drogas, e, em um segundo momento, o terrorismo, circunstâncias que deram origem à Lei para o combate ao tráfico ilícito de estupefacientes e outras formas de criminalidade organizada⁴³.

Com afinco, a figura do agente infiltrado, tal como previsto no § 110a, II, do mencionado Código de Processo Alemão (StPO), pode ser definida como “membros do serviço policial que atuam, debaixo de uma identidade alterada (*legende*), outorgada por um período limitado de tempo”⁴⁴. Ainda sobre essa definição, esclarece Luciano André⁴⁵:

Do conceito citado estão excluídos, portanto, os membros da polícia que tenham se infiltrado somente como decorrência de uma ocasião, bem como os *V-mann*. O *Große Senat des Bundesgerichtshofs* define *V. Mann* “como a pessoa que, por diversos motivos, seja para esclarecer o crime, ou para denunciar os agentes, seja útil ao impedimento e esclarecimento do crime e cuja identidade seja mantida secreta à disposição das entidades de instrução em cuja dependência tal pessoa opera”⁴⁶. São pessoas estranhas aos quadros oficiais da polícia, mas que colaboram com a polícia habitualmente e são utilizadas por ela em suas tarefas de investigação.

42 Utilizando a ferramenta *Google Tradutor*, obtém-se a tradução “policial disfarçado”, termo que, por sua vez, é traduzido para o inglês como “*undercover cop*”.

43 Lei ORGKG de 15 de julho de 1992 – Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und Anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG. Disponível em: <https://dejure.org/BGBI/1992/BGBI_I_S_1302>.

44 Tradução presente na Dissertação de Mestrado do autor Luciano André da Silveira e Silva (vide referências).

45 SILVA, Luciano A. S. O Agente Infiltrado. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20bras-sil%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

46 LUCIANO, 2015, apud MEIREIS, *Cit.*, pág. 28.

Desse modo, vislumbra-se que, assim como nos direitos brasileiro e espanhol, na Alemanha também não se admite expressamente a infiltração de pessoas estranhas aos quadros da polícia, seja por meio dos V-Mann ou pela figura dos colaboradores ou informantes – ali definidos como “pessoas que, ocasionalmente, por estarem no local ou ouvirem sobre determinado crime, prestam serviço à polícia” –, ajudando a esclarecer delitos sobre os quais se tem alguma notícia ou informação.

Com relação aos requisitos para a utilização da medida, a legislação alemã estabeleceu um catálogo de delitos nos quais se admite a infiltração de agentes, não exatamente como adotado em Portugal, como já vimos, haja vista que, no ordenamento jurídico alemão, foram previstas – precisamente nos números 3 e 4, do § 110a, II, do StPO – cláusulas gerais que permitem a incorporação de outros crimes (que não aqueles já preceituados). Nesses números, encontramos a permissão do emprego do agente infiltrado em fatos cometidos: “3. De forma profissional ou habitual” e “4. Por membro de um bando (ganguê) ou grupo de outro modo organizado”⁴⁷.

Por fim, de modo diverso do que ocorre no ordenamento jurídico estadunidense, existe um consenso de que, na Alemanha, o agente infiltrado não poderá cometer delitos durante a execução da medida. No entanto, caso venha a acontecer, como na hipótese das chamadas “provas de fidelidade”, em que o agente deve cometer delitos como uma forma de provar que deseja fazer parte da organização criminosa em que está infiltrado, tem se admitido – apenas em casos excepcionalíssimos – a possibilidade de que a ação seja justificada pelo estado de necessidade justificante (§ 34 do StPO) ou pelo estado de necessidade desculpante (§ 35 do mesmo Diploma Legal).

47 SILVA, Luciano A. S. **O Agente Infiltrado**. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20bras-sil%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CONCLUSÃO

Em razão da complexidade das investigações que envolvem a criminalidade organizada, cada vez mais estruturada e inovando na utilização de recursos e engrenagens, sobretudo tecnológicos, mostra-se extremamente necessário que os meios de obtenção de prova atualmente disponíveis para auxiliar no combate a esse fenômeno – que há muito está presente na história da humanidade – sejam cada vez mais aprimorados, de modo a possibilitar uma efetiva resposta do Estado a essas mutações/sofisticações delitivas.

Bem por isso, para o enfrentamento do crime organizado, não podemos nos valer pura e simplesmente dos meios de prova tradicionais e corriqueiros, como aqueles já previstos nos artigos 155 a 250 do Código de Processo Penal. Por esse motivo, também já existem diversas técnicas especiais de investigação/obtenção de prova previstos na legislação brasileira, estes mais apropriados, portanto, à apuração de ações derivadas desse tipo de criminalidade. Nesse sentido, conforme sabiamente explicita Jeferson Botelho Pereira⁴⁸:

(...) é preciso que a investigação criminal seja tratada no modelo empresarial, num viés arrojado, com gestão de meios, pessoal, ações e estratégias, devidamente articuladas pelos diversos órgãos que compõem o sistema de persecução criminal, cada qual agindo nos limites da lei, sem o famoso jogo de vaidades, sem predomínio de poder, sem prevalência de um órgão sobre o outro. Mesmo porque todos têm o seu nível de importância no contexto global, a fim de se buscar os verdadeiros interesses que norteiam os valores da sociedade, desiderato colimado, e nem queiram argumentar acerca do fundo ético do direito penal para atacar a nova técnica de infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas com o intuito de produzir as provas necessárias para o estancamento da hemorragia do crime organizado que tanto mal causa à sociedade, considerando que aético mesmo é a associação de malfeitores, asseclas desalmados, terroristas urbanos, sanguessugas da paz social, concertadamente reunidos (...), com o objetivo de obter direta ou indiretamente,

⁴⁸ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais (...).

Não é sempre que vemos a utilização da infiltração de agentes no cotidiano policial brasileiro, sendo esta uma medida ainda raramente utilizada em nosso cenário jurídico investigativo. No entanto denota-se que dita técnica especial de investigação se revela bastante eficaz em outros países, notadamente no combate ao narcotráfico internacional, gerido por grupos criminosos surpreendentemente organizados, como já demonstrado.

Para além disso, compreende-se que a conveniência da medida está estritamente atrelada à amplitude da atribuição para sua execução, haja vista que, como vimos, em países onde a infiltração pode ser executada por particulares, como nos Estados Unidos da América, é possível obter resultados destacadamente satisfatórios no enfrentamento do fenômeno das organizações criminosas.

Inobstante se exija – a rigor – uma efetiva preparação para a execução da infiltração de agentes, sendo presumível que, da atuação por cidadãos comuns, alheios aos quadros da polícia, podem advir alguns embaraços, como: a exposição a riscos; a falta de compromisso; e a ausência de confiança no particular, não se pode olvidar que, na conjugação desses dois meios de obtenção de prova – colaboração premiada e infiltração de agentes –, o indivíduo que atuará auxiliando na apuração dos fatos delituosos será necessariamente um investigado colaborador, ou seja, um indivíduo que possivelmente já integrará a organização criminosa sob investigação, fato que provavelmente irá dirimir os riscos decorrentes da execução dessa medida. Além disso, não se espera que o eventual delator atue com negligência, haja vista a possibilidade de se auferir relevantes benefícios judiciais com a efetiva colaboração.

Com base nas premissas postas, afigura-se essencial, em nosso sentir, a reflexão que circunda a possibilidade de mitigação da atribuição para a infiltração de agentes no direito penal brasileiro, especialmente nas investigações que versam sobre a prática do delito de pertinência à organização criminosa, não se perdendo de vista que as consequências desse tipo penal são nefastas, causando graves e, por vezes, irreparáveis

males para a sociedade. Decerto, conceber a conjugação de duas (ou até mais) técnicas especiais de investigação, nos termos aqui professados, é aperfeiçoar as formas de meios investigativos com o desiderato de ao menos tentar refrear esse tipo de criminalidade e, conseqüentemente, seus fatídicos efeitos deletérios para o tecido social.

A defesa dessa vertente jurídico-processual ganha, ainda, relevância demasiada dentro do cenário apuratório voltado para o combate a organizações criminosas, porquanto – a um só tempo – prestigia-se a nítida eficácia desses dois valorosos institutos (infiltração de agentes e colaboração premiada), os quais, se legalmente utilizados, podem ser extremamente eficientes no combate aos conglomerados delitivos organizados, considerando, ademais e concluindo, a rigor, que tais meios de obtenção de prova foram trazidos ao nosso cenário jurídico-legislativo justamente como técnicas apuratórias destacadas no enfrentamento significativo e auspicioso do crime organizado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Stephanie Mendes. **A infiltração de agentes como meio de prova consoante as disposições da nova lei das organizações criminosas**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacoes-criminosas/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ESPAÑHA. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ministerio de Gracia y Justicia. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. Espanha, 1982. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

JUSBRASIL. **Jusbrasil**: Conectando pessoas à Justiça. c2022. Página inicial. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

JUSBRASIL. **Infiltração de agentes. Técnica investigativa de combate ao crime organizado**. Disponível em: <<https://jus.com>>.

br/artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado>. Acesso em: 21 fev. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 915-927.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius, **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2006.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELO, Itamar. **Um Camaleão do Crime. Paul Lir**: o traficante brasileiro que enganou todo mundo. GZH Geral, 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-traficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACCEI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Infiltração de agentes. Técnica investigativa de combate ao crime organizado**. Jus, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

PORTUGAL. Lei nº 101/2001. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. **Diário da República Eletrónico**. Portugal, 2001. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/101-2001-515636>>. Acesso em: 3 mar. 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87. Código de Processo Penal. **Diário da República Eletrónico**. Portugal, 1987. Disponível

em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58543319>>. Acesso em: 3 mar. 2022.

SILVA, Luciano A. S. O Agente Infiltrado. Estudo Comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20brasil%20e%20portugal.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico):** processo penal. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

COVID-19, DISTANCIAMENTO CONTROLADO E DANO MORALCOLETIVO: O CASO DAS AGLOMERAÇÕES SOCIAIS CLANDESTINAS NO RIO GRANDE DO SUL

COVID-19, CONTROLLED SOCIAL DISTANCING AND NON-PECUNIARY DAMAGES TO A CLASS OF INDIVIDUALS: THE CASE OF CLANDESTINE SOCIAL GATHERINGS IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL, BRAZIL

Felipe Teixeira Neto

Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli Studi di Salerno* (Itália). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de Lisboa (Portugal). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MPRS, atualmente exercendo as funções de Assessor do Procurador-Geral de Justiça.
felipen@mprs.mp.br

Angela Salton Rotuno

Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília – UnB. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MPRS, atualmente exercendo as funções de Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos.
angela@mprs.mp.br

Roberta Weirich Mottin

Especialista em Direito Público e Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado Rio Grande do Sul – MPRS.
rwmottin@mprs.mp.br

Como citar este artigo:

TEIXEIRA NETO, Felipe; ROTUNO, Angela S.; MOTTIN, Roberta W. Covid-19, distanciamento controlado e dano moral coletivo: o caso das aglomerações sociais clandestinas no Rio Grande do Sul. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 47 - 72.

Resumo: Visa, o presente artigo, analisar a viabilidade da caracterização da ocorrência de dano moral coletivo com base no desrespeito das normas de distanciamento social impostas em razão da pandemia do novo coronavírus. Tomou-se como premissa para tanto o Sistema de Distanciamento Controlado instituído no Estado do Rio Grande do Sul. Com a verificação do conceito de aglomeração e a justificativa da sua proibição, intentou-se aferir a viabilidade de, à vista da realização de festas clandestinas, configurar-se o respectivo dever de indenizar. Para tanto, partiu-se dos conceitos doutrinário e jurisprudencial do dano moral coletivo, analisando a ocorrência dos seus pressupostos na hipótese apresentada.

Palavras-chave: Covid-19; Responsabilidade Civil; Saúde Pública; Dano Moral Coletivo.

Abstract: *This article aims to analyze the feasibility of characterizing the occurrence of non-pecuniary damages caused by the non-compliance with the rules of social distancing imposed by health authorities due to the pandemic of Covid-19, while the Controlled Social Distancing System established in the State of Rio Grande do Sul has been put into effect. From the analysis of the concept of gatherings and the reasons for its prohibition, the paper intends to assess the feasibility of a duty to indemnify in case of individuals who hosted clandestine parties. In order to do so, the paper is based on doctrine and precedents to establish the concept of non-pecuniary damages to a class of individuals, while analyzing the occurrence of its assumptions in the presented hypothesis.*

Keywords: *COVID-19; Tort Law; Public health; Non-pecuniary damages to a class of individuals.*

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estado do Rio Grande do Sul e o sistema de distanciamento controlado; 2.1 O conceito de aglomeração e a justificativa para a sua proibição; 2.2 A não observância dos ditames de distanciamento social e as suas consequências jurídicas; 3. Dano Moral Coletivo e inobservância das medidas de distanciamento controlado: o caso das aglomerações sociais clandestinas (festas privadas); 3.1 Pressupostos elementares à configuração do dano moral coletivo na hipótese apresentada; 3.2; Aferição *in re ipsa* do dano moral coletivo na situação posta; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

Em 4 de fevereiro de 2020, foi publicada, no Diário Oficial da União, a Portaria nº 188, que declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2), causador da doença respectiva que se manifesta nos seres humanos e é identificada popularmente

como Covid-19¹. Tal medida foi tomada diante da Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro do mesmo ano, em face da necessidade de se reunirem esforços de todo o Sistema Único de Saúde na identificação da etiologia dessas ocorrências e no emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública.

Medidas com a finalidade de proteção da coletividade também foram estabelecidas pelo Governo gaúcho, numa tentativa de desacelerar a proliferação do vírus e promover o achatamento da curva epidêmica, permitindo que o Sistema de Saúde pudesse absorver a demanda crescente por leitos de UTI. Tanto que, em 19 de março de 2020, foi editado o Decreto nº 55.128, declarando estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul para fins de prevenção e enfrentamento da epidemia causada pela Covid-19.

Na sequência dessas medidas, convencionou-se chamar de Sistema de Distanciamento Controlado, como adiante se explicitará, prevendo uma série de medidas de distanciamento social com vistas a obter os resultados esperados na contenção da disseminação do novo coronavírus e, por conseguinte, na proliferação dos casos de Covid-19. Ocorre que, contrariando todas essas normativas, era frequente, na vigência das restrições impostas, verificar a realização de eventos privados nos quais os participantes abstinham-se de observar as medidas individuais de proteção (como o uso de máscaras, por exemplo) e de manter o distanciamento preconizado pelas normas sanitárias, gerando aglomeração e colocando em risco a saúde não apenas dos participantes do evento, mas de toda comunidade em função do elevado potencial de transmissibilidade da doença.

O objetivo do presente estudo, portanto, é verificar se, na hipótese de inobservância de tais regras de distanciamento social, por meio da realização deliberada de eventos festivos com aglomerações injustificadas de pessoas², seria possível a caracterização de dano

1 Disponível em: <<https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/qual-a-diferenca-entre-sars-cov-2-e-covid-19-prevalencia-e-incidencia-sao-a-mesma-coisa-e-mortalidade-e-letalidade>>. Acesso em: 18 set. 2020.

2 O problema é de grande magnitude. Conforme divulgado na imprensa na época, apenas no Estado do Rio

moral coletivo passível de ser indenizado, sem prejuízo das medidas administrativas e criminais concomitantemente cabíveis. Em outras palavras, objetiva o presente estudo analisar a situação posta (aglomerações festivas não autorizadas) à luz da teoria do dano moral coletivo, verificando o papel da responsabilidade civil na proteção e na promoção do interesse coletivo em causa.

1. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O SISTEMA DE DISTANCIAMENTO CONTROLADO

Em 10 de maio de 2020, o Decreto nº 55.240 instituiu o Sistema de Distanciamento Controlado para fins de prevenção e de enfrentamento da epidemia causada pelo novo Coronavírus no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, reiterando a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual e dando outras providências. Dito diploma foi alterado posteriormente por sucessivos atos regulatórios e complementado pelo Decreto nº 55.472/20, de 10 de setembro de 2020, que determinou a aplicação das medidas sanitárias segmentadas de que trata o artigo 19 do Decreto nº 55.240/20, antes citado³.

O Sistema de Distanciamento Controlado, nos termos do artigo 3º do Decreto 55.240/2020, consiste em sistema que, por meio do uso de metodologias e tecnologias que permitam o constante monitoramento da evolução da epidemia em curso e das suas consequências sanitárias, sociais e econômicas, estabelece, com base em evidências científicas e em análise estratégica das informações, um conjunto de medidas destinadas a preveni-las e a enfrentá-las de modo gradual e proporcional, observando segmentações regionais do sistema de saúde e segmentações setorializadas das atividades econômicas. Tudo com o objetivo de viabilizar a preservação da vida e a promoção da saúde pública e da dignidade da pessoa humana, em equilíbrio com

Grande do Sul foram encerradas, pelas forças policiais, 267 festas clandestinas naquele período inicial de maior restrição, contabilizados dados disponíveis até 11 de agosto de 2020. Informações disponíveis em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2020/08/desde-o-inicio-da-pandemia-bm-ja-encerrou-267-festas-clandestinas-no-rs-12535988.html>>. Acesso em: 18 set. 2020.

3 O Sistema de Distanciamento Controlado foi substituído pelo Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento da pandemia de Covid-19 (*Sistema 3As de Monitoramento*), por força do Decreto Estadual nº 55.856, de 15 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.al.rs.gov.br/legis/MO10/MO100018.asp?Hid_IdNorma=71700&Texto=&Origem=1>. Acesso em: 20 maio 2021.

os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e com a necessidade de se assegurar o desenvolvimento econômico e social da população gaúcha, consoante preconizam os princípios vetores insculpidos na Constituição da República.

Com o avanço vertiginoso da infecção humana pelo SARS-CoV-2 em todo o território nacional, medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública também foram implementadas pelos municípios gaúchos com a edição de decretos municipais complementares à norma estadual.

1.1. O conceito de aglomeração e a justificativa da sua proibição

A Lei Federal nº 13.979/20, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus responsável pelo surto de 2019, estabelece, nos incisos do seu artigo 3º, diversas medidas, entre elas (talvez a principal), o isolamento social⁴.

O Decreto Estadual nº 55.285, de 31 de maio de 2020, que alterou o Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, definiu “aglomeração” como a reunião de três ou mais pessoas, ainda que em ambiente aberto ou em via pública, nos termos do seu artigo 15, parágrafo único, inciso V. Nesta linha, o Modelo de Distanciamento Controlado apresentava, no item “Protocolos Obrigatórios (todas as bandeiras)”⁵, inúmeras medidas, dentre elas destacando-se, com especial importância, consoante item IV, a expressa vedação de “realização de eventos e a realização de reuniões presenciais em áreas fechadas ou abertas”.

Já o Decreto Estadual nº 55.240/20, especificamente com relação às medidas sanitárias permanentes, dispunha, no seu artigo 12, inciso

4 Assim dispunha, na íntegra, o precitado dispositivo legal: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020): I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020) IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáveres”.

5 Disponível em: <<https://distanciamentocontrolado.rs.gov.br/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

I, a peremptória obrigatoriedade de “observância do distanciamento social, restringindo a circulação, as visitas e as reuniões presenciais de qualquer tipo ao estritamente necessário”, no que era complementado pelo seu inciso IV, com a exigência da

observância do distanciamento interpessoal mínimo de dois metros, evitando-se a formação de aglomerações de pessoas nos recintos ou nas áreas internas e externas de circulação ou de espera, bem como nas calçadas, portarias e entradas dos prédios e estabelecimentos, públicos ou privados.

Pode-se afirmar, desse modo, que, se não houvesse respeito às regras anteriormente estabelecidas, estar-se-ia diante de situação apta a caracterizar aglomeração de pessoas, a qual, pela afronta às regras então vigentes, representava situação apta a comprometer a segurança da saúde pública considerada por uma perspectiva coletiva *lato sensu*.

Exatamente por isso é que se afigurava de suma importância a plena observância das restrições de circulação, visitas ou reuniões, especialmente de cunho social, respeitando, desse modo, o distanciamento interpessoal mínimo, evitando-se a formação de aglomerações de pessoas nos recintos ou nas áreas internas e externas de circulação ou de espera, bem como nas calçadas, portarias e entradas dos prédios e estabelecimentos, públicos ou privados, nos exatos termos do que dispunham os atos normativos de regência do período atípico então vigente.

Com o avanço da pandemia da Covid-19, a comunidade científica discutiu a eficácia e a necessidade de métodos de proteção contra a transmissão do vírus, como o distanciamento social e o uso de máscara facial. Especialmente no que tange ao distanciamento social, a Organização Mundial da Saúde (OMS) orientou que o afastamento ideal entre pessoas em locais públicos deveria ser de, no mínimo, dois metros, o que se afigurava incompatível com reuniões sociais e com o intuito de confraternização. Isso parte do pressuposto de que pessoas infectadas que não desenvolvessem sintomas da doença se tornariam potenciais transmissores quando de eventos ou reuniões sociais, quanto mais quando ditos encontros não eram acompanhados do uso generalizado de máscara de proteção.

A esse propósito, Daniel Stariolo, Professor do Departamento de Física da Universidade Federal Fluminense – UFF, desenvolveu estudo intitulado “Covid-19 em suspensões pneumáticas”⁶, com o intuito de compreender como o novo coronavírus se movimenta no ar e os impactos disso em sua transmissão. O seu propósito, consoante se infere, foi apresentar uma estimativa acerca do tempo que o vírus permanece em suspensão em ambientes fechados, bem como acerca do seu alcance antes do depósito em superfícies próximas.

Assim apresentou o autor:

As principais características que determinam o movimento das partículas no ar são massa e tamanho. Normalmente, há uma distribuição desses atributos em um aerossol. Entretanto, na transmissão do novo coronavírus, quando uma pessoa infectada tosse ou espirra ela emite uma certa quantidade de gotículas de saliva com diversos tamanhos, que vão desde micrômetro até milímetros. As gotículas maiores caem rapidamente no chão em razão de seu peso, enquanto as muito pequenas podem ficar flutuando no ar.

Para calcular o tempo de decaimento até o solo e a distância percorrida por uma gota de maior tamanho utilizei um modelo físico simples de queda livre. As conclusões da pesquisa demonstram que as gotículas maiores, embora caiam no chão rapidamente, podem chegar a uma distância horizontal na faixa de um a três metros do lugar onde um emissor espirrou ou tossiu. Esse resultado está de acordo com as recomendações da OMS sobre a importância de manter um espaço mínimo de dois metros entre as pessoas em locais públicos. Já os resultados mais interessantes dizem respeito ao que acontece com as microgotículas. Empregamos um modelo de movimento em um meio viscoso que detectou que, desde que o ambiente não tenha correntes fortes de ar, as gotículas pequenas, que são muito mais numerosas do que as grandes, podem permanecer por horas suspensas no ar. Os cálculos predizem que o tempo varia desde alguns minutos até mais de 15 horas. Os vírus suspensos isoladamente podem ficar no ar por mais de um mês, de acordo com os recentes resultados experimentais sobre a estabilidade do vírus na

6 STARIOLO, Daniel. **COVID-19 in air suspensions**. Disponível em: <<https://ui.adsabs.harvard.edu/abs/2020arXiv200405699S/abstract>>. Acesso em: 17 set. 2020.

atmosfera. Isso mostra como uma pessoa contaminada desprotegida pode ser potencialmente mais perigosa para pessoas saudáveis que respiram ao redor.

O caráter desta pesquisa é de fundamentação científica de resultados que, até o presente momento, aparecem dispersos na literatura médica e epidemiológica pós-pandemia. Os resultados são relevantes para pensarmos na situação dos ambientes fechados. Junto às restrições de circulação e ao distanciamento social, o uso difundido de máscaras em locais como supermercados, hospitais, cabines de avião ou mesmo shoppings é altamente recomendado.⁷

Tendo em conta tais evidências é que a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu, em 7 de julho de 2020, que existe a possibilidade de o coronavírus ser transmitido não apenas por gotículas expelidas por tosse e espirros, mas também por partículas microscópicas liberadas por meio da respiração e da fala que ficam em suspensão no ar, reconhecendo, de igual sorte, o papel dos assintomáticos na transmissão do vírus⁸.

Esse cenário de confirmações científicas acerca das possibilidades de contágio veio a legitimar ainda mais a impossibilidade de se consentir com as aglomerações naquele período, especialmente quando associadas a reuniões de natureza única e exclusivamente recreativa e, portanto, supérflua em um momento de calamidade de saúde pública.

1.2. A não observância dos ditames de distanciamento social e as suas consequências jurídicas

Nesse cenário é que se afigura relevante compatibilizar as normativas então postas em função da pandemia do novo coronavírus com os ditames constitucionais e legais vigentes, com vistas a permitir o exame acurado da hipótese *ab initio* proposta.

A saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade (formal e material) de que se revestem os

7 STARIOLO, Daniel. **COVID-19 in air suspensions**. Disponível em: <<https://ui.adsabs.harvard.edu/abs/2020arXiv200405699S/abstract>>. Acesso em: 17 set. 2020..

8 Íntegra da reportagem disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-53343977>>. Acesso em: 17 set. 2020.

direitos fundamentais em geral, especialmente em virtude de seu regime jurídico privilegiado. A esse respeito, ensina Robert Alexy⁹ que “os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização”.

Igualmente, o direito à saúde, assegurado pela Constituição da República como direito fundamental decorrente do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, incumbe ao Estado e à sociedade, com a obrigação de provê-lo a todos os que dele necessitem. Sob esse prisma, os artigos constitucionais 6º e 196 consagram o direito à saúde como dever do Estado, o qual deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Sob esse prisma, Daniel Sarmiento¹⁰ leciona que

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e promoção da sua dignidade, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito.

Pela necessidade constitucional de proteção da vida e da saúde, promulgou-se a Lei Federal nº 13.979/20, que dispõe sobre “as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019”. Entre elas se encontram o isolamento social e a quarentena domiciliar, contanto que resguardados “o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais”, na forma do seu artigo 3º, parágrafo 8º.

9 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

10 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

O isolamento é uma medida que visa a separar as pessoas doentes (sintomáticos respiratórios, casos suspeitos ou confirmados de infecção por coronavírus) das não doentes, com vistas a evitar a propagação do vírus. O isolamento pode ocorrer em domicílio ou em ambiente hospitalar, conforme o estado clínico da pessoa, podendo ser ação prescrita por médico ou agente de vigilância epidemiológica com o prazo máximo de 14 dias. Na prescrição do isolamento, o paciente deve assinar termo de consentimento livre e esclarecido e seguir as orientações para evitar o contágio de seus contatos domiciliares. Já a quarentena, por sua vez, é a restrição de atividades ou separação de pessoas que foram presumivelmente expostas a uma doença contagiosa, mas que não estão doentes (porque não foram infectadas ou porque estão no período de incubação)¹¹.

Consoante exposto, foi estabelecido, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, o Sistema de Distanciamento Social (Decreto nº 55.240/20), que consiste na restrição de interação entre as pessoas de uma comunidade para diminuir a velocidade de transmissão do vírus. Era, na altura, uma estratégia importante à vista da existência de indivíduos já infectados, mas ainda assintomáticos ou oligossintomáticos, que não se sabem portadores da doença e não estavam em isolamento. Essa medida devia ser aplicada especialmente em locais onde existe transmissão comunitária, como é o caso do Brasil, quando a ligação entre os casos já não pode ser rastreada e o isolamento das pessoas expostas é insuficiente para frear a transmissão.

Diante desse cenário crítico que se instalou do ponto de vista da saúde coletiva¹², era mandatário que se cumprissem as medidas constantes nos protocolos do Modelo de Distanciamento Social, entre

11 Orientações disponíveis em: <https://www.ufrgs.br/telessauders/posts_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/>. Acesso em: 17 set. 2020.

12 Neste particular, a imperiosidade da observância do distanciamento social ganha relevo quando se atenta aos dados registrados em território gaúcho. Apenas nos primeiros seis meses após a decretação do estado de calamidade pública, chegou-se ao patamar de 157.907 casos confirmados de Covid-19 (incidência de 1.387,9/100.000 habitantes), envolvendo 98% dos Municípios, com 4.080 óbitos e uma taxa de ocupação de leitos de UTI em torno de 76%, conforme informações oficiais disponíveis e em constante atualização. Disponível em: <<https://ti.saude.rs.gov.br/covid19/>>. Acesso em: 14 set. 2020. Essa situação, inclusive, viria a agravar-se subsequentemente, chegando a patamares impensáveis no primeiro semestre de 2021, consoante amplamente divulgado pela imprensa naquela altura. Hoje, passados dois anos do início do estado de calamidade, o Estado do Rio Grande do Sul conta com 39.279 óbitos em razão da Covid-19, com mortalidade de 345,2 por 1000.000 habitantes e letalidade aparente de 1,7%. Dados disponíveis em <<https://ti.saude.rs.gov.br/covid19/>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

elas a proibição da realização de eventos, seja em ambiente público, seja em ambiente privado, fechado ou aberto, quanto mais quando de natureza social ou recreativa.

Para esse fim específico, o Decreto Estadual nº 55.240/20 trouxe, na sua Seção I, quando estabeleceu as Medidas Sanitárias Permanentes, a expressa previsão de observância de distanciamento social e de distanciamento interpessoal em estabelecimentos públicos e privados, na forma do seu artigo 12, especialmente nos incisos I e IV¹³. Previu, ainda, entre as consequências da sua não observância, na forma do artigo 48, parágrafo único¹⁴, não apenas a consumação de tipo penal específico, mas também a adoção das medidas cíveis oportunas, como a possível ação reparatória para o caso de danos de natureza coletiva *lato sensu*.

De forma complementar, o Decreto nº 55.472/20, que estabeleceu as medidas segmentadas de que trata o Decreto nº 55.240/20, determinou, em todas as bandeiras, no item serviços (arte, cultura, esporte e lazer), a proibição da realização de eventos em locais abertos ou fechados. Tal medida decorre da orientação contida no protocolo geral de manter o distanciamento entre pessoas, inclusive em ambientes privados, independentemente se fechado ou aberto.

Embora surjam questionamentos quanto à legitimidade de cada ente para regular a matéria, assim como quanto aos limites da discricionariedade dessa regulação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, de forma unânime, a competência concorrente dos entes federados para adoção de medidas normativas para enfrentamento da

13 Assim dispõe, textualmente, o preceito invocado: “Art. 12. São medidas sanitárias permanentes, de adoção obrigatória por todos, para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia de COVID-19, dentre outras: I – a observância do distanciamento social, restringindo a circulação, as visitas e as reuniões presenciais de qualquer tipo ao estritamente necessário; II – a observância de cuidados pessoais, sobretudo da lavagem das mãos, antes e após a realização de quaisquer tarefas, com a utilização de produtos assépticos, como sabão ou álcool em gel setenta por cento, bem como da higienização, com produtos adequados, dos instrumentos domésticos e de trabalho; III – a observância de etiqueta respiratória, cobrindo a boca com o antebraço ou lenço descartável ao tossir ou espirrar; IV - a observância do distanciamento interpessoal mínimo de dois metros, evitando-se a formação de aglomerações de pessoas nos recintos ou nas áreas internas e externas de circulação ou de espera, bem como nas calçadas, portarias e entradas dos prédios e estabelecimentos, públicos ou privados”.

14 “Art. 48. Constitui crime, nos termos do disposto no art. 268 do Código Penal, infringir determinação do Poder Público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. Parágrafo único. As autoridades deverão adotar as providências cabíveis para a punição, cível, administrativa e criminal, bem como para a prisão, em flagrante, quando for o caso, de todos aqueles que descumprirem ou colaborarem para o descumprimento das medidas estabelecidas neste Decreto”.

pandemia¹⁵. Aliás, mesmo a Lei Federal nº 13.979/20, que instituiu a possibilidade de decretação de quarentena e/ou isolamento, prevê que as medidas poderão ser adotadas “pelos gestores locais de saúde”, na forma do expressamente autorizado pelo seu artigo 3º, parágrafo sétimo, incisos II e III.

Partindo dessa premissa, tem-se que a edição de normas instituindo restrições ao funcionamento de determinadas atividades enquanto durasse a pandemia, por qualquer ente federado, além de ser legal e legítima, geraria inquestionável dever de obediência, sujeitando aqueles que as descumprirem, para além de eventuais sanções de ordem administrativa, à responsabilidade civil decorrente do ato ilícito praticado.

No entanto, indaga-se: nesta situação concreta, há dano a ser reparado? E, em havendo, qual a sua modalidade? Responder essas perguntas é o que se propõe o presente estudo.

2. DANO MORAL COLETIVO E INOBSERVÂNCIA DAS MEDIDAS DE DISTANCIAMENTO CONTROLADO: O CASO DAS AGLOMERAÇÕES SOCIAIS CLANDESTINAS (FESTAS PRIVADAS)

Pelo exame do cenário até aqui delineado, resta clara a existência de arcabouço normativo que assegurava a necessidade de observância de distanciamento social, em função da situação de calamidade pública vivenciada, com vedação expressa de atividades que envolvessem aglomeração de pessoas.

Em razão disso, é evidente a ilicitude decorrente da infringência desses preceitos, especialmente quando tal se dá por meio da organização de eventos sociais clandestinos, destinados a reuniões de confraternização e conagração de pessoas em desfavor das exigências de saúde pública impostas para o período.

A caracterização desses eventos como dano de natureza coletiva é, dessa forma, imprescindível a que se possa cogitar da incidência das

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Decisão unânime. Julgado em: 15 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

normas de direito civil, quanto mais considerando que, de um modo geral, a existência de prejuízo – ainda que *in re ipsa* – é pressuposto intransponível ao surgimento do dever de indenizar e, por conseguinte, da incidência da responsabilidade civil como instrumento de tutela.

Analisar os termos em que tal se pode dar e, mais do que isso, a viabilidade jurídica da caracterização de um genuíno dano moral coletivo é o que ora se propõe o presente ensaio a delinear.

2.1 Pressupostos elementares à configuração do dano moral coletivo na hipótese apresentada

A preocupação quanto aos assim ditos direitos morais da coletividade ascendeu com a construção de técnicas de proteção jurídica a direitos materiais transindividuais, tendo em vista valores existenciais comunitários que transcendem a configuração individualista de reparação de prejuízos não patrimoniais sofridos por pessoas físicas em suas relações privadas¹⁶.

A Constituição da República, no artigo 5º, incisos V e X, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, bem como dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Dito preceito constitucional, no plano individual, vem concretizado pela combinação dos artigos 186 e 927 do Código Civil, que dispõem que “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e, por conseguinte, fica obrigado a repará-lo, na sua mais ampla extensão.

No plano coletivo, a cogitação da reparabilidade de um dano moral de natureza transindividual encontra fundamento legal no artigo 1º da Lei Federal nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública. Nos termos do precitado dispositivo, “[r]egem-se pelas disposições desta

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV, pp. 183-184 e 189.

Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados não apenas ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à ordem urbanística, como também, na forma do seu inciso IV, “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Em tal cláusula geral de tutela é que se enquadraria a saúde pública, assim entendida, de modo amplo e geral, como interesse difuso ou coletivo *stricto sensu*, a depender da conformação jurídica posta.

Se não bastasse, tal previsão vem complementada pela Lei Federal nº 8.078/90, que institui o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, na forma do seu artigo 6º, inciso VI, em especial quando assegura, enquanto direito básico do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Não obstante o referido estatuto tenha temática específica, é entendimento corrente que, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, de aspecto geral, e os demais diplomas protetivos, forma genuíno microsistema de tutela coletiva¹⁷, nomeadamente no que tange à proteção geral de direitos e interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, consoante por ele próprio assim definidos¹⁸.

Ditos preceitos legais, contudo, não obstante permissivos do reconhecimento da figura, têm uma redação geral, deles não se permitindo extrair os pressupostos específicos do dano moral coletivo. Pode-se, por isso, afirmar que a figura em causa teve o seu conceito forjado por uma abordagem doutrinária.

As primeiras manifestações a respeito datam do início da década de noventa do século passado, oportunidade em que já se pode

17 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo coletivo. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 50.

18 “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

encontrar, na doutrina, referência ao dano moral coletivo como “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”. Nessa senda, segundo as primeiras proposições apresentadas, “quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico”.¹⁹

É notório que, nos termos da proposição posta, dano moral coletivo vem definido como a injusta violação – injusta aqui entendida como antijurídica – de um determinado círculo de valores coletivos objeto de proteção jurídica por parte do ordenamento. Ocorre que, ao que parece, tal definição ainda se encontra no plano da ilicitude, sem a demonstração precisa do que consistiria o dano em si, entendido como a perda de uma utilidade tutelada pelo direito²⁰; dito de outro modo, foca-se predominantemente na conduta do agente, e não no prejuízo – ainda que exclusivamente imaterial – sofrido pela coletividade²¹.

Diante dessa aparente fragilidade conceitual é que se pretende propor uma definição que conjugasse a ideia de antijuridicidade da ação com injustiça (aqui entendida enquanto ilegitimidade) do resultado, satisfazendo os atributos normativos que se espera do conceito de dano. Para esse fim, dano moral coletivo poderia ser entendido como aquele decorrente da violação de um interesse jurídico de natureza transindividual que, “sem apresentar consequências de ordem econômica, tenha gravidade suficiente a comprometer, de qualquer forma, o fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem difuso indivisível correspondente, no caso, a promoção da dignidade de pessoa humana”²².

19 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

20 MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**. Apontamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 103.

21 Na mesma linha de construção teórica, com elevada atenção à violação antijurídica, e não ao prejuízo em si, entre outros, MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004, p. 134.

22 TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 251.

Trata-se, contudo, de uma proposta que, sem pretensão de ser definitiva ou excludente de outras, aparenta contribuir com uma aplicação mais segura e precisa do instituto. Aplicação essa que, em razão da instabilidade conceitual antes referida, normalmente marcada por conceitos genéricos e abstratos, tende a ser vacilante por parte dos Tribunais brasileiros quando da contextualização nos casos concretos²³.

Ou seja, sem prejuízo do notório reconhecimento, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, da plausibilidade jurídica da tese do dano moral coletivo, por vezes é comum encontrar, nos mais variados precedentes sobre o tema, a simples referência à violação antijurídica de um interesse transindividual, ainda que associada à agressão “de modo totalmente injusto e intolerável o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada”, com aptidão para “provocar repulsa e indignação na consciência coletiva”²⁴.

Exatamente por isso é que a função da indenização a ele correspondente tem-se apresentado múltipla, visando a “proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade, sancionar o ofensor e inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais”²⁵.

Diante de todo esse panorama doutrinário-jurisprudencial e considerando o contexto de calamidade sanitária antes descrito, não é difícil a vinculação da situação posta – realização de eventos sociais clandestinos que implicam aglomerações – com a caracterização de um autêntico dano moral coletivo. Isso porque decorre da violação frontal de todo um arcabouço normativo que veda tal conduta, violação esta que vem complementada por inegável prejuízo coletivo em razão do potencial agravamento das condições de saúde pública de uma

23 Com uma crítica a respeito, ver TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018, pp. 44 e ss.

24 Estas são as expressões mais corriqueiramente utilizadas na definição da figura, consoante se recolhe, exemplificativamente, em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.473.846/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Decisão unânime. Julgado em: 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020. Acerca do tema, ver SOARES, Flaviana Rampazzo. O percurso do “dano moral coletivo” na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018, pp. 73 e ss.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.502.967/RS**. Terceira Turma. Rel. Min.ª Nancy Andrighi. Decisão unânime. Julgado em: 7 ago. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

determinada comunidade, com a injustificável propagação do vírus causador da Covid-19.

Consoante amplamente reconhecido nos precedentes invocados, a integridade psicofísica da coletividade vincula-se aos seus valores fundamentais, os quais refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade de seus membros e o padrão ético dos indivíduos que a compõem. Tudo isso, comprometido pela conduta irresponsável de quem, em tempos de pandemia, promove festas clandestinas, gera prejuízo transindividual extrapatrimonial, ainda que hipotético, diante da potencialidade de tal agir para comprometer a saúde do grupo, nomeadamente em razão dos gravames que traz ao atendimento das demandas médicas e hospitalares com o aumento dos indicadores de contaminação.

Nesse preciso particular é que surge questão de vital relevância que, por isso, merece ser enfrentada: a demonstração do prejuízo decorrente do desrespeito das normas de distanciamento social.

2.2 A aferição *in re ipsa* do dano moral coletivo na situação posta

Consoante referido, o dano moral coletivo decorre da violação ilícita de interesses transindividuais relevantes; aliado a isso, pressupõe intensidade e gravidade tais necessárias a comprometer o fim último pretendido com a sua proteção, qual seja, a promoção da dignidade humana que se concretiza por intermédio do livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos integrantes do grupo. Dito de outro modo, o dano, no caso posto, é a frustração da utilidade tutelada pelo direito que, no caso das normas que impõe do distanciamento controlado, é a diminuição da circulação e do contágio do novo coronavírus e, por conseguinte, a preservação da vida e da saúde da população.

Tal cenário não tem relevância jurídica apenas no prisma individual, mas, mais do que isso, em uma autêntica dimensão grupal, diante da impossibilidade de fracionamento da fruição do interesse em

causa. Não se trata, portanto, como reconhecido pela jurisprudência, de mera infringência à disposição de lei²⁶, exigindo-se, mais do que a violação, o comprometimento dos fins pretendidos com a tutela jurídica da saúde pública, a qual resta afetada pela realização de eventos proibidos com potencial para potencializar a propagação do novo coronavírus e, bem assim, aumentar os casos de Covid-19.

Aplica-se à espécie, todavia, o preceito geral vigente em matéria de danos morais individuais nos termos do qual a aferição da sua ocorrência se dá *in re ipsa*²⁷. Tal significa, segundo a melhor compreensão, que não se exige a prova cabal do prejuízo não pecuniário sofrido, satisfazendo-se o dever de indenizar com a verificação abstrata de que, naquelas condições, o dano, ainda que hipotético, seria sofrido por qualquer sujeito (individual ou coletivo) nas mesmas circunstâncias.

O dano moral decorre do fato antijurídico e de suas consequências na esfera do prejudicado por meio de uma perspectiva eminentemente consequencialista: a valoração dos efeitos negativos que são (ou podem ser) gerados pela ofensa correspondente à violação dos deveres fundamentais de respeito, solidariedade e fraternidade. Assim, a conduta violadora do direito subjetivo à integridade moral será julgada pelas suas consequências (reais e/ou potenciais), cuja aferição pode ser objetiva (presumidas ou *in re ipsa*, o que quer dizer da própria coisa, do próprio fato) ou subjetiva (depende de prova da sua efetiva ocorrência e dimensão)²⁸.

Ou seja, o exercício interpretativo para a subsunção dos fatos está associado à verificação de até que ponto uma conduta que agrida moralmente terceiros pode ser considerada certa ou errada – e se esse julgamento pode implicar a instalação do dever de compensar os distúrbios por ela causados (e se esses danos devem ser presumidos ou precisam ser objeto de instrução processual – prova, certamente, nem

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.726.270/BA**. Terceira Turma. Rel. Min.^a Nancy Andrighi. Red. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Decisão por maioria. Julgado em: 27 nov. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

27 Sobre o tema, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. **Revista Jurídica da FA7**. Fortaleza, v. 16, n. 2, pp. 115-131, jul./dez. 2019.

28 BAGATIN, Andreia Cristina et al. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 37-38.

sempre de fácil produção). Assim, do que se cogita é o prejuízo moral *in re ipsa* (objetivo, em decorrência dos fatos em si), aliado, em boa parte das vezes, a tutelas de outra natureza, como a própria inibição do ilícito ou sua remoção – inibindo ou removendo, aí, a própria fonte dos danos, que é o ato contrário ao direito²⁹.

Note-se que não é o mesmo que dizer que o dano decorre da simples violação³⁰, mas presumir que, em função do comportamento deliberado de promover eventos sociais clandestinos que implicam aglomeração ilícita de indivíduos (pois vedadas pelo arcabouço normativo então vigente), contribuir para o comprometimento das condições mínimas de higidez do sistema de saúde, com potencial para gerar demanda que o sistema hospitalar não tem condições de atender.

A aferição, como dito, é abstrata, o que significa dizer que não será imprescindível a comprovação de resultados concretos perceptíveis, relativos à proliferação da doença em números reais ou mesmo à prova da incapacidade da rede hospitalar instalada de dar conta da demanda de internações em função daquele ato. Basta, como dito, o potencial para contribuir com esse cenário, o qual se presume agravado em razão da ilícita inobservância das normas de distanciamento controlado³¹.

Especificamente no campo da proteção da saúde pública, materialização da vida e da dignidade constitucionalmente asseguradas, é possível aferir um especial potencial para configurar a ocorrência de danos de ordem não patrimonial, inclusive *in re ipsa*.

Nessa perspectiva, deve-se ter presente que “algumas categorias de interesses têm uma maior predisposição para, em razão da sua lesão, permitirem a ocorrência de um dano moral coletivo”. Isso é o que sucede com a saúde pública, assim compreendida por um prisma global, uma vez que se relaciona diretamente “ao pleno desenvolvimento da

29 BAGATIN, Andreia Cristina et al. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 37-38..

30 Com uma análise sobre a distinção entre dano *in re ipsa* e responsabilidade por mera conduta, ver CARRA, Bruno Leonardo Câmara. A (in)viabilidade do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018, pp. 66-69.

31 Em situação análoga, analisando caso julgado pela justiça laboral que reconheceu a ocorrência de dano moral coletivo em razão da atividade de “provadores de cigarro”, diante do seu potencial em abstrato para o comprometimento da saúde enquanto interesse coletivo, ver SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Dano moral coletivo e o tabaco: precedentes jurisprudenciais paradigmáticos. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018, pp. 287-290.

personalidade de cada um dos seus membros, mesmo que através de uma fruição coletiva de um dado bem”³².

Essa posição tem sido acolhida pela jurisprudência, sendo inúmeros os precedentes no sentido “do cabimento da condenação por danos morais coletivos, em sede de ação civil pública, considerando, inclusive, que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*”³³. E o mesmo ocorre especificamente no que tange ao interesse em causa, reconhecendo-se que, em “situações graves, que põem em risco a saúde e a segurança da população, o dano moral coletivo independe de prova (*damnum in re ipsa*), posto que o Estado Social eleva a saúde pública à classe dos bens jurídicos mais preciosos”³⁴.

32 TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe, (Coord.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 46.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.342.846/RS**. Segunda Turma. Rel. Min.^a Assusete Magalhães. Decisão unânime. Julgado em: 19 mar. 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.784.595/MS**. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Decisão unânime. Julgado em: 18 fev. 2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020. Pela relevância do precedente e pela clareza dos seus termos, cumpre reproduzir a íntegra da ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. SAÚDE PÚBLICA. IRREGULARIDADES SANITÁRIAS EM DROGARIA. ART. 18, § 6º, I E II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FÉ PÚBLICA DE AUTO DE INFRAÇÃO. MULTAS APLICADAS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DE ASSINATURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA. ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER. ART. 11 DA LEI 7.347/1985. DESNECESSIDADE DE PROVA DE REINCIDÊNCIA DAS INFRAÇÕES. DE RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL COLETIVO IN RE IPSA. 1. Na origem, trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria. Busca-se condenar a empresa a cumprir obrigações de fazer e de não fazer, bem como a pagar indenização por danos morais e materiais causados à coletividade em virtude das práticas irregulares constatadas. A drogaria apresentava, segundo inspeções da Vigilância Sanitária, péssimas condições de higiene e limpeza, com a presença de insetos mortos (baratas), sujidades nos pisos, cantos e frestas, além de exposição de produtos vencidos e irregularidades no estoque de medicamentos controlados. Incontroversas, as infrações foram reconhecidas pelo acórdão, que atesta categoricamente “haver prova das condutas consideradas como ilícitas praticadas pela empresa ré”. 2. O Estado Social eleva a saúde pública à classe dos bens jurídicos mais preciosos. Para o Direito, ninguém deve brincar com a saúde das pessoas, nem mesmo com sua própria, se isso colocar em risco a de terceiros ou infligir custos coletivos. Compete ao juiz, mais do que a qualquer um, a responsabilidade última de assegurar que normas sanitárias e de proteção do consumidor, de tutela da saúde da população, sejam cumpridas rigorosamente. 3. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, são impróprios ao consumo “os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos” e “os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação” (art. 18, § 6º, I e II, respectivamente). Oferecer ou vender produto com prazo de validade vencido denota grave ilícito de consumo, já que afeta a órbita da saúde e da segurança do consumidor, bem jurídico central nas ordens jurídicas contemporâneas. Por outro lado, representa procedimento incompatível com padrões mínimos de qualidade e com expectativas legítimas relativas a práticas comerciais no mercado de consumo, carregando, ao contrário, censurável arcaísmo característico do capitalismo selvagem, ao qual nada importa, só o lucro. 4. O direito à prestação jurisdicional exprime corolário do direito de acesso à justiça. Segundo a Constituição, em norma dirigida ao legislador, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Na mesma toada, mas com preceito de aplicação universal, sujeitando inclusive o juiz e o administrador, o Código de Processo Civil dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (art. 3º). Irrelevante a criatividade ou erudição do pretexto que se utilize para a exclusão, a proibição de negativa de jurisdição é simplesmente absoluta, não havendo motivo para abrir exceção vis-à-vis a Administração, já que a prestação jurisdicional se justifica apesar da atuação administrativa, em complemento à atuação

É possível constatar, nessa senda, que situações concretas como a ora em análise, na medida em que se revestem de gravidade e, mais do que isso, colocam em risco efetivo a saúde e a incolumidade pública, dispensam a demonstração de prejuízos específicos e concretos, de constrangimentos ou de sofrimentos psicológicos específicos. Isso na exata medida em que têm potencial para representar prejuízo presumível em razão do próprio fato antijurídico do qual decorrem, acarretam a ocorrência de dano moral coletivo apto a legitimar o surgimento do respectivo dever indenizatório.

administrativa e até contra a atuação ou omissão administrativa. 5. Saúde e segurança das pessoas inserem-se no âmbito mais nobre da atividade judicial. Salvaguardá-las e exigir o cumprimento da legislação sanitária e de proteção do consumidor refere-se às esferas tanto da tutela administrativa como da tutela jurisdicional. A ordem constitucional e legal abomina que, em nome daquela, possa o juiz desta abdicar, o que implica, além de confusão desarrazoada entre acesso à administração e acesso à justiça, reduzir a prestação judicial a servo da prestação administrativa, exatamente o oposto de postulado maior do Estado Social de Direito. 6. O art. 11 da Lei 7.347/1985 dispõe: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor” (grifo acrescentado). Em tais termos, reconhecido o risco ou a ocorrência da conduta comissiva ou omissiva ilícita apontada, o juiz determinará (= dever) a prestação do devido ou cessão do indevido, fixando, ipso facto e ex officio, multa diária (= astreinte). 7. Assim, por confundir esfera administrativa e esfera civil, mostra-se insustentável a posição do Tribunal de origem quando vincula a prestação jurisdicional à “prova de reincidência”, recusando-se ademais a cominar, judicialmente, obrigações de fazer e de não fazer sob o fundamento de que as penalidades administrativas impostas foram “suficientes para sanar os vícios constatados”, alcançando “o objetivo de coibir futuras condutas ilícitas”. 8. A negativa de prestação jurisdicional revela-se mais inadmissível diante da recusa da empresa de solucionar, de modo consensual e extrajudicial, os problemas identificados, por meio de assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC com o propósito de garantir, daí por diante, a saúde de todos e o respeito integral às normas sanitárias e de proteção do consumidor. Importante lembrar que aplicação de multa, embora possa, em tese, produzir efeitos dissuasórios de novos ilícitos, vincula-se a práticas pretéritas, justificando-se, pois, provimento judicial que garanta a correção do comportamento do infrator daí em diante. E, como se viu, inexistente controvérsia sobre a presença dos ilícitos, seja porque confirmados pelo acórdão recorrido, seja porque, nos termos da jurisprudência do STJ, autos de infração administrativa lavrados por agente de fiscalização possuem fé pública, até prova em contrário a cargo do infrator (presunção *iuris tantum*). 9. Reincidência não é elemento nem critério de configuração de ilícito ou de pertinência da intervenção judicial, mas, sim, circunstância agravante, a ser considerada na dosimetria da sanção aplicável. Por outro lado, ter o réu corrigido, já no curso do processo judicial e após imposição de sanções administrativas, irregularidades comprovadas não impede o prosseguimento da Ação Civil Pública, em especial quando há pedido expresso de indenização e, olhando para a frente, de condenação em obrigações de fazer e de não fazer, além de multa civil, esta última como garantia do cumprimento das providências concretas postuladas. Patente, pois, a necessidade/utilidade do provimento jurisdicional almejado. 10. Finalmente, em situações graves desse jaez, que põem em risco a saúde e a segurança da população, o dano moral coletivo independe de prova (*damnum in re ipsa*). Consoante inúmeros precedentes do STJ, “a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos, em sede de ação civil pública, considerando, inclusive, que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*” (AgInt no REsp 1.342.846/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 26/3/2019). No mesmo sentido, o AgInt no AREsp 1.251.059/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 9/9/2019. Essa também a posição dos colegiados de Direito Privado: “Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa” (REsp 1.799.346/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe de 13/12/2019). 11. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para ser determinada a devolução dos autos ao Tribunal de origem a fim de que prossiga o julgamento.

CONCLUSÃO

Todas as digressões até aqui postas bem servem a demonstrar que, na situação concreta posta, à vista da realização de reuniões sociais clandestinas, com aglomeração de pessoas proibidas em razão do período de calamidade sanitária então vigente, é possível sustentar a ocorrência de dano moral coletivo a ser indenizado, em razão do comprometimento da higidez da saúde pública enquanto interesse transindividual digno de tutela jurídica pela responsabilidade civil.

Os entes federados de um modo geral – e o Estado do Rio Grande do Sul em particular – predisuseram, em razão das orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da ocorrência de uma genuína pandemia de Covid-19, uma série de regras que impõem, se não um autêntico estado de *lockdown*, o que se convencionou chamar distanciamento social controlado. Isso porque tais medidas afiguraram-se, em um dado momento de evolução da doença então verificado no país, imprescindíveis a controlar a sua propagação e a manter a higidez do sistema de saúde.

Ao gerar aglomeração, o agente que promove festas clandestinas provoca o aumento da circulação do vírus, levando ao aumento do número de pessoas contaminadas, que podem, inclusive, necessitar de internação em um sistema de saúde sem condições para atender a todos, colocando em risco a saúde da coletividade.

Violar as normas que vedam a aglomeração implica comprometimento dos ditames de preservação da saúde pública e, por conseguinte, prejuízo indenizável à coletividade, que se vê exposta não apenas a um maior perigo de contágio, mas ao risco concreto de colapso do sistema de saúde pela elevação do número de casos de Covid-19. O simples risco, em razão da contribuição recebida pela conduta ilícita praticada, de uma potencial incapacidade de atendimento de todos, representa afronta ao direito à saúde e à dignidade de uma dada comunidade, que merece ser reparada em função do comprometimento dos objetivos pretendidos pela ordem vigente com a tutela concedida a tal interesse jurídico.

Nesse cenário, sustenta-se que a conduta hipoteticamente considerada no presente exame – realização de festas clandestinas com aglomeração de pessoas – configura a ocorrência de dano moral coletivo, pois agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade, provocando não apenas repulsa e indignação na consciência coletiva, mas o próprio comprometimento de uma utilidade tutelada pelo direito, satisfazendo, nesta linha, o conceito jurídico em causa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAGATIN, Andreia Cristina et al. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.342.846/RS**. Segunda Turma. Rel. Min.^a Assusete Magalhães. Decisão unânime. Julgado em: 19 mar. 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.473.846/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Decisão unânime. Julgado em: 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.502.967/RS**. Terceira Turma. Rel. Min.^a Nancy Andrighi. Decisão unânime. Julgado em: 7 ago. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.726.270/BA**. Terceira Turma. Rel. Min.^a Nancy Andrighi. Red. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Decisão por maioria. Julgado

em: 27 nov. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.784.595/MS**. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Decisão unânime. Julgado em: 18 fev. 2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Decisão unânime. Julgado em: 15 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

CARRA, Bruno Leonardo Câmara. A (in)viabilidade do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018.

CARRA, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feito de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. **Revista Jurídica da FA7**. Fortaleza, v. 16, n. 2, pp. 115-131, jul./dez. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo coletivo. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito das Obrigações. Apontamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOARES, Flaviana Rampazzo. O percurso do “dano moral coletivo” na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: ROSENVALD,

Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Dano moral coletivo e o tabaco: precedentes jurisprudenciais paradigmáticos. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018.

STARIOLO, Daniel. **COVID-19 in air suspensions**. Disponível em: <<https://ui.adsabs.harvard.edu/abs/2020arXiv200405699S/abstract>>. Acesso em: 17 set. 2020.

TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (org.). **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018.

TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014.

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INDIVIDUAL NOS DELITOS ECONÔMICOS EMPRESARIAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O 'CASO SAMARCO'

INDIVIDUAL CRIMINAL LIABILITY IN ECONOMIC BUSINESS CRIMES: AN ANALYSIS OF THE 'SAMARCO CASE'

André Cavalcanti de Oliveira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção em curso promovido pela Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça do Estado do Pará.

andreoliveira@mppa.mp.br

Como citar este artigo:

OLIVEIRA, André C. de. A responsabilização penal individual nos delitos econômicos empresariais: uma análise sobre o "caso Samarco". **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 73 - 102.

Enviado em: 28/6/2022 | Aprovado em: 5/9/2022

Resumo: O artigo apresenta discussões da dogmática penal nacional e estrangeira acerca dos critérios de imputação da responsabilidade penal individual nos delitos econômicos empresariais, notadamente os conceitos de posição de garante e omissão penalmente relevante. Em seguida, propõe um estudo de caso prático mediante a análise da ação penal promovida pelo Ministério Público Federal no crime ambiental ocorrido em 2015 na cidade de Mariana/MG, popularmente chamado "Caso Samarco", resultando na morte de diversas pessoas. O uso de conceitos jurídicos de outros ramos do direito possibilita pontuar os deveres legais nos vários níveis de um contexto empresarial complexo, concluindo-se pela adequação da ação penal proposta no caso concreto.

Palavras-chaves: Responsabilidade penal individual; Posição de garante; Omissão penalmente relevante; “Caso Samarco”.

Abstract: *The article presents discussions of Brazilian and comparative law legal systems about the criteria for establishing individual criminal responsibility in business economic crimes, notably by means of the concepts of “guarantor position” (posição de garante) and “criminally relevant omission” (omissão penalmente relevante). Then, it proposes a practical case study through the analysis of the criminal proceedings brought by the Brazilian Federal Public Prosecutor’s Office as a consequence of the environmental crime which occurred in 2015 in the city of Mariana, State of Minas Gerais, popularly known as the Samarco case, which led to the death of several people. The use of legal concepts from other branches of law lead to establish the legal duties at the various levels of a complex business context, which concludes for the legitimacy of the criminal proceedings brought up in the specific case.*

Keywords: *Individual criminal liability, Guarantor position, Criminally relevant omission, “Samarco case”.*

Sumário: Introdução; 1. Critérios para imputação da responsabilidade penal individual; 1.1. Conceitos gerais; 1.2. Da posição do garantidor; 1.3. A omissão penalmente relevante; 2. O Caso Samarco; 2.1. Considerações iniciais; 2.2. A responsabilização dos membros do Conselho de Administração; 2.3. A responsabilidade penal dos representantes dos Comitês de Operação e de Desempenho Operacional; 2.4. A responsabilidade dos Diretores Executivos; 2.5. A Responsabilidade dos gerentes e engenheiros; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Um problema recorrente nos delitos econômicos cometidos no âmbito empresarial versa sobre os critérios de imputação da autoria delitiva, cuja repercussão permeia toda a persecução penal: desde a fase investigativa, passando pela peça acusatória no momento da individualização das condutas, assim como no exercício da defesa, até o momento da sentença, esta última permeada pelo princípio da pessoalidade das penas. Com efeito, como no Brasil a responsabilização penal da pessoa jurídica restou restrita para os crimes ambientais, ante a carência expressa de outras normas de criminalização, surge a necessidade de responsabilização penal individual dos membros dos órgãos dirigentes da pessoa jurídica envolvida na prática de delitos econômicos.

O emprego rígido da dogmática penal tradicional para a identificação da responsabilidade penal de pessoas físicas que ocupam cargos dispersos nas complexas estruturas empresariais contemporâneas é um desafio intenso, colocando em risco a efetividade das normas de direito penal econômico. Nesse âmbito, revisitam-se os conceitos tradicionais de autoria e da participação por omissão, da infração de dever, do princípio da responsabilidade pessoalidade (responsabilidade pelo fato próprio), pela conformidade ou desconformidade às normas jurídicas das ações precedentes perigosas (incremento de risco), a natureza do risco permitido, da relação entre o dever de cuidado e o dever de garantia na empresa, da responsabilidade do representante e a delegação de competências.

Nas pequenas empresas, cuja atividade de administração incumbe geralmente a um único agente, a persecução penal é facilitada, pois a pessoa jurídica serve de fachada ou como mera representação e instrumento para os atos ilícitos perpetrados pela pessoa física dirigente. O grande problema para a persecução nos delitos econômicos surge nas estruturas empresariais complexas, ou dentro da estrutura da própria Administração Pública, cuja tomada de decisões é de tal forma organizada e estruturada na própria natureza da entidade, que a imputação de uma conduta ilícita a um único agente, empregando as regras tradicionais de imputação, mostra-se insuficiente ou inadequada.

Essa contextualização preliminar é necessária, dado o panorama da criação de normas de imputação no marco do Direito Econômico. O presente trabalho estudará os critérios de imputação da responsabilidade penal individual em delitos cometidos no âmbito das empresas, com ênfase na questão da posição de garante e na omissão penalmente relevante.

Finalmente, propomos um estudo de caso concreto, apontando como esses critérios de imputação estabelecidos pela dogmática penal nacional e estrangeira foram empregados na acusação penal oferecida pelo Ministério Público Federal no “Caso Samarco”, um dos maiores crimes ambientais da história, e a eventual adequação da individualização de condutas típicas para fins de responsabilização

de diversas pessoas físicas no âmbito organizacional das diversas empresas envolvidas.

1. CRITÉRIOS PARA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL

1.1. Conceitos gerais

A dinâmica empresarial e seus contextos organizacionais, em constante mudança, dado os fatos econômicos envolvidos, afastam-se cada vez mais da clássica linearidade própria da gestão centralizada. Caracterizando-se por uma descentralização funcional-operativa, em que se priorizam diversos níveis de autonomia e especialização de departamentos, não consegue ser acompanhada pelo inerente processo legislativo de criminalização de condutas.

Nesse sentido, leciona Feijó Sanchez¹:

Nas grandes empresas e sociedades potencialmente perigosas para bens jurídicos fundamentais assiste-se a uma atomização ou fragmentação de movimentos corpóreos, decisões de política geral, conhecimento sobre riscos e recolha de informações pelas empresas sobre o seu impacto no ambiente circundante, de tal modo que a partir de um certo grau de complexidade já não é possível encontrar uma pessoa na qual coincidam criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco, ou que disponha de informação global sobre a actividade empresarial. Os gerentes e administradores têm uma visão demasiado global e aqueles que conhecem directamente os efeitos da actividade empresarial não têm a visão de conjunto necessária para compreender a perigosidade que encerram certas actividades industriais ou empresariais. Na grande empresa não concorrem nas mesmas pessoas informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para tomar e executar decisões. Há um desmembramento entre a actividade de direcção, a disponibilidade de informação e o poder de decisão, o que representa um problema central para a determinação da responsabilidade.

¹ FELJOÓ SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em Organizações Empresariais Complexas. **Revista Liberdades**: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 9, p. 26-57, abr. 2012, p. 28.

A segmentação do fluxo de informações e tomadas de decisões é, portanto, algo inerente à própria natureza da atividade empresarial, não podendo ser compreendida, a princípio, como uma ação deliberada dos indivíduos envolvidos para dificultar ou impossibilitar sua responsabilização sob o escudo da empresa. Como já destacava há muitos anos, Tiedemann² cada vez mais constata a premente necessidade dos operadores do direito de fazer uso de conceitos e instrumentos de outros ramos da ciência jurídica, assim como de outras ciências humanas (notadamente da Ciências Econômicas) para releitura dos institutos jurídicos penais tradicionais quando da análise do Direito Penal Econômico.

O operador do direito deverá então aprofundar-se, por exemplo, no estudo do Direito Empresarial para compreender as diversas formas jurídicas de empresa e como isso influencia no processo decisório, os mecanismos de controle, a complexidade da organização e os custos de agência. Assim, por exemplo, a organização do processo decisório, que, por essência, pertence à ciência econômica, passa a ser de interesse do Direito Penal Econômico para fins de imputação delitiva.

Numa persecução criminal de delito econômico, os investigadores podem adotar por balizamento, para identificação da autoria delitiva, por exemplo, as quatro etapas do processo de decisão empresarial, assim descritas por Mackaay e Rousseau³:

1. Iniciativa: apresentação de propostas concernentes à utilização dos recursos;
2. Ratificação: a escolha das propostas apresentadas;
3. Implementação: a execução das propostas ratificadas;
4. Fiscalização e incentivos: avaliação dos resultados dos agentes e das decisões de recompensa e punição.

Se, no Direito Penal Econômico, há uma preocupação na distribuição da informação específica no âmbito da empresa para a tomada de decisão, para fins de definição da autoria delitiva, por outro lado a ciência econômica preocupa-se com os arranjos contratuais

2 TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel S. A., 1985, p. 09.

3 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Tradução de Rachel Sztajn, p. 534.

adequados para a redução dos custos de agência, estabelecendo parâmetros de função de decisão e função de controle que serão reunidos ou separados em diversos órgãos ou agentes de acordo com a complexidade empresarial.

Por isso, na empresa individual ou nas sociedades de pequeno porte, cuja administração e organização toca a uma só pessoa, esse indivíduo acumula as funções de decisão, controle e assunção dos riscos. Aqui, como já mencionado anteriormente, a persecução penal volta-se para esse agente, pois ele centraliza a tomada de decisões, recaindo sobre si a responsabilização criminal.

Todavia, nas sociedades ou organizações econômicas complexas, o centro de decisão, por muitas vezes, é difuso, podendo ocorrer a descentralização e diferenciação de tarefas de tipos horizontais, verticais, seletiva e paralela, aplicável conforme o tipo de realidade organizacional que se analise.

Nos modelos de gestão centralizada, com a concentração da tomada de decisões num único ponto da organização, embora favoreça a coordenação e a rapidez nas decisões, no âmbito organizacional há uma crescente sobrecarga de informações que se concentram sobre a cúpula da direção. Contudo o mundo contemporâneo, marcado por uma globalização interativa dos mercados, à disposição de informação em tempo real graças a internet, exige um modelo de gestão ágil e flexível, que impõe uma descentralização progressiva das decisões e a prevalência de uma especialização e racionalização do trabalho, e uma subordinação hierárquica. Somente nesses sistemas descentralizados se procedem verdadeiras delegações de competência e de execução de funções. Assim, novamente, servindo-se das lições da análise econômica do direito de Mackaay e Rousseau⁴:

Em organização complexa, a informação necessária para a tomada de decisão é partilhada por numerosos agentes. Sendo custoso comunicar a informação entre pessoas, é mais eficaz delegar a função decisória a pessoas que detêm a informação. Entretanto, a delegação de poder decisório implica a criação de relação de agência que

4 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Tradução de Rachel Sztajn, p. 535.

pode ensejar abusos. Por esses motivos é necessário atribuir a função de controle a outros agentes a fim de reduzir o risco de oportunismo. Em organização complexa, a função de controle deverá, da mesma forma, ser descentralizada, sendo que a repartição da informação é necessária para tal fim.

A lição da análise econômica do direito, aproveitável ao Direito Penal, cinge-se que a própria pessoa jurídica, em sua constituição, deverá definir órgãos de direção e órgão de fiscalização, com deveres de controle e vigilância, respectivamente, que assumem o compromisso de conter riscos que venham a surgir da empresa para os bens jurídicos alheios. Assim, ao mesmo tempo que a atividade econômica se desenvolve e se incrementa, novos riscos, inerentes à própria atividade, vão se constituindo. Os órgãos diretivos passam a ter o dever de procurar os conhecimentos necessários acerca dos perigos típicos da atividade empresarial, estabelecendo mecanismos organizativos adequados para evitar sua existência ou reduzi-lo, assim como para prover adequada estrutura organizativa, em especial, para os fluxos de informação adequados. Como observa Planas⁵, “o fundamento desta responsabilidade reside em que a organização da empresa em diversos níveis de pessoas não exonera ao órgão diretivo da obrigação de evitar que tais níveis surjam perigos para os demais”.

Por óbvio, ante a impossibilidade material do domínio de todas as informações da empresa, não se pode exigir à cúpula da empresa o controle ou domínio completo e total de todos os riscos originários da empresa, especialmente aqueles riscos decorrentes da atuação dos subordinados, sob pena de validar-se uma intolerável responsabilidade penal objetiva.

1.2. Da posição do garantidor

A dogmática penal sugere a criação de um liame exigível ao corpo diretivo, para fins de imputação delitiva, consistente na adequada organização da vigilância com vistas a evitar a realização de riscos

5 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 250

tipicamente empresariais nos diversos níveis da empresa, implicando a correta organização dos processos internos, mecanismos de segurança e implementação de sistemas de vigilância e controle das próprias atividades empresariais. Como anota Planas⁶:

O cumprimento deste dever de garante se produz mediante a adoção de mecanismos de vigilância sobre os cursos ou processos próprios da atividade empresarial que podem implicar perigos para terceiros, incluindo aqueles provocados pelos subordinados. Tal dever incumbe primariamente à direção da empresa – órgão de administração -, ao passo que ao assumir a direção e o controle da empresa se assume também a evitação dos perigos que dela surjam.

Assim, já empregando conceitos da dogmática penal tradicional, observa-se que o corpo diretivo assume a função de garantidor, mediante a imposição de dever de evitar resultado, sob pena de responsabilização criminal.

A empresa tem uma posição de garante originária que é assumida por dirigentes e administradores que vão gerando, em cadeia, uma delegação de poderes parciais, os chamados custos de agência. Para Bacigalupo⁷, a posição de garantia pode ser assim definida:

A posição de garante caracteriza-se na moderna teoria funcional de acordo com a função defensiva ou protetora do omitente com relação ao bem jurídico. Por um lado, o omitente deve ocupar uma posição de proteção a um bem jurídico contra todos os ataques que venha a sofrer, qualquer que seja a origem dos mesmos (função de proteção de um bem jurídico). De outro lado, a posição de garante pode consistir na vigilância de uma determinada fonte de perigo em relação a qualquer bem jurídico que possa ser ameaçado por elas (função de vigilância de uma fonte de perigo).

A responsabilização de quem se encontra no vértice da organização empresarial mostra-se mais coerente, até mesmo por critério de justiça. Com efeito, por vezes aquele empregado que se encontra na base da

6 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 251.

7 BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim, p. 497.

pirâmide e executa suas atividades normais, sabendo ou não do fim ilícito de sua ação, não passa de mero instrumento para consecução das atividades ilícitas cujo beneficiário será a empresa e seus dirigentes.

O funcionário na base hierárquica do organismo empresarial é passível de simples substituição, caso não execute a tarefa determinada, às vezes assumindo o papel de bode expiatório para grandes escândalos em delitos econômicos. Isto porque, por vezes, mesmo após sua substituição, as atividades ilícitas persistem. Lado outro, os membros de órgãos diretivos costumam ser premiados com bonificações por produção e desempenho. Ora, se a atividade ilícita desenvolvida atingiu bem jurídico alheio, visando maximizar os rendimentos e lucratividade daquele organismo empresarial, qualquer membro de órgão diretivo remunerado financeiramente por aquela conduta pode ser por ela responsabilizado.

Contudo os ocupantes de cargos intermediários, dado muitas vezes ao alto grau de especialização da atividade desenvolvida, podem desempenhar atividades relevantes, com grandes poderes decisórios, como é o caso de pessoas altamente qualificadas. Às vezes essa pessoa detém controle de informações que nem mesmo o seu superior hierárquico possui, podendo ser ela responsabilizada criminalmente sozinha. A responsabilização dos diretores e administradores nas estruturas organizacionais complexas passará, portanto, pela imposição de novos deveres consistentes na estruturação organizacional cuidadosa, evitando defeitos de comunicação na circulação de informações e na coordenação da divisão de tarefas, o que se convencionou chamar de “perigos de desorganização” ou “perigos organizativos”.

Nesse aspecto, avalia-se se foi desenvolvida uma cultura empresarial de cumprimento normativo na extinção ou redução de riscos da atividade. Assim, descarta-se uma responsabilização objetiva, ante a impossibilidade material de os dirigentes e administradores terem conhecimento detalhado de cada processo no âmbito da estrutura empresarial. O ponto fulcral será, portanto, identificar quem atribuiu ou a quem foi atribuída a fiscalização para que um certo risco não se realizasse e até que ponto sua falta de controle foi negligente

em detectar sua gravidade. Dentro das regras de imputação objetiva deverá ser verificado não somente o resultado da conduta delitiva, mas também se a conduta foi inadequada, ao incrementar demasiadamente os riscos permitidos, possibilitando o resultado delitivo.

Em estruturas empresariais complexas, a responsabilidade penal poderá estender-se ou transmitir-se para representantes ou delegatários, dado a teoria das fontes materiais da posição de garante, numa estrutura da teoria da imputação objetiva do delito. Em termos conclusivos, expõe Lascuráin Sánchez⁸:

Desde tal luz debería afirmarse que el administrador responde por lo que ha hecho, pero que originariamente ha hecho su empresa, porque la empresa es suya -o le identificamos con tal titularidad-: es una fuente de riesgos en su ámbito de organización. Si este es el fundamento, la administración de hecho debería restringirse a las personas con una posición general dominante en las mismas, opción que parece también sabia para interpretar el concepto cuando se utiliza directamente para describir el sujeto activo en un tipo penal (“el administrador de hecho o de Derecho”). Lo que pasa es que las posiciones de garantía se pueden adquirir también por delegación y eso creo que es a lo que se refiere otra vía de extensión, que es la actuación ‘en nombre de outro’, que sería la que acogería las tesis más expansivas relativas a la responsabilidad del representante. En tal sentido cabría pensar que cualquier delegado, cualquier sucesivo delegado, puede responder penalmente.

A repartição de responsabilidades penais, em regime de coautoria ou participação, dentro de uma estrutura organizacional complexa será examinada mais adiante ao tratar-se do “Caso Samarco”.

8 LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTIN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, pág. 99. “A partir deste prisma, pode-se afirmar que o administrador responde pelo que fez, pelo que tenha cometido originalmente sua empresa, porque a empresa é dele – ou nós o identificamos com tal propriedade: é uma fonte de risco em sua esfera organizacional. Se este for o motivo, a gestão deveria de fato se restringir às pessoas com uma posição geral predominante nelas, uma opção em que também parece sensato interpretar o conceito quando ele é usado diretamente para descrever o sujeito ativo em um tipo de crime (“o administrador de fato ou lei”). O que acontece é que a posição de garante também pode ser adquirida por delegação, e creio que é a isso que se refere, por meio de extensão, a ação “em nome de outrem”, que seria o acolher com agrado as teses mais amplas sobre a responsabilidade do representante. Nesse sentido, pode-se pensar que qualquer delegado, qualquer sucessivo delegado, pode responder criminalmente”. (tradução nossa)

1.3. A omissão penalmente relevante

O legislador tipifica como gravemente lesivas não somente condutas ativas (comissivas), como também condutas passivas (omissivas), consequência natural da imposição de um dever de contenção de riscos a resultados delitivos. O Código Penal Brasileiro, no art. 13, §2º, adotou a teoria normativa da omissão considerando que a esta somente terá relevância causal quando presente o dever jurídico de agir. Assim, ainda que não tenha dado causa ao resultado, o omitente será responsabilizado por ele sempre que, no caso concreto, estiver presente o dever jurídico de agir. Na lição de Bonfim e Capez⁹:

Os tipos comissivos por omissão, a seu turno, configuram hipótese híbrida, conjugando dois fatores: ausência de ação efetiva (omissão) + expectativa e exigência de atuação (dever de ação). Dessa soma resulta uma terceira espécie de conduta, nem totalmente comissiva, nem totalmente omissiva, na qual o dever jurídico funciona como elemento normativo integrante do tipo penal. Esse elemento normativo deve ser estatuído na Parte Geral do Código Penal, como exigência do princípio da reserva legal, preferindo o legislador brasileiro a enumeração exaustiva da lei ao arbítrio do julgador na avaliação de caso concreto.

A legislação confere a uma pessoa o dever especial de contenção dos riscos, consistindo no já mencionado dever de garante. Agora, a legislação conferirá um desvalor da omissão (evitar o resultado) equivalente ao da ação geradora do mesmo resultado. Como bem adverte Cervini¹⁰, no âmbito de uma organização, não é possível construir imputações subjetivas fundadas na mera posição corporativa-institucional da pessoa. Deve-se verificar critérios de imputação do tipo objetivo no âmbito organizativo que permitam sustentar que o dirigente tenha contribuído por ação ou omissão e de maneira culpável ao curso causal delitivo cometido por seus subordinados.

9 BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 329.

10 CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. Ámbitos Complejos de Imputación. Responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional Flexible (Fom). In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (org.). **Direito Penal Económico**: temas essenciais para a compreensão da macrocriminalidade atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 365.

A contribuição do garante para o curso causal da ação delitiva e a sua comprovação decorrem de novos standards probatórios e valoração da conduta delitiva, tais como o conhecimento prévio e o comportamento posterior ao fato típico; exteriorizações (declarações explícitas e atos concludentes); dedução; relevância das características pessoais do sujeito analisado e seu papel estatutário dentro da organização empresarial. Segundo Rodrigues¹¹, a vontade formadora da intenção para a prática de um crime ou da representação da sua realização como possível se relaciona ou pode ligar-se ao cumprimento de deveres normativos. Para tanto, será exigível sempre a prova de que a omissão de cumprimento de deveres revele indiferença pelo bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito:

Indicadores da vontade do agente procuram ser identificados pela doutrina a partir de dados externamente comprováveis, de acordo com indícios que expressam uma intencionalidade interna do agente. Do nosso ponto de vista, entretanto, impõe-se sublinhar que, como se referiu, o dolo do tipo é uma intencionalidade expressa mediante uma omissão – o agente «decide-se» pelo risco contido na violação do dever ou no seu cumprimento defeituoso –, expressando, com esta omissão, a sua total indiferença («decisão contrária ao») pelo bem jurídico protegido. Assim, está em causa, na prova desta intenção de lesar o bem jurídico por um agente concreto – que, não se esconde, não é isenta de dificuldades –, aferir dos seus conhecimentos e competências adquiridos com a aplicação efetiva do programa de compliance e, nessa base, identificar a sua intenção de lesar o bem jurídico protegido pela norma penal.

A análise do dolo da conduta observa, portanto, a realidade social em que o agente se encontra inserido, ou seja, se dentro daquela realidade o agente possuía conhecimentos mínimos, dos quais um sujeito normal (o homem médio) não pode desconhecer. Tal critério de imputação por si só não é suficiente. Será necessário, também, valorar se existiu transmissão prévia de conhecimentos dos fatos delitivos em curso ou de fatos que permitiriam suspeitar de um curso causal delitivo.

¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico**: Uma Política Criminal na Era de Compliance. 2ª Edição. Coimbra: Almedina. 2020. Edição do Kindle, posição 2240 de 5269.

A posição de garante pode resultar, portanto, de um comportamento anterior contrário ao dever que põe em perigo um bem jurídico. Aqui a fundamentação da responsabilidade consiste na infração do dever. É evidente, de acordo com os parâmetros dogmáticos agora predominantes, não basta a mera desaprovação legal do resultado de perigo, mas exige-se um comportamento injusto. O autor da conduta deve criar um risco não permitido.

Surge, portanto, uma responsabilidade decorrente de infração de deveres de cuidado especial, solidária e institucionalmente assegurada, com relação a um bem. Haverá, independentemente do fato, um vínculo entre o agente o bem, decorrente de um *status* vinculado a contexto de regulamentação. Nos crimes omissivos impróprios, o omitente, ao lado dos demais pressupostos cumulativos, é garantidor da evitação de um resultado, mesmo quando o agente não atua mais de modo causal, sem qualquer conduta efetiva, mas sua esfera organizatória ainda tem efeitos externos. Para Jakobs¹²:

Todos os crimes omissivos impróprios nos quais exista uma posição de garantidor em virtude de responsabilidade institucional são crimes de infração de dever, do mesmo modo que todos os crimes comissivos cometidos por pessoas que, ao mesmo tempo, são garantidoras em virtude de responsabilidade institucional.

No mesmo sentido, Crespo¹³, analisando a posição de garante como consequência de um dever de vigilância, fundado num comportamento anterior do dirigente, cita o precedente do caso *Lederspray*, julgado pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof – BGH), em que uma empresa introduziu no mercado um *spray* para tratamento de peças de couro que produziu edemas pulmonares nos consumidores, destacando os critérios limitativos ao atuar precedente que fundamenta o dever de garantia:

12 JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. (Coleção Del Rey Internacional). Apresentador: Eugênio Pacelli de Oliveira, p. 318.

13 CRESPO, Eduardo Demetrio. Responsabilidad Penal por omisión de los deirectivos de las empresas. Cap. 5, p. 191-230, p. 199. In: PUERTO, Ricardo Preda del (org.). **Apuntes de Derecho Penal Económico III**. Assunção/Paraguai: Iced, 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/40639658/Apuntes_de_Derecho_Penal_Economico_III_pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

El Tribunal acepta en esta sentencia las limitaciones a la idea de la injerencia desarrolladas por la doctrina: a) el actuar precedente debe haber ocasionado un peligro próximo de aparición de daños (adecuación); b) se exige además una relación de infracción del deber entre la vulneración de la norma y el resultado, en el sentido de que la infracción del deber debe consistir en la lesión de una norma que esté dirigida justamente a la protección del concreto bien jurídico afectado; c) finalmente el comportamiento previo debe ser ciertamente contrario al deber, por lo que un comportamiento anterior ajustado a derecho no fundamenta en principio una posición de garante.¹⁴

Uma ponderação importante é que o agente deve ter conhecimento acerca da sua posição de garante, no momento do fato, ainda que não seja necessário que o autor tenha representado intelectualmente o resultado. O erro sobre os pressupostos exteriores da posição de garante se considera um erro de tipo, assim como um erro sobre o dever jurídico com pleno conhecimento das circunstâncias as quais este constitui um erro de proibição. A observação de Roxin¹⁵ é nesse sentido, vejamos:

Si el autor no conoce los presupuestos de la posición de garante, no estaremos en presencia de un error de tipo común, que dejaría abierta la consideración de la punibilidad por el delito culposo, sino que faltará un presupuesto del deber de evitar el resultado. El autor quedará absuelto¹⁶

Não podemos deixar anotar algumas críticas doutrinárias. Com efeito, fala-se que nem todos os tipos de omissão imprópria encontram-se expressos na lei, já que seria impossível tipificar legalmente todas as hipóteses em que o agente na posição de garante haja com sua conduta

14 “O Tribunal aceita neste julgamento as limitações à ideia de interferência desenvolvida pela doutrina: a) o ato precedente deve ter causado um perigo imediato de dano (adequação); b) uma relação ofensiva também é necessária de dever entre a violação da norma e o resultado, no sentido de que a violação do dever deve consistir na lesão de uma norma que se dirige justamente à proteção do ativo legal específico afetado; c) finalmente o comportamento anterior deve certamente ser contrário ao dever, então um comportamento anterior de acordo com a lei não fundamenta, em princípio, uma posição de garante.” (tradução nossa)

15 ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Editorial B de F, 2019. (Colección: Maestros del Derecho Penal, n° 42). Tradução Prof. Enrique Bacigalupo, p. 54.

16 “Se o autor não conhece os pressupostos da posição de garante, não estaremos na presença de um erro de tipo comum, que deixaria em aberto a consideração da punibilidade pelo delito culposo, senão que faltará um pressuposto do dever de evitar o resultado. O autor será absolvido.” (tradução nossa)

distinta da devida equivalente à causação do resultado típico. Por todos, Zaffaroni e Pierangeli¹⁷ condensam eventuais problemas relacionados à omissão imprópria:

Trata-se-ia de um caso similar à culpa, e, portanto, não restaria outro recurso senão considerar que praticamente detrás de todos os tipos ativos há uma espécie de ‘falsete’, que é o tipo omissivo equivalente não escrito, que funciona como um tipo aberto e que o juiz tem que fechar, em cada caso, com a norma que coloca o autor na posição de garante.

Cria-se, com isso, uma questão extremamente séria porque, por um lado, é verdade que é praticamente impossível prever todas as hipóteses em que o autor se encontre numa posição jurídica tal que a realização de uma conduta causadora do resultado típico; mas, por outro lado, também é verdade que a segurança jurídica sofre um sério menosprezo com a admissão dos tipos omissivos não expressos. Tem-se a impressão de que o princípio da legalidade passa a sofrer uma importante exceção, embora, de outra parte, também se tenha a impressão de que a admissão dos tipos omissivos impróprios não expressos não faz mais do que esgotar o conteúdo proibitivo do tipo ativo, que de modo algum quis deixar certas condutas fora da proibição.

Traçadas os conceitos, limites e parâmetros pela dogmática penal para responsabilização individual em delitos econômico-empresariais, vejamos o tratamento dado pelo Ministério Público no “Caso Samarco”, referido no início deste trabalho.

2. O CASO SAMARCO

2.1. Considerações Iniciais

Passemos agora a tecer algumas considerações a respeito da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (MPF) contra diversas pessoas físicas em razão do desastre ambiental de Mariana e a poluição do Rio Doce nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, denominado “Caso Samarco”, dada a gravidade e a extensão

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 543.

dos danos produzidos, cujos efeitos foram sentidos por milhares de pessoas em diversos municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, resultando em mortes e lesões de diversas pessoas, residências destruídas, comunidades inteiras desabrigadas, população desassistida de água potável, assim como a eventual perpetuação de atividades igualmente arriscadas pelas empresas envolvidas.

De maneira geral, o parâmetro empregado pelo órgão de acusação consistiu na tradicional omissão penalmente relevante e na posição de garantia estabelecida no art. 13, §2º, do Código Penal Brasileiro. A presente exposição irá assinalar como foram estruturadas as imputações para as pessoas físicas, destacando o nexos causal entre o resultado naturalístico e o dever jurídico de agir próprio das condutas omissivas impróprias, observando os contornos e os limites do princípio da confiança e do nexos causal (relevância causal) e a proibição de regresso. Ademais, será indicado o dever jurídico apontado pelo MPF para fins de responsabilização penal individual dos agentes, indicando se há previsão normativa (lei) e/ou atos constitutivos da pessoa jurídica para criação de dever de atuar.

De modo geral, foram denunciadas as pessoas que, atuando na condição de diretores, administradores, membros de conselhos e de órgãos técnicos, gerentes, empregados, prepostos, mandatários ou contratados das empresas VALE, da BHP e da SAMARCO, e tendo conhecimento dos diversos problemas, falhas ou “não conformidades” operacionais e do progressivo incremento da situação típica de risco, mesmo devendo e podendo agir para evitar o rompimento da barragem de Fundão e os resultados penalmente desvalorados, deixaram de impedi-los e de evitá-los. Para esses agentes, foram imputados os seguintes delitos: do art. 13, § 2º, alínea “a”, art. 18, I, e art. 70, do Código Penal c/c art. 2º da Lei nº 9.605/98, nas figuras típicas dos artigos 121, §2º, I, III e IV, art. 129 c/c §1º, incisos I e III, c/c §7º, art. 254 e art. 256, todos do Código Penal, e nos artigos 29, *caput*, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, *caput*, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 54, § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei nº 9.605/98, e em concurso material (art. 69, CP) com

os crimes previstos nos arts. 68, 69 e 69-A da Lei nº 9.605/95, esses últimos na forma do art. 70, CP, entre si.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas envolvidas (VALE, da BHP e da SAMARCO) não será explorada, uma vez que fugiria do escopo proposto deste trabalho.

O ponto nevrálgico do “Caso Samarco” consiste na gestão dos rejeitos minerais e na ausência de um plano eficaz de contenção. Nesse ponto, destaca Fernanda Miquelussi da Silva¹⁸:

O fator que torna ainda mais complicada a situação das mineradoras é a ausência de um plano eficaz de contenção: com efeito, qualquer local onde se armazenam efluentes tóxicos deve instalar bacias de contenção para o caso de vazamentos e o que se viu foi a ausência de um sistema de segurança.

Igualmente, o MPF fez largo emprego dos dispositivos Estatutários das empresas envolvidas e da Lei da Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/76), para melhor definir as diversas estruturas organizacionais das pessoas jurídicas envolvidas, suas competências e responsabilidades, vinculando tais dispositivos ao dever de agir e posição de garante da legislação penal. Essa estratégia de atuação, por assim dizer, encontra ressonância nas lições de Tiedemann¹⁹, ao ressaltar que a responsabilização do garante deve observar a teoria da imputação objetiva e o risco criado de forma ilícita:

Más importante es determinar quién ‘actúa’ como directivo, órgano o representante de la persona jurídica especialmente em los casos en que estas personas no realizan un comportamiento activo sino omissivo. Junto al problema dogmático de la posición de garante de estas personas existe el problema legislativo de reconocer y establecer un deber de vigilancia, deber

18 SILVA, Fernanda Miquelussi da. O Direito Penal e as Posições de garante: Tragédia Do Rio Doce. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.). **Direito penal econômico**: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2017. p. 101-118. Disponível em: <<https://editorathoth.com.br/produto/ebook/-direito-penal-economico/50>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 113.

19 TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**: comunitário, espanhol, alemán. Barcelona: Ppu S. A., 1993, p. 169. “Mais importante é determinar quem ‘atua’ como gestor, órgão ou representante da pessoa jurídica, especialmente nos casos em que essas pessoas não realizam um comportamento ativo, mas omissivo. Ao lado do problema dogmático da posição de fiador dessas pessoas, há o problema legislativo de reconhecer e estabelecer um dever de vigilância, dever que se distingue da participação por omissão pelo grau de conhecimento que o gestor tem do fato de que ele tem que prevenir.” (tradução nossa)

que se distingue de la participación por omisión por el grado de conocimiento que el directivo tenga del hecho que tiene que impedir.

A acusação contra diversos integrantes dos mais diversos níveis das estruturas das organizações empresariais mineradoras envolvidas na tragédia de Mariana, em contexto de coautoria, respeitando o princípio da divisão de trabalho e o princípio da confiança permitida em atividades de riscos, harmonizou-se com o princípio da autorresponsabilidade da intervenção penal em contexto de várias pessoas no mesmo fato. A esse respeito vaticina Díez²⁰:

A modo de síntesis, cabría indicar que la existencia de una organización estructurada fundamentalmente en el régimen de división de trabajo fundamenta la vinculación de las aportaciones de los distintos partícipes, debiendo atenderse a la unidad de sentido global que adquieren dichas aportaciones en virtud de la vinculación referida y del peso cuantitativo de cada una de ellas. En este sentido, la imputación objetiva se constituye en un criterio decisivo para determinar normativamente cuándo existe una vinculación comunicativamente relevante entre las distintas aportaciones.

Feitas essas considerações gerais, vejamos detalhadamente como foram atribuídas as responsabilizações aos agentes envolvidos.

2.2. A responsabilização penal dos membros do Conselho de Administração

O Conselho de Administração teria exercido, ao longo do tempo, o posto de alta administração da SAMARCO, integrado por representante da VALE e BHP, sendo o órgão responsável pela organização, coordenação e vigilância geral das atividades da empresa, atribuições não passíveis de delegação para outros órgãos empresariais. Para o MPF, o Conselho de Administração tomou conhecimento

²⁰ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico**: parte general y especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. Edição do Kindle. Posição 2124 de 6351. “A título de síntese, pode-se apontar que a existência de uma organização estruturada fundamentalmente no regime de divisão do trabalho estabelece a vinculação das contribuições dos diversos participantes, devendo atentar para a unidade de sentido global que tais contribuições adquirem em virtude da vinculação referida e o peso quantitativo de cada um deles. Nesse sentido, a imputação objetiva constitui um critério decisivo para determinar normativamente quando existe um vínculo comunicativamente relevante entre as diferentes contribuições.” (tradução nossa)

expressamente acerca dos riscos envolvendo a barragem do Fundão, demonstrando documentos técnicos levados à deliberação desse órgão diretivo. Assim, não havia o mero dever jurídico de agir, mas a possibilidade real e física de intervir e evitar o resultado. Vejamos:

O Conselho de Administração foi o grande responsável pela definição da temerária política empresarial de assunção consciente de riscos relacionados à implementação e à operação da barragem de Fundão, priorizando a expansão da produção e os resultados econômicos positivos para os acionistas, mesmo em um cenário econômico extremamente adverso, e à custa de realização de significativos cortes de gastos para atividades relacionadas à gestão dos rejeitos minerários.

Os problemas identificados na barragem de Fundão foram levados diversas vezes ao Conselho de Administração, seja por meio de relatórios específicos de eventos de problemas, falhas ou “não conformidades”, seja por meio de resultados das revisões técnicas realizadas pelo ITRB. Nesses casos, sabendo dos problemas, falhas ou “não conformidades”, os conselheiros deixaram de impedir a sua prática, quando podiam e deviam agir para evitar os resultados lesivos produzidos com o rompimento da barragem de Fundão. Omitiram-se, dessa forma, no seu dever de fiscalizar a gestão dos órgãos a eles subordinados, embora não o fizessem em relação à cobrança dos resultados financeiros da empresa.

E, mesmo nas hipóteses em que determinou a adoção de medidas específicas relacionadas à gestão dos rejeitos produzidos pela SAMARCO, o Conselho omitiu-se em exercer seu poder-dever de vigilância e suas competências organizativas, uma vez que se contentou em receber passivamente informações não condizentes com a crítica realidade operacional da barragem de Fundão transmitidas pelos diretores, K. T. e R. V., ou pelos representantes dos Comitês e Subcomitês de Assessoramento. (nomes próprios suprimidos)

Pela estrutura de imputação da denúncia, os membros do Conselho de Administração, figurando na condição de administradores da empresas mineradoras, teriam deixado de empregar o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo deveria empregar na administração dos seus próprios negócios (na esteira da previsão do

art. 145 c/c art. 153, ambos da Lei nº 6.404/76), nisso consistindo o dever de agir para evitar o rompimento da barragem de Fundão, uma vez que detinham obrigações de cuidado, proteção e vigilância, e teriam se omitido de exercer seus deveres de organização, coordenação e vigilância geral das atividades da empresa, deixando de impedir e de evitar os resultados penalmente desvalorados.

Dentro de uma perspectiva da teoria da imputação objetiva, pelo seu aspecto subjetivo, não mais se exige uma um plano do fato ou mesmo o conhecimento ou acerto entre todos os agentes, bastando, dentro de uma organização empresarial, o conhecimento sobre a repartição das obrigações e deveres. Os membros do Conselho de Administração exercem justamente a coordenação consciente de todas as partes da estrutura organizacional, por encontrar-se no ápice piramidal e concentrar as informações necessárias para a tomada de rumos da empresa. Em tese, considerando o princípio da confiança, entre os membros de um Conselho de Administração, não existiriam deveres de vigilância recíproca, pois haveria uma modulação de algum modo dos deveres de controles, especialmente em razão da divisão de tarefas.

Ademais, os membros do Conselho de Administração, dada a impossibilidade de concentração de todas as informações, em busca de uma gestão mais eficiente da atividade, designariam órgãos especializados para a prevenção dos riscos da atividade. Dessa forma, um conselheiro pode confiar que o outro, dentro do marco de suas atividades, não se comportará de forma delitiva, não exercendo deveres de vigilância. Todavia o conselheiro continuará a ser garante da atividade empresarial como um todo, de maneira que, tão logo tome conhecimento de comportamento delitivo de outro conselheiro no marco das atividades empresariais que deve proteger, ressurgirá sua posição de garante o dever de evitar o resultado criminoso.

No caso concreto examinado, os membros do Conselho de Administração denunciados pelo MPF participaram das reuniões e deliberações em que foram apresentadas, discutidas e apreciadas questões envolvendo os riscos do sistema de disposição de rejeitos, sem

emitir qualquer orientação concreta sobre a questão. Pelo contrário, teriam adotado uma política de contenção de custos visando aumentar os ganhos de produção. Como bem assevera Planas²¹, não é neutra a ação dos conselheiros que adquirem o conhecimento da atuação delitiva de outro ou outros conselheiros: ao fim e ao cabo são garantes.

Nesses termos, parece-nos que os contornos da responsabilização penal individual dos membros do Conselho de Administração das empresas mineradoras envolvidas encontram-se em consonância com a dogmática penal contemporânea.

2.3. A responsabilidade penal dos representantes dos Comitês de Operação e de Desempenho Operacional

De um modo geral, competia aos Comitês aprofundar análises em decisões/controles a serem encaminhadas para o Conselho de Administração; estabelecer disciplinas específicas e recomendações técnicas; assessorar os membros do Conselho no estabelecimento da orientação geral das atividades e nas decisões sobre questões estratégicas. O MPF considerou os seguintes fatores como deveres de atuação dos representantes dos Comitês da Samarco:

Ao Comitê de Desempenho Operacional (em algumas passagens chamado nos documentos internos da SAMARCO de Subcomitê de Gestão de Desempenho ou Subcomitê Performance Management) competia “definir plano de melhoria operacional” e “analisar e monitorar o desempenho operacional da companhia” (art. 33 do Regimento Interno dos Comitês da SAMARCO). Seus membros tinham pleno conhecimento dos problemas, falhas ou “não conformidades” constantemente identificados na barragem de Fundão e, por meio deles, o Conselho de Administração exercia sua função de fiscalização das atividades executadas pelos órgãos subordinados, seja por meio de prestações de contas obrigatórias dos Comitês de Assessoramento para o Conselho, seja por meio da expedição de recomendações do próprio Comitê para a SAMARCO e para o Conselho.

21 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 242.

O Comitê de Operações, por sua vez, era o órgão ao qual se vinculava o Subcomitê de Desempenho Operacional, competindo a ele “*assessorar o Conselho de Administração em todas as operações e questões técnicas*” (art. 33 do Regimento Interno dos Comitês da SAMARCO). Deve-se enfatizar que todas as informações que chegavam ao Comitê deveriam ser obrigatoriamente transmitidas ao Conselho de Administração, uma vez que era compulsória a participação, em cada comitê, de, ao menos, dois representantes do Conselho de Administração (art. 5º, § 1º do Regimento Interno dos Comitês da SAMARCO).

Para o MPF, os representantes da VALE e da BHP no Comitê de Operações e no Subcomitê de Desempenho Operacional teriam se omitido no exercício dos deveres de assessoramento em questões técnicas e relacionadas à operação da barragem de Fundão, concorrendo para que aqueles que detinham efetivo poder de decisão deixassem de impedir e de evitar os resultados penalmente desvalorados, especialmente ao tomar conhecimento detalhadamente dos aspectos técnicos relacionados aos problemas, falhas ou não conformidades operacionais ocorridos na barragem de Fundão, inclusive da necessidade de remoção da comunidade próxima, e mesmo assim teriam realizado estudos de alternativas para redução dos gastos com projetos de sustentabilidade da operação, desprezando os riscos.

A imputação contra membros de órgão de assessoramento talvez seja o ponto mais tormentoso para a persecução penal, haja vista a necessidade de demonstrar aquelas condutas que criam um risco desaprovado de intervenção no delito daquelas outras que transitam no âmbito do risco permitido, consistindo em ação neutra. Nesse sentido, Planas²² assevera que:

Assim, pode-se concluir que se deverá negar a participação no delito sempre que, não existindo posições jurídicas específicas (também denominadas posições de garantia) para evitar que determinados bens jurídicos ou determinadas atividades passem a fazer parte de projetos delitivos alheios, não se realize uma conduta inequívoca de adaptação ou acoplamento

22 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 266

ao fato que será cometido. Em especial, haverá que atender a dados objetivos como pontos de apoio para interpretar o sentido da ação em cada contexto. No caso de prestações profissionais, trata-se de condutas que não contém em si mesmas um risco especial de continuação delitiva, isto é, não se podem entender como condutas que se adaptam ao fato que será cometido, mas que se esgotam no standard normativo que define o contexto no qual se verificam.

À mesma conclusão chega Lascurain Sánchez²³:

Los órganos asesores sólo responden como partícipes en los delitos de los administradores o de los ejecutivos si sobrepasan el riesgo permitido (si su asesoramiento no es “neutro”). Se discute si tal cosa depende de criterios subjetivos (el asesor sabe seguro de la utilización delictiva de su asesoramiento), objetivos (el consejo se adapta a un plan delictivo) o mixtos, como sostiene el Tribunal Supremo. La falta de impedimento por parte de asesor del delito que conoce que se va a cometer no es delictiva.”

Na configuração objetiva da conduta no contexto verificado, empregando o contexto dogmático da teoria da imputação objetiva, a denúncia conseguiu identificar, na conduta dos membros dos Comitês, enquanto órgãos de assessoramento do Conselho de Administração das empresas mineradoras, a criação de um risco desaprovado de intervenção no delito. Isso porque indicou-se quais membros dos Comitês participaram de reuniões e deliberações, com detalhamento técnico dos riscos envolvendo a Barragem do Fundão, assim como apontou quais medidas foram adotadas, priorizando a redução de custos para aumento da lucratividade.

²³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTIN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 127-128. “Os órgãos consultivos só respondem como participantes nos crimes de administradores ou executivos se excederem o risco permitido (se seu conselho não for “neutro”). Discute-se se isso depende de critérios subjetivos (o conselheiro sabe com certeza do uso criminoso de seu conselho), objetivos (o conselho se adapta a um plano criminal) ou mistos, como sustenta a Suprema Corte. A falta de impedimento por parte de um assessor criminal que sabe o que vai ser cometido não é criminosa.” (tradução nossa)

2.4. A responsabilidade penal dos Diretores Executivos

Os diretores executivos têm como atribuições, entre outras, o planejamento, a organização, a liderança e o controle de todas as atividades das empresas mineradoras em consonância com os objetivos e as estratégias estabelecidos pelos acionistas, a fim de alcançar as metas de volume e rentabilidade estabelecidos. Ademais, cabia aos diretores executivos a direção de todas as atividades produtivas, pela infraestrutura física e patrimonial, pela gestão de estruturas (tais como barragens pertencentes à organização). Também a eles cabia garantir operações seguras e em conformidade com as questões ambientais, zelando por equipamentos em todas as plantas, assim como assegurando a melhor adequação de infraestrutura disponível.

Para o MPF, a responsabilidade penal dos diretores executivos decorre dos seguintes deveres assumidos:

Além das competências estatutárias inerentes às funções acima descritas, a Diretoria Executiva exercia duas atribuições de protagonismo sobre a gestão das barragens e dos rejeitos da SAMARCO, quais sejam: a) recebiam reportes diretos sobre a situação do Sistema de Rejeitos de Fundão nas reuniões de fechamento do ITRB; b) recebiam reportes e participavam do monitoramento contínuo dos riscos materiais de “falha crítica no processo de operação de barragens” e “falha crítica no processo de implementação de barragens e pilhas de estéril”, conforme previsto no Manual de Riscos Corporativos da SAMARCO (Doc. 20).

Os diretores executivos, na medida que se encontram na camada superior, aparecem como responsáveis naturais dos fatos ocorridos no marco de sua competência, já que o caráter neutro de suas contribuições é praticamente nulo, pois, dentro da organização empresarial, fornece instruções que acarretam diretamente um risco delitivo. A apreciação da autoria das contribuições passa pela identificação dos espaços de risco tolerado, a observação das regras técnicas e os standards próprios de casa setor produtivo, sem prejuízo das regulações jurídicas expressas, como assevera Lascuraín Sánchez²⁴:

²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTÍN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 127. “O administrador de uma empresa pode responder como autor por não prevenir o crime

El administrador de una empresa podrá responder como autor por no impedir el delito de un empleado a favor de la empresa cuando tenga al respecto una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad productiva de su empresa o por ser el afectado un bien que se había confiado a la misma. Si ha delegado su función de seguridad, incumplirá su deber de garantía si delega mal, si no vigila al delegado o si no le corrige. Si el tipo penal así lo contempla tal responsabilidad podrá serlo por imprudencia. El administrador de la empresa responderá como partícipe omisivo si tolera la comisión de un delito a favor de la empresa en un ámbito en el que la misma no es garante. Si se trata de una decisión colectiva de los administradores, sólo cometen el delito correspondiente quienes la hayan adoptado con su voto. Quienes no voten a favor pero no impidan el delito podrán responder, como autores o como partícipes, si se trata de uno de los delitos respecto a los que tienen un deber de garantía -que no comporta la vigilancia de sus colegas-, y como partícipes, si no tienen tal deber pero se trata de un delito imputable a la persona jurídica.

No caso concreto, os diretores executivos teriam recebido informações sobre a situação das barragens, os riscos envolvidos e as “falha críticas”, incumbindo-lhes a adoção de providências de infraestrutura de maneira a evitar o rompimento da barragem.

2.5. A responsabilidade penal dos gerentes e engenheiros

Nesse nível, temos os profissionais mais especializados, com domínio técnico sobre as condições estruturais das barragens, especialmente a gestão e a segurança da operação das estruturas. O MPF considerou que tocava a esses profissionais a intervenção concreta para evitar o rompimento da barragem, mas não o fizeram:

de funcionário a favor da empresa quando estiver numa posição de garantia porque é um risco da atividade produtiva de sua empresa ou porque foi afetado um bem confiado a ele. Se houve delegação de sua função de segurança, implicará seu dever de garante se delega indevidamente, se não zela pelo delegado ou se não o corrige. Se a infração penal é contemplada como tal, podendo tal responsabilidade dever-se a imprudência. O administrador da empresa responderá como participante omissivo se tolerar a prática de crime a favor da empresa em área em que o em si não é um garante. Se for uma decisão coletiva dos administradores, eles só se comprometem ao crime correspondente que o adotou com o seu voto. Quem não votar a favor, mas não impedir o crime pode responder, como perpetradores ou como participantes, se for um dos crimes com respeito a quem tem um dever de garantia – que não envolve a vigilância dos seus colegas –, e como participantes, se não tiverem tal dever, mas for crime imputável à pessoa jurídica.” (tradução nossa)

Enfim, os gerentes/engenheiros, figurando na condição de profissionais com profissão regulamentada e como responsáveis técnicos pela implementação e operação da barragem de Fundão, deixaram de observar, no exercício de suas funções, princípios éticos e deveres profissionais, como: de utilizar técnicas adequadas; de assegurar os resultados propostos e a qualidade satisfatória nos serviços e produtos; de observar a segurança nos seus procedimentos; de prezar pelo desenvolvimento sustentável na intervenção sobre os ambientes natural e construído, e na incolumidade das pessoas, de seus bens e de seus valores e de alertar plenamente seus empregadores dos riscos e responsabilidades relativos às prescrições técnicas e às consequências presumíveis de sua inobservância.

Nesse ponto, não residem tantas discussões, pois não houve o mero trânsito da atividade laboral, ou uma ação neutra, pois os agentes tornaram-se parte integrante do fato, sendo este penalmente relevante. Isso porque cabia a eles assegurarem a disponibilidade de áreas/estruturas para disposição de rejeitos ao longo da vida útil da SAMARCO, deterem responsabilidades internamente fixadas relacionadas à gestão e à segurança da barragem de Fundão, pois eram os Responsáveis Técnicos (RTs) pela sua segurança e operação.

Assim, Lascuraín Sánchez vaticina que *“los órganos ejecutivos responderán como autores por un delito no evitado en la medida en la que se trate de un ámbito de garantía cuyo control se les haya delegado”*.²⁵

CONCLUSÃO

A sociedade moderna trouxe sem dúvidas novos riscos, representados, muitas vezes, pelo exercício de atividades econômicas desenvolvidas por sociedades empresariais complexas. As externalidades decorrentes dessas atividades possuem um custo social

²⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTÍN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 127. “Os órgãos executivos responderão como perpetradores de um crime que não evitadas na medida em que se trata de uma área de garantia cujo controle lhes foi delegado.” (tradução nossa)

cada vez maior, atingindo grandes agrupamentos populacionais ao mesmo tempo.

A legislação, em especial a legislação penal, tenta acompanhar a proteção desses bens jurídicos coletivos postos a perigos pelas atividades empresariais. A dogmática penal busca compreender esse fenômeno, sobrepesando a proteção suficiente em matéria de segurança pública, mas sem descuidar dos marcos garantistas do Estado Democrático de Direito. Assim trata-se de buscar fundamentos idôneos para embasar a responsabilidade penal das pessoas físicas nos delitos econômicos no âmbito empresarial.

Com efeito, a extrema divisão e especialização dos níveis de trabalho tornam difícil identificar as posições de tomada de decisão, execução e fiscalização dos núcleos tradicionais do marco empresarial. A resposta jurídica penal deve passar por critérios claros de imputação, para a um só tempo possibilitar a responsabilização de agentes por graves crimes econômicos, mas também obedecer a critérios de imputação individualizada de condutas.

Apresentado esse quadro geral da política criminal, a apresentação de um caso de grande repercussão internacional, ocorrido em solo brasileiro, como foi o denominado “Caso Samarco”, mostra-se exemplar para criar-se um norte argumentativo e prático para fins de imputação de condutas criminosas envolvendo delitos econômicos de grande repercussão social. Nesse caso, o empréstimo de conceitos jurídicos de outros ramos do direito, notadamente o Direito Empresarial, possibilita pontuar os deveres legais nos vários níveis de um contexto empresarial complexo.

A condução probatória, em termos processuais, passa, portanto, pela demonstração da identificação do cargo ocupado pelo agente, quais responsabilidades legais e estatutárias são inerentes ao cargo, se a atividade que fomentou ao risco perpassa pela sua responsabilidade e conhecimento, nível de informação, e quais providências foram efetivamente adotadas para mitigar esse risco.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Samarco**. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. Ámbitos Complejos de Imputación. Responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional Flexible (Fom). In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (org.). **Direito Penal Econômico**: temas essenciais para a compreensão da macrocriminalidade atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 572.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. Responsabilidad Penal por omisión de los directivos de las empresas. Cap. 5, p. 191-230. In: PUERTO, Ricardo Preda del (org.). **Apuntes de Derecho Penal Económico III**. Assunção/Paraguai: Iced, 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/40639658/Apuntes_de_Derecho_Penal_Economico_III_pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico**: parte general y especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. (Edição do Kindle).
- FELJOÓ SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em Organizações Empresariais Complexas. Tradução de Vânia Costa Ramos. **Revista Liberdades**: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 9, p. 26-57, abr. 2012.
- JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 850 p. (Coleção Del Rey Internacional). Apresentador: Eugênio Pacelli de Oliveira.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTIN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. p. 760. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Tradução de Rachel Sztajn.

PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico: Uma Política Criminal na Era de Compliance**. 2ª Edição. Coimbra: Almedina. 2020. Edição do Kindle.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2019. (Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 42). Tradução Prof. Enrique Bacigalupo.

SILVA, Fernanda Miquelussi da. O Direito Penal e as Posições de garante: Tragédia Do Rio Doce. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.). **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina: Thoth, 2017. p. 101-118. Disponível em: <<https://editorathoth.com.br/produto/ebook/-direito-penal-economico/50>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**: (comunitário, espanhol, alemán). Barcelona: Ppu S. A., 1993.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel S. A., 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MINISTÉRIO PÚBLICO, DIREITO À EDUCAÇÃO E SUSPENSÃO DO ENSINO PRESENCIAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

THE BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTORS' OFFICE, THE RIGHT TO EDUCATION AND SCHOOL CLOSURES DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Edson Ricardo Scolari Filho

Mestre em Direito (UFSC). Especialista em Ministério Público (CEAF/MPPR), Direito Tributário (IBET) e Direito Constitucional (Damásio). Bacharel em Administração (ESAG/UDESC) e Direito (UFSC). Promotor de Justiça Substituto (MPPR).
erscolari@mppr.mp.br

Como citar este artigo:

SCOLARI FILHO, Edson R. Ministério Público, direito à educação e suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 103 - 144.

Recebido em: 28/3/2022 | Aprovado em: 8/8/2022

Resumo: O presente estudo se debruça sobre a suspensão do ensino presencial na educação básica durante a pandemia de Covid-19. A hipótese proposta, e confirmada, é a de que a suspensão do ensino presencial na educação básica, no Brasil e durante a pandemia, considerada a sua elevada duração, configurou violação a direitos de crianças e adolescentes. Nesse sentido, ao menos desde o segundo semestre de 2020, constam evidências científicas e recomendações de organizações e entidades reconhecidas contrárias à suspensão do ensino presencial, parâmetros estes fixados pela legislação e por precedentes do STF para o controle de decisões administrativas e atos relacionados à pandemia de Covid-19. O estudo se ampara na legislação, jurisprudência, estudos científicos, notícias veiculadas na imprensa e publicações de órgãos e entidades reconhecidas para alcançar suas conclusões.

Palavras-chave: Ministério Público; Direito à educação; Ensino presencial; Pandemia de Covid-19; Crianças e adolescentes.

Abstract: *This study focuses on the closures of basic education schools during the Covid-19 pandemic. The hypothesis – which is confirmed throughout the paper – is that school closures in the basic education level in Brazil, during the Covid-19 pandemic, considering its lengthy duration, violated children’s rights. In this regard, at least since the second half of 2020, scientific evidence and recommendations from recognized organizations against school closures were available, while these were the grounds set by Brazilian law and Supreme Court to control public decisions and acts related to the Covid-19 pandemic. This study makes use of legislation, court cases, scientific studies, news and publications from recognized entities to ground its conclusions.*

Keywords: *Public Prosecutors’ Office; Right to education; School closures; Covid-19 pandemic; Children and teenagers.*

Sumário: Introdução; 1. Entre os campeões do mundo; 2. Marcos normativos da educação básica, da suspensão do ensino presencial e das competências federativas; 3. Prejuízos decorrentes da suspensão do ensino presencial; 4. Evidências científicas contrárias à suspensão do ensino presencial; 5. Refutação dos argumentos favoráveis à suspensão do ensino presencial; 5.1 Risco à vida e saúde de crianças e adolescentes; 5.2 Risco à vida e saúde de professores e profissionais da educação; 5.3 Risco à vida e saúde dos familiares das crianças e adolescentes; 5.4 Escolas como locais de propagação e surtos de Covid-19; 5.5 A pandemia de Covid-19 foi mais severa no Brasil; 6. Jurisprudência; 7. Estudo de caso: procedimento administrativo MPPR-0188.21.000119-7; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Com o arrefecimento da pandemia de Covid-19¹ e uma avalanche de dados indicando os prejuízos à saúde mental, física e intelectual de crianças e adolescentes em decorrência da suspensão do ensino presencial^{2,3,4,5}, inevitável o questionamento: Erramos?

- 1 BLANES, Simone; BARROS, Duda M.; FELIX, Paula. **Covid-19:** Os sinais de que a pandemia está a caminho do fim. Veja, São Paulo, 18 fev. 2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude>>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- 2 UNICEF. **Covid-19:** UNICEF warns of continued damage to learning and well-being as number of children affected by school closures soars again. UNICEF, Nova Iorque, 7 dec. 2020. Disponível em: <www.unicef.org/press-releases/Covid-19-unicef-warns-continued-damage-learning-and-well-being-number-children>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- 3 BBC. **Covid:** the devastating toll of the pandemic on children. BBC, Londres, 30 jan. 2021. Disponível em: <www.bbc.com/news/health-55863841>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- 4 The Economist. **Closing the world’s schools caused children great harm.** The Economist, Londres, 26 jun. 2021. Disponível em: <www.economist.com/leaders/2021/06/24/closing-the-worlds-schools-caused-children-great-harm>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- 5 G1. **Secretário Estadual da Educação de SP diz que pandemia provocou “tragédia” na educação e quer “escolas cheias de novo”.** G1, São Paulo, 18 out. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/educacao>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

Este é o tema da pesquisa: suspensão do ensino presencial no âmbito da educação básica no Brasil durante a pandemia de Covid-19. O problema, portanto: a suspensão do ensino presencial na educação básica no Brasil durante a pandemia de Covid-19 era respaldada pela ordem jurídica? Diante disso, testa-se a hipótese de que a suspensão do ensino presencial na educação básica no Brasil durante a pandemia de Covid-19 configurou violação aos direitos de crianças e adolescentes.

O objetivo principal está em demonstrar que o Estado brasileiro violou direitos de crianças e adolescentes ao manter a suspensão do ensino presencial na educação básica (i) por período superior ao de outros países; (ii) sem amparo em evidências científicas; e (iii) de maneira contrária aos posicionamentos de organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.

Tendo em vista as limitações de um artigo acadêmico, não se procederá aqui com aprofundamentos em torno de marcos teóricos, mas sim com a utilização dos conceitos “educação básica”⁶, “ensino presencial”^{7,8} e “pandemia de Covid-19”^{9,10}.

Em termos de limitações, será tratada tão somente a educação básica regular, isto é, a prestada a crianças e adolescentes de 4 a 17 anos de idade. Além disso, o termo “fechamento de escolas” (*school closures*), comum nas fontes de pesquisa consultadas, deve ser considerado sinônimo de “suspensão do ensino presencial”. Ainda,

6 Consoante art. 208, I, da CF e art. 4º da Lei nº 9.394/96 (LDBE), o direito à educação compreende a garantia da educação básica, obrigatória e gratuita, dos 4 aos 17 anos e organizada pelas seguintes etapas: pré-escola, ensino fundamental e ensino médio.

7 “Termo utilizado para caracterizar o ensino convencional, tradicional, na qual o professor transmite o conhecimento que possui, através de aulas expositivas, para seus alunos, sempre num local físico, a sala de aula”. MENEZES, Ebenezer Takuno de. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil**. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em <www.educabrasil.com.br/ensino-presencial>. Acesso em: 28 mar. 2022.

8 LDBE. Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio [...]

9 “Disseminação de doença contagiosa que se espalha por diversos continentes, cuja transmissão se dá entre humanos e não humanos [...] A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou pandemia da Covid-19 em 11 de março de 2020”. CRUZ, Cleide Lemes da Silva; MAIA-PIRES, Flávia de Oliveira; LUPETTI, Monica. Verbete pandemia. **Glossário Terminológico da Covid-19**. Brasília: UNB, 2022. Disponível em: <<https://covid19.lexic.com.br>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

10 Considerando a data de conclusão deste estudo e a manutenção do *status* da pandemia de Covid-19 pela OMS, a sua duração deve compreender o período de março de 2020 a março de 2022.

ambos os termos, quando expostos, devem ser interpretados no âmbito tão somente da educação básica.

A justificativa está na compreensão de que expor que ocorreu uma violação de direitos de crianças e adolescentes durante a pandemia de Covid-19 tem o condão de evitar que tal situação se repita, aumentando a probabilidade de efetivação dos direitos dessa parcela vulnerável e absolutamente prioritária da população.

O artigo inicia com uma exposição cronológica de fatos, atos normativos e dados relacionados à pandemia de Covid-19 e suspensão do ensino presencial no Brasil e no mundo.

Após, uma apresentação dos marcos normativos (leis, regulamentos etc.) relacionados à educação básica, ao ensino presencial, à suspensão deste e às competências dos entes federativos do Brasil nessa seara. Também a demonstração dos prejuízos decorrentes da suspensão do ensino presencial, a verificação da ausência de evidências científicas a recomendar a suspensão do ensino presencial durante a maior parte da pandemia de Covid-19 e a refutação dos argumentos favoráveis à suspensão do ensino presencial. Mais, pesquisa de precedentes jurisprudenciais afetos ao tema da pesquisa e estudo de caso envolvendo a tutela do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19, consoante procedimento de atuação finalística promovido pelo Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). Por fim, conclusão defendendo rigor na tutela do direito à educação de crianças e adolescentes, mesmo diante de cenários de excepcionalidade.

Quanto à metodologia, adota-se uma abordagem científica dedutiva. Científica porque possibilita a verificação de seus resultados¹¹ e dedutiva porque partirá de premissas estruturadas de maneira lógica e racional para o alcance de conclusões¹².

Em relação ao método de procedimento, será (i) exploratório, proporcionando um quadro do tema de pesquisa sem qualquer comprometimento estatístico; (ii) qualitativo, com definição e contextualização do tema de pesquisa, identificando assim sua natureza;

¹¹ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

¹² GRAY, David E. **Pesquisa no mundo real**. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

(iii) interdisciplinar, ainda que haja ênfase no aspecto jurídico; e (iv) dissertativo.

Referente às técnicas de pesquisa, tem-se consulta à documentação direta (Constituição Federal – CF e legislação) e indireta (notícias, reportagens, doutrina e jurisprudência).

Como resultado prático, almeja-se fomentar o debate em torno do aprimoramento da atuação do Ministério Público, em especial a tutela do direito à educação de crianças e adolescentes.

1. ENTRE OS CAMPEÕES DO MUNDO

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS decretou “emergência de saúde pública de importância internacional” ante o início da pandemia de Covid-19¹³. Dias depois, o Ministério da Saúde, em 3 de fevereiro de 2020¹⁴, declarou “emergência em saúde pública de importância nacional”, em decorrência da infecção humana pelo Coronavírus, considerando que, à época, a situação demandava “o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública”. Em seguida, 7 de fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei Federal nº 13.979/20, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. Dentre suas normas, destaca-se a seguinte:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo

13 BRASIL. **OMS declara emergência de saúde pública internacional para novo coronavírus**. Governo do Brasil, Brasília, 30 jan. 2020. Disponível em: <www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/01>. Acesso em: 26 mar. 2022.

14 BRASIL. **PORTARIA Nº 188, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2020**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 20 mar. 2022.

indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Após, em 1º de abril de 2020, publicada a MP 934/20 (posteriormente convertida na Lei nº 14.040/20), que “estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”.

Ainda sob o prisma da ordem jurídica¹⁵, o Supremo Tribunal Federal (STF), no primeiro semestre de 2020, proferiu duas decisões relacionadas ao objeto do estudo com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*^{16,17}, merecendo, portanto, destaque. Em 15 de abril de 2020, no julgamento da ADI 6.341, o STF fixou que inexistente hierarquia entre os entes federados no que tange a legislar e adotar medidas sanitárias de combate à pandemia de Covid-19, mas sim competência comum, de modo que “a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde”¹⁸.

Pouco mais de um mês depois, em 21 de maio de 2020, no julgamento da ADI 6.421, em sentido semelhante à decisão anterior, firmou-se, entre outros pontos, que:

Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas;

15 SILVA, De Plácido e. Verbete ordem jurídica. **Vocabulário Jurídico**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

16 CF. Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

17 Ver mais em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin, 14 abr. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção [...];

Também, a não observância de standards, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas é critério para aferição de erro grosseiro, e conseqüente possibilidade de responsabilização de agentes públicos, nos termos do art. 28 da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42)¹⁹.

Tal panorama fático e jurídico culminou na suspensão do ensino presencial no Brasil, supostamente uma medida eficaz no enfrentamento da pandemia de Covid-19²⁰. Nessa senda, o Censo Escolar (MEC/INEP)²¹ expõe os seguintes dados da educação básica no Brasil no ano de 2020:

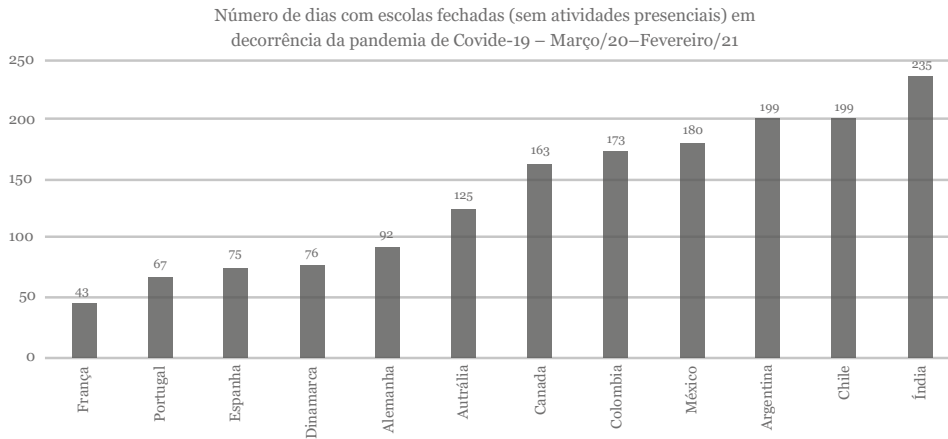
- Em média, 279 dias de suspensão das atividades presenciais (287 dias no ensino público; 248 dias no ensino privado);
- Porcentagem de escolas públicas Municipais, Estaduais, Federais e privadas que não retornaram às atividades presenciais: 97,5%, 85,9%, 98,4% e 70,9%, respectivamente;
- Gráfico com o número de dias de escolas fechadas em outros países:

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.421 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 mai. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=754359227>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

20 MALVÃO, Ana Carolina. **Coronavírus e suspensão de aulas**: com a palavra, os professores. Futura, São Paulo, 19 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.futura.org.br/coronavirus-e-suspensao-de-aulas-com-a-palavra-os-professores/>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

21 BRASIL. Ministério da Educação. INEP. **CENSO ESCOLAR 2020**: resultados do Questionário Resposta Educacional à Pandemia de Covid-19 no Brasil. Brasília: INEP, 2021. Disponível em <www.gov.br/inep>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Figura 1 – Número de dias com escolas fechadas (sem atividades presenciais) em decorrência da pandemia de Covid-19 – Março/20-Fevereiro/21



Fonte: INEP, 2021²².

Ou seja, com a média de 279 dias apenas no ano de 2020, o Brasil foi um dos campeões do mundo em suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19.

Ocorre que o ensino presencial é pressuposto para a efetivação do direito à educação (art. 6º, CF) e havia evidências científicas e recomendações de organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas (requisitos fixados pelo STF) contrários à suspensão por tão longo período.

É o que se passa a expor.

2. MARCOS NORMATIVOS DA EDUCAÇÃO BÁSICA, DA SUSPENSÃO DO ENSINO PRESENCIAL E DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

A educação é um dos direitos sociais previstos na Constituição (arts. 6º e 205 e ss.). Importante a sua categorização enquanto direito social, o qual, nos termos de lição de José Afonso da Silva²³,

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de

22 BRASIL. Ministério da Educação. INEP. **CENSO ESCOLAR 2020**: resultados do Questionário Resposta Educacional à Pandemia de Covid-19 no Brasil. Brasília: INEP, 2021. Disponível em <www.gov.br/inep>. Acesso em: 20 mar. 2022.

23 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286-287.

vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Assim, o direito social à educação perfaz direito público subjetivo, ou seja, exigível, consoante jurisprudência pacífica do STF²⁴.

No Brasil, o direito à educação é efetivado, precipuamente, mediante o dever do Estado em fornecer educação básica e gratuita entre os 4 e 17 anos de idade (art. 208, I, CF)²⁵.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBE) – Lei nº 9.394/96 regulamenta o direito à educação, a educação básica e o ensino presencial, cujos conceitos já foram expostos na introdução deste estudo.

Segundo a LDBE, todos os subníveis da educação básica se desenvolvem, em regra, por meio do ensino presencial, havendo maior margem de flexibilização no ensino médio. Confira-se:

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Art. 32. [...] § 4º O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais.

Art. 34. A jornada escolar no ensino fundamental incluirá pelo menos quatro horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola. § 1º São ressalvados

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.331.397 Distrito Federal**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 25 out. 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758016380>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

25 As demais obrigações do Estado relacionadas com o direito à educação e previstos no art. 208 da CF (direito à vaga em creches; atendimento especializado a PCDs etc.) escapam do objeto deste estudo e, portanto, não serão expostas ou aprofundadas.

os casos do ensino noturno e das formas alternativas de organização autorizadas nesta Lei. [...]

Art. 36. [...] § 11. Para efeito de cumprimento das exigências curriculares do ensino médio, os sistemas de ensino poderão reconhecer competências e firmar convênios com instituições de educação a distância com notório reconhecimento [...].

Art. 80. O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. § 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União [...].

O Decreto nº 9.057/17, que regulamenta o art. 80 da LDBE, fixa hipóteses taxativas para o ensino fundamental a distância:

Art. 9º A oferta de ensino fundamental na modalidade a distância em situações emergenciais, previstas no § 4º do art. 32 da Lei nº 9.394, de 1996, se refere a pessoas que:

I - estejam impedidas, por motivo de saúde, de acompanhar o ensino presencial;

II - se encontrem no exterior, por qualquer motivo;

III - vivam em localidades que não possuam rede regular de atendimento escolar presencial;

IV - sejam transferidas compulsoriamente para regiões de difícil acesso, incluídas as missões localizadas em regiões de fronteira; ou

V - estejam em situação de privação de liberdade.

Em relação à pandemia de Covid-19 e à permissão de suspensão do ensino presencial na educação básica, tem-se as já citadas MP 934/20 e Lei nº 14.040/20, que dispensaram, na educação básica, a obrigatoriedade de observância do número mínimo de dias e carga horária mínima anual, sem prejuízo “da qualidade do ensino e da garantia dos direitos e objetivos de aprendizagem” (art. 2º).

Importante destacar que, no âmbito da legislação nacional e das diretrizes da União, não houve proibição ao ensino presencial, mas sim permissão de sua flexibilização mediante atividades não presenciais e dispensa da frequência mínima (art. 2º, § 4º, Lei nº 14.040/20).

Ou seja, coube a cada sistema de ensino²⁶ (ex. rede pública do Estado do Paraná) decidir pela suspensão do ensino presencial e adoção de atividades não presenciais²⁷.

Nesse sentido, tem-se que, no Brasil, os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem certa autonomia para organizar seus sistemas de ensino, obedecidas as diretrizes gerais fixadas pela União (art. 211, CF; LDBE).

Com efeito, dispõe a LDBE que “os sistemas de ensino terão liberdade de organização nos termos desta Lei” (art. 8º, § 2º), detendo a União as competências de coordenação, articulação, normatização, redistribuição e suplemento às demais instâncias educacionais (art. 8º, § 1º).

Por isso que a Lei nº 14.040/20 trouxe, em seu art. 6º, que “o retorno às atividades escolares regulares observará as diretrizes das autoridades sanitárias e as regras estabelecidas pelo respectivo sistema de ensino”.

Em suma, extrai-se dos diplomas legais e da decisão do STF na ADI 6.341 (supra) que a competência para decidir acerca da suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19 recaiu sobre cada ente federativo, no âmbito de seu respectivo sistema de ensino.

Em termos legais, a flexibilização excepcional do ensino presencial vigorou até o fim do ano letivo de 2021 (art. 1º, § 1º, Lei nº 14.040/20).

Todavia, em que pese a permissão legal de suspensão do ensino presencial, indubitável os prejuízos dela decorrentes.

26 “É o conjunto de organismos que integram uma rede de ensino, reunindo escolas e seus departamentos, Secretarias de Estado e seus órgãos (executivos) e os Conselhos de Educação, em esfera local, municipal, estadual e federal, que têm função consultiva e legislativa.”. MENEZES, Ebenezer Takuno de. Sistema de Ensino. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira**. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em: <www.educabrasil.com.br>. Acesso em: 28 mar. 2022.

27 Lei nº 9.394/96 (LDBE). Art. 8º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino. § 1º Caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais. § 2º Os sistemas de ensino terão liberdade de organização nos termos desta Lei.

3. PREJUÍZOS DECORRENTES DA SUSPENSÃO DO ENSINO PRESENCIAL

Em 7 de dezembro de 2020, a UNICEF publicou mensagem à imprensa alertando sobre os prejuízos ao aprendizado e bem-estar de crianças e adolescentes decorrentes da suspensão do ensino presencial, conclamando os governos a priorizarem a sua retomada e a evitarem novos fechamentos²⁸.

Reportagem da BBC de 30 de janeiro de 2021, lastreada em dados do NHS (sistema público de saúde do Reino Unido) e opiniões de especialistas, indicou que “o fechamento das escolas fechou vidas”, eis que a suspensão do ensino presencial não gerou um déficit apenas no aprendizado, mas também incremento de doenças mentais, enclausuramento de pessoas com deficiência – PCD e menor chance de identificação de crimes contra crianças e adolescentes²⁹.

A UNESCO, entre 2020 e 2022, vem publicando uma série de relatórios no mesmo sentido, afirmando a ocorrência de uma “catástrofe geracional” na educação mundial por conta da suspensão do ensino presencial³⁰.

No Brasil, são públicos, notórios e históricos os problemas enfrentados na educação básica³¹. Tal mazela tomou proporções exponenciais após a suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19³².

28 UNICEF. **Covid-19**: UNICEF warns of continued damage to learning and well-being as number of children affected by school closures soars again. UNICEF, Nova Iorque, 07 dec. 2020. Disponível em: <www.unicef.org/press-releases/Covid-19-unicef-warns-continued-damage-learning-and-well-being-number-children>. Acesso em: 23 mar. 2022.

29 BBC. **Covid**: the devastating toll of the pandemic on children. BBC, Londres, 30 jan 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/health-55863841>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

30 UNESCO. **Education**: from disruption to recovery. UNESCO, Paris, 2022. Disponível em: <<https://en.unesco.org/covid19/educationresponse>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

31 GAMBIA, Estêvão; YUKARI, Diana; TAKAHASHI, Fábio. **Brasil é 57º do mundo em ranking de educação; veja evolução no Pisa desde 2000**. Folha de São Paulo, São Paulo, 03 dez. 2019. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/brasil-e-57o-do-mundo-em-ranking-de-educacao-veja-evolucao-no-pisa-desde-2000.shtml>. Acesso em: 26 mar. 2022.

32 G1. **Estudantes, pais e professores narram ‘apagão’ do ensino público na pandemia; em 7 Estados e no DF, atividade remota não vai contar para o ano letivo**. G1, São Paulo, 21 mai. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

Em 28 de abril de 2020, início da pandemia de Covid-19 no Brasil, o Conselho Nacional de Educação – CNE, órgão de cúpula da educação pátria (Lei nº 9.131/95), analisava³³:

A possibilidade de longa duração da suspensão das atividades escolares presenciais por conta da pandemia da Covid-19 poderá acarretar:

- dificuldade para reposição de forma presencial da integralidade das aulas suspensas ao final do período de emergência, com o comprometimento ainda do calendário escolar de 2021 e, eventualmente, também de 2022;
- retrocessos do processo educacional e da aprendizagem aos estudantes submetidos a longo período sem atividades educacionais regulares, tendo em vista a indefinição do tempo de isolamento;
- danos estruturais e sociais para estudantes e famílias de baixa renda, como stress familiar e aumento da violência doméstica para as famílias, de modo geral; e
- abandono e aumento da evasão escolar.

Foi exatamente o que aconteceu.

Estudo da FGV EESP Clear intitulado “Pandemia de Covid-19: o que sabemos sobre os efeitos da interrupção das aulas sobre os resultados educacionais?”³⁴, expôs que:

- A interrupção das aulas afetou negativamente a proficiência dos estudantes;
- Há indicações de aumento do abandono escolar;
- O efeito negativo na proficiência é maior em matemática do que em leitura;
- Os estudantes dos anos iniciais da educação básica foram os mais prejudicados;
- Há indicações de que alunos(as) com maior vulnerabilidade socioeconômica foram os(as) mais prejudicados(as).

33 BRASIL. MEC/CNE. **Parecer CNE/CP nº 5/2020**. Brasília: CNE, 2020. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article/33371-cne-conselho-nacional-de-educacao/85201-parecer-cp-2020>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

34 SOUZA, André Portela et. al. **Pandemia de Covid-19: o que sabemos sobre os efeitos da interrupção das aulas sobre os resultados educacionais?** São Paulo: FGV EESP Clear, 2021. Disponível em: <<https://fgvclear.org/website/wp-content/uploads/sintese-de-evidencias-clear-lemann-2.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

O aludido estudo procedeu com uma simulação das consequências da interrupção do ensino presencial no ano de 2020, auferindo o resultado de um possível retrocesso de até quatro anos letivos no nível de aprendizado dos estudantes brasileiros.

Assim, há evidências científicas de que o nível de aprendizado dos alunos brasileiros de ensino fundamental e médio, em especial os hipossuficientes, retrocedeu até quatro anos letivos devido à suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19³⁵.

Outro estudo, “Perda de aprendizagem na pandemia”, desenvolvido pelo Instituto Unibanco e INSPER, além de também apontar um imenso dano ao aprendizado, estimou um prejuízo à renda futura dos estudantes brasileiros entre 700 bilhões e 1,5 trilhão de reais. Tal prejuízo, segundo o estudo, é superior ao dos óbitos e do desemprego ocasionados pela pandemia de Covid-19³⁶.

Ou seja, há evidências científicas de que crianças e adolescentes foram a parcela da população que mais sofreu com a pandemia de Covid-19 em termos financeiros (renda), e isso não em decorrência da doença em si, mas da suspensão do ensino presencial.

Mais, segundo a pesquisa “Retorno para Escola, Jornada e Pandemia”, da FGV, entre 2019 e 2020, a evasão escolar dos alunos de 5 a 9 anos no Brasil passou de 1,41% para 5,51%, o que representou um retrocesso de 14 anos. Em 2021, o índice recuou para 4,25%, o que perfaz ainda dado alarmante. A mesma pesquisa indica também um agravamento na desigualdade da educação, eis que “os alunos mais pobres, os da rede pública, aqueles em lugares mais remotos e em particular os mais novos foram os que mais perderam tempo de estudo na pandemia”³⁷.

35 FUNDAÇÃO LEMANN. **Educação pode retroceder até quatro anos devido à pandemia**. São Paulo: Fundação Lemann, 2021. Disponível em: <<https://fundacaolemann.org.br>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

36 BARROS, Ricardo Paes de et. al. **Perda de aprendizagem na pandemia**. São Paulo: Instituto Unibanco; INSPER, 31 maio 2021. Disponível em: <https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/cedoc/detalhe/89499b7c-6c99-4333-937d-1d94870d3181?utm_source=site&utm_campaign=perda_aprendizagem_pandemia>. Acesso em: 6 ago. 2022.

37 NERI, Marcelo Côrtes; OSORIO, Manual Camillo. **Retorno para Escola, Jornada e Pandemia**. Rio de Janeiro: FGV Social, jan 2022. Disponível em: <<https://cps.fgv.br/RetornoParaEscola>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

Fernando Schüler, crítico da constante “apatia” que abate Estado e sociedade brasileira nesse tema, pontua o seguinte:

Durante a pandemia, o sistema falhou mais uma vez. Os dados da PNAD Contínua de 2021 mostram que o número de estudantes de 6 e 7 anos que não sabem ler e escrever aumentou 66,3% de 2019 a 2021. Milhões de estudantes brasileiros simplesmente não tiveram aulas. Outros tantos tiveram algo que apenas remotamente se pode chamar de ensino a distância. O que o país fez em relação a isso?³⁸

Além de impactos negativos no aprendizado e na renda futura, a suspensão do ensino presencial também gerou danos à saúde mental de crianças e adolescentes.

Estudo realizado na China³⁹ e referendado por especialistas brasileiros⁴⁰ aponta que, em uma amostra de 320 crianças e adolescentes (3 a 18 anos) alvo de medidas de distanciamento social durante a pandemia de Covid-19, 36% apresentaram dependência excessiva dos pais, 32% desatenção, 29% preocupação, 21% problemas de sono, 18% falta de apetite, 14% pesadelos e 13% desconforto ou agitação. Segundo os aludidos especialistas brasileiros⁴¹, “há evidências da profunda influência desses fatores sobre a plasticidade cerebral e, conseqüentemente, o desenvolvimento cognitivo e emocional”.

Rossieli Soares, Secretário de Educação do Estado de São Paulo, em entrevista concedida em 18 de outubro de 2021, comentou:

[...] É uma tragédia, não tem outra palavra pra definir o que tem acontecido com a educação nesses quase 2 anos de ano letivo, é uma tragédia mesmo, seja pela evasão, pelo aspecto emocional das crianças ou pelo

38 SCHÜLER, Fernando. **A modernização necessária:** Na educação, estacionamos. O ‘é assim porque sempre foi’ nos define. Veja, São Paulo, 19 mar. 2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/fernando-schuler/a-modernizacao-necessaria>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

39 JIAO, Wen Yan et al. Behavioral and Emotional Disorders in Children during the Covid-19 Epidemic. **The Journal of Pediatrics**, Cincinnati, v. 221, p. 264-266, junho, 2020. Disponível em: <[www.jpeds.com/article/S0022-3476\(20\)30336-X/fulltext](http://www.jpeds.com/article/S0022-3476(20)30336-X/fulltext)>. Acesso em: 6 ago. 2022.

40 MANITTO, Alicia Matijaevich et. al. **Repercussões da Pandemia de Covid-19 no Desenvolvimento Infantil.** São Paulo: Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância – NCPI, 2020. Disponível em: <<https://ncpi.org.br/wp-content/uploads/2020/05/Working-Paper-Repercussoes-da-pandemia-no-desenvolvimento-infantil-3.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

41 Ibid., p. 16.

desenvolvimento cognitivo, em todos os aspectos é uma tragédia o que tem acontecido [...]”⁴²

Porém, como dito, ainda em 2020 já havia evidências científicas e recomendações de organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas (requisitos fixados pelo STF) contrários à suspensão do ensino presencial por tão longo período.

4. EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS CONTRÁRIAS À SUSPENSÃO DO ENSINO PRESENCIAL

Como já exposto, a ordem jurídica (art. 3º, § 1º, Lei nº 13.979/20; ADIs 6.341 e 6.421) exige que as decisões administrativas de enfrentamento da pandemia de Covid-19 se fundamentem em evidências científicas e posicionamentos de organizações e entidades reconhecidas.

Trata-se da adoção, pela ordem jurídica pátria, de teorias sobre “políticas públicas baseadas em evidências” – PBE, um campo de pesquisa que aproxima conhecimento científico e políticas públicas. A PBE defende “uma reestruturação do modo como questões técnicas são absorvidas e gerenciadas por legisladores e administradores”; privilegia “as ações governamentais baseadas em conhecimento técnico e expertise, rejeitando interesses clandestinos como eleitorais, corporativistas e ideológicos”; preocupa-se com a transparência e a “accountability”; e postula que “evidências científicas, conhecimento técnico e expertise sempre deverão guiar as decisões públicas”^{43,44}.

Neste item do estudo, será demonstrado que, a partir do segundo semestre de 2020, já havia evidências científicas e posições de organizações e entidades reconhecidas contrárias à suspensão do ensino presencial na educação básica.

42 G1. **Secretário Estadual da Educação de SP diz que pandemia provocou “tragédia” na educação e quer “escolas cheias de novo”**. G1, São Paulo, 18 out 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/educacao>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

43 LEMOS, Eliza. **Evidências científicas em tempos de Covid-19 e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Consultor Jurídico, 29 abr. 2022. Disponível em: <www.conjur.com.br/2021-abr-29/eliza-lemos-evidencias-cientificas-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 27 mar. 2022.

44 PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **Políticas públicas baseadas em evidências (PPBES): delimitando o problema conceitual**. Texto para discussão 2554. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9915/1/td_2554.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

Em 1º de agosto de 2020, artigo científico publicado no periódico da Academia Americana de Pediatria concluiu que, após seis meses de pandemia, análise de dados e modelos matemáticos indicavam que o fechamento de escolas possui baixo impacto no enfrentamento da pandemia de Covid-19; que crianças, diversamente dos adultos, não são transmissores significativos do vírus de Covid-19; e que, mesmo em cenários de alta de casos de Covid-19, devem ser priorizadas estratégias que mantenham as escolas abertas, de modo a minimizar os prejuízos sociais, ao desenvolvimento e à saúde das crianças⁴⁵.

Em 18 de setembro de 2020, a OMS publicou um questionário com perguntas e respostas relacionadas à pandemia de Covid-19 e o ensino presencial⁴⁶, sem qualquer recomendação de suspensão. Além disso, outras informações foram ventiladas, entre elas (tradução não literal):

- Até o momento (setembro/2020), dados indicam que pessoas abaixo de 18 anos de idade representam aproximadamente 8,5% dos casos reportados de Covid-19, com relativamente menos mortes quando comparados com outras faixas etárias e geralmente sintomas leves. Todavia, casos graves foram registrados e, da mesma forma que em adultos, condições de saúde pré-existentes vêm sendo consideradas como fatores de risco;
- O papel de crianças e adolescentes na transmissão do vírus do Covid-19 ainda não foi compreendido. Até o momento (setembro/2020), foram reportados poucos surtos envolvendo crianças ou escolas. Além disso, o pequeno número de surtos identificados em professores e demais profissionais da educação sugere que a transmissão do Covid-19 em espaços educacionais pode ser limitado;
- Alguns estudos sugerem que a reabertura de escolas pode ter um efeito pequeno na transmissão comunitária, mas isso ainda não está bem compreendido;

45 LEE, Benjamin; RASZKA, William V. Jr. Covid-19 Transmission and children: the child is not to blame. *Pediatrics. Itasca*, v. 146, n. 2, agosto 2020. Disponível em: <<https://publications.aap.org/pediatrics/issue/146/2>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

46 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (Covid-19): Schools**. World Health Organization – WHO, Genebra, 2020. Disponível em: <www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-Covid-19-schools>. Acesso em: 23 mar. 2022.

- A decisão de fechar ou reabrir escolas deve ser guiada por uma análise de riscos, visando maximizar os benefícios ao aprendizado, bem-estar e saúde dos estudantes, professores, colaboradores e comunidade, e ao mesmo tempo prevenir novos surtos de Covid-19;
- O fechamento de escolas tem evidentes impactos negativos na saúde, educação e desenvolvimento de crianças e adolescentes, renda familiar e economia em geral.

Entre 2020 e 2021, um estudo da consultoria Vozes da Educação, Fundação Lemann e Imaginable Futures⁴⁷, com metodologia consistente em “levantamento bibliográfico realizado por meio de consultas em documentos oficiais dos governos dos países selecionados, além de publicações de instituições de pesquisas e notícias de jornais locais e/ou internacionais” concluiu que, na maioria dos 21 países pesquisados, o retorno às aulas presenciais não impactou a tendência da curva de casos de Covid-19.

Em 23 de dezembro de 2020, o European Centre for Disease Prevention and Control – ECDC, agência da União Europeia equivalente à ANVISA, publicou um relatório técnico indicando, em síntese (tradução não literal)⁴⁸:

- Que há um consenso de que a decisão de fechar escolas para controlar a pandemia de Covid-19 deve ser utilizada como última medida. O impacto negativo na saúde física, mental e na formação intelectual das crianças, além do impacto econômico em toda a sociedade, provavelmente supera os benefícios;
- A análise de dados de casos de Covid-19 indica que a faixa etária de 1 a 18 anos tem as menores taxas de hospitalização, hospitalização grave e óbitos;
- Crianças e adolescentes podem se contagiar e transmitir o vírus SARS-CoV-2. Crianças mais novas aparentam ser menos suscetíveis à infecção e, quando infectadas, transmitem menos do que adolescentes e adultos;

47 FUNDAÇÃO LEMANN. **Levantamento internacional de retomada das aulas presenciais (fevereiro/2021)**. Vozes da Educação; Fundação Lemann; Imaginable Futures, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://fundacaolemann.org.br>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

48 European Centre for Disease Prevention and Control. **Technical report: Covid-19 in children and the role of school settings in transmission – first update**. European Centre for Disease Prevention and Control – ECDC, Stockholm, 2020. Disponível em: <<https://www.ecdc.europa.eu/>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

- O fechamento de escolas pode contribuir para uma redução na transmissão do vírus, mas sozinhas são insuficientes para evitar a transmissão comunitária, especialmente se ausentes outras medidas de intervenção não farmacêuticas, como, por exemplo, proibições de aglomerações;
- Em muitos países, o retorno das aulas presenciais em meados de agosto de 2020 coincidiu com um relaxamento de outras medidas restritivas e não aparenta ser um fator relevante para o aumento de casos observados a partir de outubro de 2020;
- A incidência de Covid-19 em escolas aparenta ser impactada pelos níveis de transmissão na respectiva comunidade. Onde houve investigação epidemiológica, identificou-se que as transmissões em escolas representaram uma minoria dos casos de Covid-19;
- Os profissionais da educação e adultos que trabalham em escolas não aparentam estar em maior risco de infecção do que outras profissões;
- Intervenções não farmacêuticas (distanciamento físico que evite aglomerações, medidas de higiene e segurança etc.) são essenciais para prevenir a transmissão nas escolas.

Corroborando o alegado, estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID publicado em fevereiro de 2021 concluiu que “a evidência atual demonstra que o ambiente escolar não está livre do risco de contaminação, mas esse risco não é maior que o risco comunitário onde a escola está inserida”⁴⁹.

Ou seja, ao menos desde o segundo semestre de 2020, havia evidências científicas e orientações de organizações e entidades reconhecidas contrárias à suspensão do ensino presencial.

Ainda no segundo semestre de 2020 (6 de outubro de 2020), o Conselho Nacional de Educação – CNE publicou a Resolução nº 02/2020, orientando a retomada do ensino presencial⁵⁰:

49 BITTENCOURT, Marcio Sommer et al. **Covid-19 e a reabertura das escolas**: uma revisão sistemática dos riscos de saúde e uma análise dos custos educacionais e econômicos. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, 2021. Disponível em: <<https://publications.iadb.org>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

50 BRASIL. MEC/CNE. **Resolução CNE/CP nº 2, de 10 de dezembro de 2020**. Brasília: CNE, 2020. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou>>. Acesso em: 26 mar 2022.

Art. 7º Os sistemas de ensino e instituições das redes privadas, comunitárias e confessionais possuem autonomia para normatizar a reorganização dos calendários e replanejamento curricular para as instituições a eles vinculadas, devendo essa reorganização escolar: [...] II - possibilitar o retorno gradual das atividades com presença física dos estudantes e profissionais da educação na unidade de ensino, seguindo orientações das autoridades sanitárias locais;

Em suma, a suspensão do ensino presencial na educação básica por tão longo período no Brasil não encontrava suporte na legislação, em precedentes jurisprudenciais, em evidências científicas ou em orientações de organizações e entidades reconhecidas.

Tal fato, bastante evidente atualmente, já era identificável a partir do segundo semestre de 2020.

5. REFUTAÇÃO DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SUSPENSÃO DO ENSINO PRESENCIAL

Resta refutar argumentos favoráveis à suspensão do ensino presencial no Brasil durante a pandemia de Covid-19. Entre os principais, elencam-se:

- Risco à vida e saúde das crianças e adolescentes.
- Risco à vida e saúde dos professores e demais profissionais da educação;
- Risco à vida e saúde dos familiares das crianças e adolescentes;
- Escolas como locais de surtos do Covid-19;
- A pandemia de Covid-19 foi mais severa no Brasil do que em outros países.

5.1. Risco à vida e saúde de crianças e adolescentes

Conforme exposto no item 4 do presente estudo, são robustos os dados científicos indicando que crianças e adolescentes possuem baixo

risco de contrair sintomas graves, necessitar hospitalização ou virem a óbito em decorrência de Covid-19. Tal conclusão sempre foi observada e não sofreu reveses ao longo da pandemia.

Por amor ao debate, faz-se breve comparação do impacto da Covid-19 e de outras mazelas na faixa etária de 0 a 18 anos.

De acordo com o Ministério da Saúde, “os casos de síndrome respiratória aguda grave (SRAG) por Covid-19 na faixa etária de 5 a 11 anos representam 0,34% do total registrado no Brasil de março de 2020 a dezembro de 2021” e, “em relação aos óbitos, o percentual é de 0,05% do total registrado, o que representa 311 óbitos em crianças”⁵¹.

Ainda, conforme levantamento divulgado na imprensa, desde o início da pandemia (março de 2020), “o Brasil registrou 1.544 mortes de crianças de 0 a 11 anos de idade pela doença”⁵². À guisa de exemplo, em 2019, no Brasil: 4.971 crianças e adolescentes foram vítimas de homicídios⁵³; 2.565 morreram em decorrência de câncer⁵⁴; e a mortalidade infantil atingiu ao menos 35.293 crianças de 0 a 1 ano⁵⁵. Portanto, a Covid-19 não se encontra, e nunca se encontrou, entre as principais causas de mortalidade de crianças e adolescentes no Brasil.

5.2. Risco à vida e saúde de professores e profissionais da educação

Consoante item 4 do presente estudo, desde o segundo semestre de 2020 existem evidências científicas de que os profissionais da educação e adultos que trabalham em escolas não aparentam estar em maior risco de infecção do que outras profissões.

51 GOVERNO DO BRASIL. **Casos de síndrome respiratória aguda grave por Covid-19 em crianças representam 0,34% do total no Brasil**. Governo do Brasil, Brasília, 04 jan. 2022. Disponível em: <www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro>. Acesso em: 23 mar. 2022.

52 CNN. **Covid-19 grave é rara em crianças e adolescentes, mas causou mais de mil mortes**. CNN, São Paulo, 4 maio 2021. Disponível em: <www.cnnbrasil.com.br/saude/Covid-19-grave-e-rara-em-criancas-e-adolescentes-mas-causou-mais-de-mil-mortes>. Acesso em: 23 mar 2022.

53 Idem.

54 Idem.

55 BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico 37**. Brasília, out. 2021. Disponível em: <www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins>. Acesso em: 23 mar. 2022.

Além disso, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à educação, entre outros (art. 227, CF).

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90):

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

De acordo com a doutrina de Digiácomo⁵⁶:

A clareza do dispositivo em determinar que crianças e adolescentes não apenas recebam uma atenção e um tratamento prioritários por parte da família, sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, mas que esta prioridade seja absoluta (ou seja, antes e acima de qualquer outra), somada à regra básica de hermenêutica, segundo a qual “a lei não contém palavras inúteis”, não dá margem para qualquer dúvida acerca da área que deve ser atendida em primeiríssimo lugar pelas políticas públicas e ações de governo [...] Esse “tratamento especial” (e preferencial) visa evitar que os interesses de crianças e adolescentes caiam na “vala comum” dos demais atendimentos ou - o que é pior - sejam relegados ao segundo plano, como usualmente ocorre [...] Os problemas enfrentados por crianças e adolescentes não podem esperar, devendo ser enfrentados e solucionados com o máximo de urgência possível, evitando assim o agravamento da situação e dos prejuízos por aqueles suportados [...]

⁵⁶ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8a ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2020, p. 6-8. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

Portanto não se trata de menosprezar o direito de outros grupos da população, mas de aplicar o ordenamento jurídico quando este determina que os direitos de crianças e adolescentes vêm em primeiro lugar – sempre.

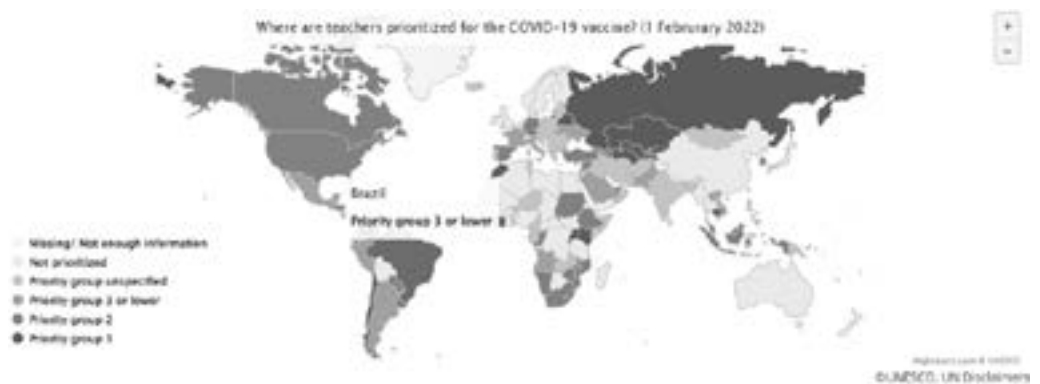
Nesse sentido, o enquadramento do ensino presencial na educação básica enquanto serviço essencial não exige previsão legal expressa, eis que extraível de uma interpretação sistemática do ordenamento (arts. 6, 208, 227, CF; art. 4º, ECA; LDBE).

No caso concreto, conforme exposto nos itens 3 e 4 deste estudo, a suspensão do ensino presencial representa uma “catástrofe geracional” em termos de violação de direitos de crianças e adolescentes.

Portanto professores e outros profissionais do setor de educação, respeitadas as situações individuais de grupo de risco (idade avançada, comorbidades etc.) poderiam ter sido submetidos ao mesmo regramento de outros setores essenciais do funcionalismo público, tais como policiais, saúde, limpeza urbana etc., durante a pandemia de Covid-19.

Outrossim, de acordo com estudo comparativo da UNESCO, a vacinação contra a Covid-19 no Brasil, apesar de ter priorizado professores e outros profissionais da educação, os colocou no que se denomina “prioridade 3 ou inferior”, ou seja, próximo ao “final da fila”:

Figura 2 – Onde os professores foram priorizados para a vacinação do Covid-19?



Fonte: UNESCO, 2022⁵⁷.

⁵⁷ UNESCO. **Monitoring teacher vaccination against Covid-19**. UNESCO, Paris, 2022. Disponível

Tal decisão contribuiu para posicionamentos contrários ao retorno do ensino presencial⁵⁸.

5.3. Risco à vida e saúde dos familiares das crianças e adolescentes

Nos termos do item 4 do presente estudo, desde o segundo semestre de 2020, existem evidências científicas de que a reabertura de escolas tem um efeito pequeno na transmissão comunitária do vírus da Covid-19; que o retorno às aulas presenciais não impactou a tendência da curva de casos de Covid-19; que o fechamento de escolas, sozinho, é insuficiente para evitar a transmissão comunitária; que a incidência da Covid-19 em escolas aparenta ser impactada pelos níveis de transmissão na respectiva comunidade; e que as transmissões em escolas representaram uma minoria dos casos de Covid-19.

No Brasil, público e notório que escolas permaneceram fechadas enquanto bares, restaurantes, lojas, academias e outros serviços não essenciais foram autorizados a reabrir.

Frise-se que não se está aqui a defender as medidas denominadas “lockdown”, mas apenas a indicar que, consoante marcos normativos já expostos neste estudo, as escolas deveriam ter sido as últimas a fechar e as primeiras a reabrir, e não o contrário⁵⁹.

Portanto tem-se que o direito à vida e à saúde dos familiares de crianças e adolescentes, durante a pandemia de Covid-19, esteve mais associado ao contexto comunitário de onde inseridos do que com eventual retorno do ensino presencial.

em: <<https://en.unesco.org/covid19/educationresponse>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

58 SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO PÚBLICA DO PARANÁ. **Sem a segunda dose de vacina, professores(as) são contra volta às aulas presenciais**. Sindicato dos trabalhadores em educação pública do Paraná – APP, Curitiba, 1º jul. 2021. Disponível em: <<https://appsindicato.org.br/sem-a-segunda-dose-de-vacina-professoras-sao-contra-volta-as-aulas-presenciais>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

59 UNICEF. **Mesmo com a variante ômicron se espalhando, o fechamento de escolas deve ser último recurso**. UNICEF, Nova Iorque, 17 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mesmo-com-variante-omicron-se-espalhando-o-fechamento-de-escolas-deve-ser-ultimo-recurso>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

5.4. Escolas como locais de propagação e surtos de Covid-19

Consta, no item 4 do presente estudo, que, desde o segundo semestre de 2020, existem evidências científicas de que as escolas não representam locais com especial propensão à propagação de Covid-19.

O pediatra Daniel Becker, do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Membro do Comitê Científico de Acompanhamento de Ações contra a Covid-19 da Prefeitura do Rio de Janeiro, expôs⁶⁰:

A criança em casa pode favorecer mais transmissão, até porque, muitas vezes, ela não fica realmente em casa. As crianças estão mais protegidas na escola em vez de ficarem em suas comunidades, muitas vezes em condições de risco e sem alimento, sem cuidado. Na escola estarão num lugar mais protegido, com protocolo, vão usar máscara, terão distanciamento, ventilação.

5.5. A pandemia de Covid-19 foi mais severa no Brasil

Argumento comum utilizado para validar a suspensão do ensino presencial no Brasil por tanto tempo está no suposto fato de que a pandemia de Covid-19 foi mais severa aqui do que em outros países, o que, portanto, exigiria medidas mais agressivas e duradouras. Ocorre que dados objetivos desconstroem esse argumento.

De acordo a Universidade Johns Hopkins, o Brasil ocupava, em 27 de março de 2022, a 15ª posição em número de mortes por Covid-19 a cada 100.000 habitantes (312.27)⁶¹.

Outrossim, de acordo com reportagem veiculada no Poder360⁶², os Estados brasileiros apresentaram realidades diferentes durante a pandemia de Covid-19. Nesse sentido, 15 dos 27 Estados brasileiros

60 AZEVEDO, Ana Lúcia. **‘A escola não piora a pandemia, deve ser a última a fechar e a primeira a abrir’, diz especialista**. O Globo, Rio de Janeiro, 05 abr. 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/a-escola-nao-piora-pandemia-deve-ser-ultima-fechar-a-primeira-abrir-diz-especialista-24956027>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

61 JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. **Mortality Analyses**. Johns Hopkins University, Baltimore, 27 mar. 2022. Disponível em: <<https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

62 PODER360. **Brasil chega a marca de 3.000 mortes por milhão de habitantes**. Poder360, Brasília, 16 fev. 2022. Disponível em: <www.poder360.com.br/coronavirus/brasil-chega-a-marca-de-3-000-mortes-por-milhao-de-habitantes>. Acesso em: 27 mar. 2022.

possuem índice de mortes por milhão de habitantes abaixo da média nacional.

Ainda, como visto no item 4 do presente estudo, desde o segundo semestre de 2020, existem evidências científicas de que o retorno do ensino presencial não impacta de maneira determinante os índices de transmissão comunitária da Covid-19.

6. JURISPRUDÊNCIA

Ao longo da pandemia de Covid-19, diversas demandas envolvendo o retorno do ensino presencial foram levadas ao Poder Judiciário.

Escapa do objeto deste estudo proceder com uma pesquisa rigorosa, lastreada em rigor metodológico.

Todavia pesquisa com os termos “ensino presencial covid” no site do STF⁶³ e outras pesquisas livres na internet apresentaram os seguintes precedentes jurisprudenciais: 1) na ADPF 756, em julgamento de 21 de fevereiro de 2022, o STF suspendeu ato normativo do Ministério da Educação que proibia a exigência de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades acadêmicas presenciais⁶⁴; 2) também na ADPF 756, em julgamento de 11 de outubro de 2021, o STF, ante posição inicialmente contrária do Ministério da Saúde, fixou “que se insere na competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios a decisão de promover a imunização de adolescentes maiores de 12 anos”, sobretudo por sua relevância para a volta das aulas presenciais⁶⁵.

À guisa de comentário, cumpre expor que, como visto no item 4 deste estudo, há evidências científicas e posicionamentos de organizações e entidades reconhecidas, pelo menos desde o segundo semestre de 2020, que não indicam a imunização de crianças e

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Brasília, 27 mar. 2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na décima segunda tutela provisória incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756 Distrito Federal**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 fev. 2022. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=759845166>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na oitava tutela provisória incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756 Distrito Federal**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 11 out. 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758847592>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

adolescentes como requisito para a retorno do ensino presencial. Ou seja, conforme critérios adotados pelo próprio STF, a ausência de vacinação de crianças e adolescentes não pode representar óbice ao ensino presencial.

Na Reclamação nº 47.067⁶⁶, com julgamento de agravo regimental em 31 de maio de 2021, o STF, em síntese, deferiu pedido do Sindicato dos Trabalhadores em Educação da Rede Pública do Rio Grande do Norte – SINTE/RN, consistente em cassar decisão judicial que determinava o retorno das aulas presenciais naquele Estado. No caso, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte – MPRN recomendou o retorno das atividades presenciais e propôs ação civil pública com tal objeto, auferindo decisão liminar favorável no Juízo de 1º grau.

O MPRN indicou que o Estado do Rio Grande do Norte, ao obstar o retorno do ensino presencial, “extravasou os limites razoáveis da discricionariedade, ao suprimir o direito fundamental à educação, desconsiderando a realidade fática subjacente e a fundamentação técnica das medidas a serem adotadas”.

O STF, todavia, decidiu que a decisão judicial que determinou o retorno do ensino presencial esvaziou a competência do aludido Estado para dispor sobre o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais durante a pandemia de Covid-19, ofendendo, por consequência, o decidido na ADI 6.341 (supra).

À guisa de comentário, cumpre expor que, como visto nos itens 2 e 3 do presente estudo, consoante jurisprudência pacífica do STF (pelo menos até a pandemia de Covid-19), a educação perfaz direito público subjetivo, ou seja, exigível. Outrossim, o ensino presencial é a regra na educação básica, com a sua suspensão acarretando, nos termos da UNESCO, uma “catástrofe geracional” em termos de prejuízos intelectuais, físicos e mentais a crianças e adolescentes.

Na ADPF 820, com julgamento via decisão monocrática em 8 de setembro de 2021, o STF extinguiu o processo sem resolução de mérito

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. na Reclamação 47.067 Rio Grande do Norte**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 maio 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756077735>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

por perda superveniente do interesse de agir. No caso, em 5 de abril de 2021, o Estado do Rio Grande do Sul ingressou com a demanda visando combater uma série de decisões judiciais das instâncias ordinárias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS que proibiam a retomada do ensino presencial, afastando normas constantes em decretos estaduais. Em maio de 2021, o aludido Estado publicou novo decreto regulamentador, o que conduziu à perda do interesse de agir⁶⁷.

Destaca-se que, nessa APDF, o Ministério Público do Rio Grande do Sul – MPRS ingressou como “amicus curiae” e se manifestou favoravelmente à retomada do ensino presencial. Além disso, o relator, em que pese não ter decidido o mérito da ação, fez ponderações favoráveis à retomada do ensino presencial.

Na Suspensão de Segurança 5.436⁶⁸, com julgamento via decisão monocrática em 27 de outubro de 2020, o STF indeferiu pedido do Município de Londrina/PR, que visava à cassação de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, em mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Norte do Paraná, que objetivava a retomada do ensino presencial na rede particular de ensino. O argumento foi de que, em havendo controvérsia acerca das recomendações técnico-científicas aplicáveis ao caso, inviável a concessão de segurança pelo STF, devendo-se privilegiar as decisões judiciais das instâncias inferiores.

O relator do agravo de instrumento objeto da impugnação junto ao STF, Des. Marques Cury, do TJPR, expôs em decisão de 14 de outubro de 2020⁶⁹:

[...]No início, haviam incertezas, o medo do desconhecido e a urgência em se adotar toda e qualquer medida que, em tese, evitasse a rápida proliferação da mazela que sorrateiramente se avizinhava entre nós, dentre elas, o

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 820 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Nunes Marques, 1º mar. 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347652892&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança 5.436 Paraná**. Relator: Min. Luix Fux, 27 out 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344821872&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

69 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 0057597-08.2020.8.16.0000**. Relator: Des. Marques Cury, 14 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta>. Acesso em: 28 mar. 2022.

isolamento social. O tempo, inexoravelmente, passou. Nesse interregno milhares de estudos, pesquisas (teóricas e empíricas) e testes foram feitos, o que culminou, atualmente, em um nível de conhecimento acerca do tema que, aliado a outros fatores, viabiliza a mitigação das providencias extremas impostas nos momentos de ápice da doença. O cenário agora é outro. Além do conhecimento adquirido nesse período, constata-se que, a priori, o auge da pandemia passou, sem que isso signifique, por evidente, que não existam mais riscos [...] Cai por terra, nesse diapasão, qualquer fundamento jurídico e sanitário que mantém um serviço de suma essencialidade suspenso, como a educação, enquanto outros considerados de lazer, como bares e restaurantes, retomam suas atividades [...] Não se trata, data máxima vênia, de mero poder discricionário motivado deste relator, mas sim de uma necessidade evidentemente reconhecida por todos aqueles que se aprofundam no tema e lançam seus olhos ao melhor interesse dos infantes [...] Assim sendo, hei por bem, em conceder, por ora, a antecipação da tutela pretendida, para o fim de autorizar a reabertura das instituições de ensino representadas pelo sindicato agravante [...].

Infelizmente, tal decisão alcançou tão somente as escolas privadas do norte do Paraná.

7. ESTUDO DE CASO: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO MPPR-0188.21.000119-7

Em 19 de julho de 2021, o Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR, por meio da Promotoria de Justiça da Comarca de Pontal do Paraná/PR, instaurou o procedimento administrativo MPPR-0188.21.000119-7 com o objeto “acompanhamento do retorno das aulas presenciais / ensino presencial no Município de Pontal do Paraná/PR”⁷⁰.

Na mesma data, o MPPR promoveu reunião por videoconferência com representantes das Secretarias Municipais de Saúde e Educação,

⁷⁰ PARANÁ (Estado). Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR. **Procedimento administrativo MPPR-0188.21.000119-7**, de 19 de julho de 2021. Acompanhamento do retorno das aulas presenciais / ensino presencial no Município de Pontal do Paraná/PR. PROMP: 19 jul. 2021.

Núcleo Regional de Educação do Estado do Paraná – NRE e de outros órgãos e entidades da sociedade civil.

Inicialmente, houve exposição pelos participantes de dificuldades de retomada do ensino presencial ante pressões por parcelas dos profissionais da educação e parentes das crianças e dos adolescentes.

A Secretaria Municipal de Saúde indicou tendência de queda nos óbitos e internação por Covid-19 em Pontal do Paraná/PR, bem como que os profissionais da educação já estavam concluindo a vacinação. Por fim, apontou que atividades de lazer ou econômicas não essenciais estavam, à época, autorizadas no Município.

O NRE explicou que as aulas presenciais na rede estadual já haviam retornado há aproximadamente dois meses, com tendência de expansão do número de alunos por sala de aula e gradual extinção do modelo híbrido.

A Secretaria Municipal de Educação expôs que as aulas presenciais deveriam iniciar em breve, via modelo híbrido, todavia sem previsão de retomada do ensino presencial da educação especial (PCD).

Durante a reunião, posicionamento unânime no sentido de que a suspensão do ensino presencial gera prejuízos a crianças e adolescentes.

Por fim, ainda em 19 de julho de 2021, após checagem de evidências científicas e posicionamento favorável de organizações e entidades reconhecidas, o MPPR expediu recomendação administrativa ao Prefeito e à Secretária de Educação do Município a fim de que, observados os atos normativos de enfrentamento e prevenção da Covid-19 (Decreto Estadual 7.020/21; Res. 98/21 e 432/21 SESA, ou posteriores): divulgassem, no prazo de 10 dias, calendário de retomada do ensino presencial na rede pública municipal, incluindo o ensino especial; iniciassem, no prazo de 30 dias, a efetiva retomada do ensino presencial; e adotassem os percentuais máximos de alunos por sala permitidos pelos regulamentos sanitários, salvo justificativa técnica e motivada.

Em 26 de julho de 2021, ou seja, após sete dias da deflagração do procedimento, o Município de Pontal do Paraná informou ao MPPR o acatamento da recomendação⁷¹.

Esse caso concreto evidencia a importância da atuação extrajudicial do Ministério Público, em especial aquela voltada à resolutividade, à construção de soluções consensuais e ao alcance de resultados sociais concretos, nos termos da Recomendação CNMP nº 54/2017, que dispõe sobre a “Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro”, e da Resolução CNMP nº 164/2017 do CNMP, que “disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro”.

CONCLUSÃO

A pandemia de Covid-19, que iniciou, no Brasil, em março de 2020, culminou em extenso lapso temporal de suspensão do ensino presencial na educação básica.

Comparativamente, o Brasil figura entre os países que suspenderam o ensino presencial por mais tempo.

A ordem jurídica pátria permitiu – mas não obrigou – a suspensão do ensino presencial na educação básica (Leis nº 13.979/20 e nº 14.040/20, ADIs 6.341 e 6.421).

Outrossim, a ordem jurídica pátria adotou, como critérios para validação das decisões administrativas de prevenção à Covid-19, o respaldo em evidências científicas, recomendações de organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, além de observância dos princípios da prevenção e da precaução (Leis nº 13.979/20 e nº 14.040/20, ADIs 6.341 e 6.421).

Noutra senda, a educação é um dos direitos sociais previstos na Constituição (arts. 6º e 205 e ss.), de modo que perfaz direito de todos

⁷¹ BRASIL. MPPR. **Município de Pontal do Paraná informa ao MPPR que acatará recomendação administrativa para retorno das aulas presenciais a partir de agosto**. MPPR, Curitiba, 26 jul 2021. Disponível em: <<https://comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=23799>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

e dever do Estado e da família. Quer-se dizer, direito público subjetivo e, portanto, exigível judicialmente.

No Brasil, o direito à educação é efetivado, entre outras políticas públicas, pela educação básica (pré-escola, ensino fundamental e ensino médio), gratuita e obrigatória entre os 4 e os 17 anos de idade (art. 208, I, CF).

A educação básica se desenvolve, em regra, por meio do ensino presencial. A ordem jurídica pátria autoriza a suspensão do ensino presencial na educação básica apenas em situações excepcionais (arts. 30, 32, 34, 36 e 80, LDBE; art. 9º, D. 9.057/17).

Com o advento da pandemia de Covid-19, foi promulgada a MP 934/20, posteriormente convertida na Lei nº 14.020/20, que permitiu a flexibilização do ensino presencial e a realização de atividades a distância no âmbito da educação básica.

Ou seja, não adveio obrigação legal, em nível nacional ou federal, de suspensão do ensino presencial, mas sim previsão de que tal decisão compete a cada sistema de ensino, nas esferas federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais (art. 211, CF; art. 8º, LDBE; art. 6º, Lei nº 14.040/20).

Em mesmo sentido, o STF, na ADI 6.341, fixou a competência comum dos entes federativos, sem vinculação hierárquica, para adotar medidas de prevenção à Covid-19.

No que tange aos prejuízos decorrentes da suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19, tem-se uma “catástrofe geracional”. Evidências científicas apontam que crianças e adolescentes brasileiros podem ter sofrido retrocesso de até quatro anos letivos no aprendizado e perda de renda futura conjunta de 700 bilhões a 1,5 trilhão de reais. Além disso, o distanciamento social foi responsável por diversos prejuízos à saúde mental e danos ao desenvolvimento cognitivo e emocional.

Assim, a suspensão do ensino presencial no Brasil por um período maior do que em outros países, aliado à mazela histórica da baixa

qualidade, conduziu a uma “tragédia” em termos de desenvolvimento intelectual, saúde mental e bem-estar de crianças e adolescentes.

A partir de agosto de 2020, ou seja, menos de seis meses após o início da pandemia de Covid-19, já havia evidências científicas e posicionamentos de organizações e entidades reconhecidas indicando que a suspensão do ensino presencial na educação básica: (i) não possuía impacto significativo no controle da pandemia de Covid-19; (ii) possuía impacto negativo significativo na saúde, bem-estar e desenvolvimento intelectual de crianças e adolescentes; e (iii) possuía impacto negativo significativo no bem-estar, renda familiar e economia como um todo.

No Brasil, pelo menos desde outubro de 2020, já havia parecer do Conselho Nacional de Educação – CNE recomendando o retorno gradual do ensino presencial.

Quanto aos argumentos comumente utilizados para fundamentar a suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19 (risco à vida e saúde de crianças e adolescentes, professores e parentes; escolas como locais de transmissão e de surtos do vírus de Covid-19; severidade da pandemia no Brasil), tem-se que não encontram suporte em evidências científicas ou na ordem jurídica pátria, mormente ante o princípio da absoluta prioridade aos direitos de crianças e adolescentes (art. 227, CF; art. 4º, ECA).

Nesse sentido, em que pese a ausência de previsão legal expressa, o enquadramento do ensino presencial na educação básica enquanto serviço essencial, e, portanto, ininterrupto, é extraível de uma interpretação sistemática da ordem jurídica pátria (arts. 6, 208, 227, CF; art. 4º, ECA; LDBE; AI/TJPR 0057597-08.2020.8.16.0000).

Na jurisprudência, não existe precedente vinculante do STF tratando especificamente da suspensão do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19. Em precedentes não vinculantes identificados por este estudo, o STF adotou entendimentos variados.

Todavia, já em outubro de 2020, verifica-se decisão judicial adotando o posicionamento defendido neste estudo (liminar no agravo de instrumento 0057597-08.2020.8.16.0000, TJPR).

Quanto à atuação do Ministério Público na tutela do direito à educação básica e do ensino presencial durante a pandemia de Covid-19, casos do MPRN, do MPRS e do MPPR foram analisados.

No estudo de caso, o MPPR instaurou procedimento de acompanhamento da política pública de educação básica na Comarca de Pontal do Paraná, promoveu reunião com órgãos governamentais, identificou evidências científicas e recomendações de organizações e entidades reconhecidas favoráveis ao retorno do ensino presencial e, finalmente, recomendou a medida, o que foi acatado pelo Município, tudo em aproximadamente sete dias, prazo exíguo quando comparado aos de tramitação de processos judiciais.

Tal exemplo evidencia a importância da atuação extrajudicial do Ministério Público, em especial aquela voltada à resolutividade, à construção de soluções consensuais e ao alcance de resultados sociais concretos, nos termos do que vem sendo proposto pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP em recomendações e resoluções.

“Prioridade absoluta a crianças e adolescentes” não é um conceito a ser utilizado apenas no meio acadêmico. “Prioridade absoluta” não se presta à expressão retórica em tempos de normalidade. “Prioridade absoluta” significa que os direitos de crianças e adolescente vêm em primeiro lugar, sempre e especialmente em cenários de excepcionalidade.

No caso da pandemia de Covid-19, evidências científicas e posicionamentos de organizações e entidades reconhecidas já disponíveis no primeiro semestre de 2020, e até o momento não refutadas, indicam que crianças e adolescentes do Brasil tiveram seus direitos à educação, saúde e bem-estar violados.

Objetivamente, conclui-se que, durante a pandemia de Covid-19 no Brasil, o ensino presencial na educação básica não deveria ter sido suspenso por tanto tempo. Escolas deveriam ter sido os últimos estabelecimentos a fechar e os primeiros a reabrir, o que, infelizmente, não ocorreu.

Jogar luzes sobre esse fato é imperioso, pois não merece se repetir.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Ana Lúcia. **‘A escola não piora a pandemia, deve ser a última a fechar e a primeira a abrir’, diz especialista**. O Globo, Rio de Janeiro, 5 abr. 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/a-escola-nao-piora-pandemia-deve-ser-ultima-fechar-a-primeira-abrir-diz-especialista-24956027>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

BARROS, Ricardo Paes de et. al. **Perda de aprendizagem na pandemia**. São Paulo: Instituto Unibanco; INSPER, 31 maio 2021. Disponível em: <https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/cedoc/detalhe/89499b7c-6c99-4333-937d-1d94870d3181?utm_source=site&utm_campaign=perda_aprendizagem_pandemia>. Acesso em: 6 ago. 2022.

BBC. **Covid**: the devastating toll of the pandemic on children. Londres: BBC, 30 jan. 2021. Disponível em: <www.bbc.com/news/health-55863841>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BITTENCOURT, Marcio Sommer et al. **Covid-19 e a reabertura das escolas: uma revisão sistemática dos riscos de saúde e uma análise dos custos educacionais e econômicos**. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, 2021. Disponível em: <<https://publications.iadb.org>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BLANES, Simone; BARROS, Duda M.; FELIX, Paula. **Covid-19**: Os sinais de que a pandemia está a caminho do fim. Veja, São Paulo, 18 fev. 2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. MEC/CNE. **Parecer CNE/CP nº 5/2020**. Brasília: CNE, 2020. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article/33371-cne-conselho-nacional-de-educacao/85201-parecer-cp-2020>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação; INEP. **CENSO ESCOLAR 2020:** resultados do Questionário Resposta Educacional à Pandemia de Covid-19 no Brasil. Brasília: INEP, 2021. Disponível em <www.gov.br/inep>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico 37.** Brasília, out. 2021. Disponível em: <www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.** Diário Oficial da União. Brasília, 2020. Disponível em: <www.in.gov.br/web/dou>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. MEC/CNE. **Resolução CNE/CP nº 2, de 10 de dezembro de 2020.** Brasília: CNE, 2020. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CNN. **Covid-19 grave é rara em crianças e adolescentes, mas causou mais de mil mortes.** São Paulo: CNN, 4 maio 2021. Disponível em: <www.cnnbrasil.com.br/saude/Covid-19-grave-e-rara-em-criancas-e-adolescentes-mas-causou-mais-de-mil-mortes>. Acesso em: 23 mar. 2022.

CRUZ, Cleide Lemes da Silva; MAIA-PIRES, Flávia de Oliveira; LUPETTI, Monica. Verbete pandemia. **Glossário Terminológico da Covid-19.** Brasília: UNB, 2022. Disponível em: <<https://covid19.lexic.com.br>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado.** 8ª ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2020. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL. **Technical report:** Covid-19 in children and the role of school settings in transmission - first update. Stockholm: European Centre for Disease Prevention and Control, 2020. Disponível em: <<https://www.ecdc.europa.eu/>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

FUNDAÇÃO LEMANN. **Educação pode retroceder até quatro anos devido à pandemia.** São Paulo: Fundação Lemann, 2021. Disponível em: <<https://fundacaolemann.org.br>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

FUNDAÇÃO LEMANN. **Levantamento internacional de retomada das aulas presenciais (fevereiro/20221).** São Paulo: Vozes da Educação; Fundação Lemann; Imaginable Futures, 2021. Disponível em: <<https://fundacaolemann.org.br>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

G1. **Secretário Estadual da Educação de SP diz que pandemia provocou “tragédia” na educação e quer “escolas cheias de novo”.** São Paulo: G1, 18 out. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/educacao>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

G1. **Estudantes, pais e professores narram ‘apagão’ do ensino público na pandemia; em 7 Estados e no DF, atividade remota não vai contar para o ano letivo.** São Paulo: G1, 21 maio 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

GAMBA, Estêvão; YUKARI, Diana; TAKAHASHI, Fábio. **Brasil é 57º do mundo em ranking de educação; veja evolução no Pisa desde 2000.** São Paulo: Folha de São Paulo, 3 dez. 2019. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/brasil-e-57o-do-mundo-em-ranking-de-educacao-veja-evolucao-no-pisa-desde-2000.shtml>. Acesso em: 26 mar. 2022.

GOVERNO DO BRASIL. **Casos de síndrome respiratória aguda grave por Covid-19 em crianças representam 0,34% do total no Brasil.** Brasília: Governo do Brasil, 4 jan. 2022. Disponível em: <www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro>. Acesso em: 23 mar. 2022.

GOVERNO DO BRASIL. **OMS declara emergência de saúde pública internacional para novo coronavírus.** Brasília: Governo do Brasil, 30 jan. 2020. Disponível em: <www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/01>. Acesso em: 26 mar. 2022.

GRAY, David E. **Pesquisa no mundo real**. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

JIAO, Wen Yan et al. Behavioral and Emotional Disorders in Children during the Covid-19 Epidemic. **The Journal of Pediatrics**, Cincinnati, v. 221, p. 264-266, junho, 2020. Disponível em: <[www.jpeds.com/article/S0022-3476\(20\)30336-X/fulltext](http://www.jpeds.com/article/S0022-3476(20)30336-X/fulltext)>. Acesso em: 6 ago. 2022.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. **Mortality Analyses**. Baltimore: Johns Hopkins University, 27 mar. 2022. Disponível em: <<https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

LEE, Benjamin; RASZKA, William V. Jr. Covid-19 Transmission and children: the child is not to blame. **Pediatrics. Itasca**, v. 146, n. 2, agosto 2020. Disponível em: <<https://publications.aap.org/pediatrics/issue/146/2>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

LEMOS, Eliza. **Evidências científicas em tempos de Covid-19 e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Consultor Jurídico, 29 abr. 2022. Disponível em: <www.conjur.com.br/2021-abr-29/eliza-lemos-evidencias-cientificas-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 27 mar. 2022.

MALVÃO, Ana Carolina. **Coronavírus e suspensão de aulas: com a palavra, os professores**. São Paulo: Futura, 19 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.futura.org.br/coronavirus-e-suspensao-de-aulas-com-a-palavra-os-professores>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

MANITTO, Alicia Matijaevich et. al. **Repercussões da Pandemia de Covid-19 no Desenvolvimento Infantil**. São Paulo: Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância - NCPI, 2020. Disponível em: <<https://ncpi.org.br/wp-content/uploads/2020/05/Working-Paper-Repercussoes-da-pandemia-no-desenvolvimento-infantil-3.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

MENEZES, Ebenezer Takuno de. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira**. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em <www.educabrasil.com.br>. Acesso em: 28 mar. 2022.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

NERI, Marcelo Côrtes; OSORIO, Manual Camillo. **Retorno para Escola, Jornada e Pandemia**. Rio de Janeiro: FGV Social, jan 2022. Disponível em: <<https://cps.fgv.br/RetornoParaEscola>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

PARANÁ (Estado). Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR. **Procedimento administrativo MPPR-0188.21.000119-7**, de 19 de julho de 2021. Acompanhamento do retorno das aulas presenciais / ensino presencial no Município de Pontal do Paraná/PR. PROMP: 19 jul. 2021.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. Políticas públicas baseadas em evidências (PPBES): delimitando o problema conceitual. **Texto para discussão 2554**. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9915/1/td_2554.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

PODER360. **Brasil chega a marca de 3.000 mortes por milhão de habitantes**. Brasília: Poder360, 16 fev. 2022. Disponível em: <www.poder360.com.br/coronavirus/brasil-chega-a-marca-de-3-000-mortes-por-milhao-de-habitantes>. Acesso em: 27 mar. 2022.

SCHÜLER, Fernando. **A modernização necessária**: Na educação, estacionamos. O ‘é assim porque sempre foi’ nos define. Veja, São Paulo, 19 mar. 2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/fernando-schuler/a-modernizacao-necessaria>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO PÚBLICA DO PARANÁ. **Sem a segunda dose de vacina, professores(as) são contra volta às aulas presenciais**. Curitiba: Sindicato dos

trabalhadores em educação pública do Paraná, 1º jul. 2021. Disponível em: <<https://appsindicato.org.br/sem-a-segunda-dose-de-vacina-professoras-sao-contravolta-as-aulas-presenciais>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, André Portela et. al. **Pandemia de Covid-19: o que sabemos sobre os efeitos da interrupção das aulas sobre os resultados educacionais?** São Paulo: FGV EESP Clear, 2021. Disponível em: <<https://fgvclear.org/website/wp-content/uploads/sintese-de-evidencias-clear-lemann-2.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

THE ECONOMIST. **Closing the world's schools caused children great harm**. Londres: The Economist, 26 jun. 2021. Disponível em: <www.economist.com/leaders/2021/06/24/closing-the-worlds-schools-caused-children-great-harm>. Acesso em: 23 mar. 2022.

UNESCO. **Education: from disruption to recovery**. Paris: UNESCO, 2022. Disponível em: <<https://en.unesco.org/covid19/educationresponse>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

UNESCO. **Monitoring teacher vaccination against Covid-19**. Paris: UNESCO, 2022. Disponível em: <<https://en.unesco.org/covid19/educationresponse>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

UNICEF. **Covid-19: UNICEF warns of continued damage to learning and well-being as number of children affected by school closures soars again**. Nova Iorque: UNICEF, 7 dec. 2020. Disponível em: <www.unicef.org/press-releases/Covid-19-unicef-warns-continued-damage-learning-and-well-being-number-children>. Acesso em: 23 mar. 2022.

UNICEF. **Mesmo com a variante ômicron se espalhando, o fechamento de escolas deve ser último recurso**. Nova Iorque: UNICEF, 17 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mesmo-com-variante-omicron-se>>

espalhando-o-fechamento-de-escolas-deve-ser-ultimo-recurso>. Acesso em: 26 mar. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (Covid-19): Schools**. Geneva: World Health Organization, 2020. Disponível em: <www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-Covid-19-schools>. Acesso em: 23 mar. 2022.

A REIFICAÇÃO DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE E A FETICHIZAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA

THE REIFICATION OF THE SUBJECT DEPRIVED OF LIBERTY AND THE FETISHIZATION OF PROVISIONAL ARREST

Tiago Lopes Nunes

Mestrando em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça – DHJUS/Universidade Federal de Rondônia. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2010). Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá (2018). Promotor de Justiça e Coordenador de Planejamento e Gestão do Ministério Público de Rondônia.
21818@mpro.mp.br

Como citar este artigo:

NUNES, Tiago L. A reificação da pessoa privada de liberdade e a fetichização da prisão provisória. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 145 - 170.

Recebido em: 1/4/2022 | Aprovado em: 29/8/2022

Resumo: O escopo do vertente trabalho é identificar as razões pelas quais, em geral, a prisão provisória no Brasil não é utilizada de forma técnica. Para tanto, valendo-se especialmente do arsenal teórico de Sigmund Freud e Axel Honneth, procura-se demonstrar a existência de uma correlação entre os conceitos de fetichização, reconhecimento e reificação, sobretudo a fim de esclarecer o motivo que conduz grande parte da sociedade, e em especial os integrantes do sistema de Justiça, a possuir uma visão distorcida sobre o cárcere cautelar, inclusive utilizando-se dessa ferramenta processual como meio simbólico para satisfazer uma necessidade emocional de segurança.

Palavras-chave: Reconhecimento; Reificação; Fetichização da Prisão Provisória.

Abstract: *The objective of this paper is to identify the reasons why provisional arrest in Brazil is usually not used in a technical way. Therefore, using the theoretical arsenal of Sigmund Freud and Axel Honneth, it is demonstrated the existence of a correlation between the*

concepts of fetishization, recognition and reification, in order to clarify the reasons that a large part of society, included members of the justice system, to have a distorted view of the provisional arrest, even using this procedural tool as a symbolic means to satisfy emotional need for security.

Keywords: Recognition; Reification; Fetishization of Provisional Arrest.

Sumário: Introdução; 1. Reconhecimento; 2. Reificação; 3. Fetichismo; 4. Fetichização da prisão provisória e a reificação das pessoas privadas de liberdade; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Apesar de já existir, na Idade Média, algum esboço de estrutura estatal, apenas na transição da era moderna para contemporânea é que se verificou o desenvolvimento do humanismo, circunstância que conduziu à construção da ideia de indivíduo, que serviu como base para criação do Estado.

Desde Thomas Hobbes, restou sedimentado que o contratualismo impõe que indivíduo renuncie parcela de sua liberdade para submeter-se ao Estado, que passa a ter o monopólio para atuar em diversas searas, em que se inclui a aplicação de sanções. A partir daí, surgiram paulatinamente vários conflitos entre as prerrogativas do cidadão e o direito do Estado de dispor sobre sua liberdade. E esse embate permanece pujante até os dias de hoje.

No presente trabalho, pretende-se esclarecer alguns pontos sobre a dinâmica existente entre prisão cautelar, psicanálise e psicologia social, sobretudo com suporte nas ideias de Sigmund Freud e Axel Honneth.

1. RECONHECIMENTO

O filósofo alemão Axel Honneth é um dos maiores expoentes contemporâneos da teoria crítica, sendo apontado como líder da terceira geração da vertente filosófica denominada Escola de Frankfurt. Em sua principal obra, Honneth¹ parte do modelo construído por

¹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009 (2ª Edição), p. 24.

Hegel, no período em que lecionou na Universidade de Jena. Segundo a premissa hegeliana, a formação da autoconsciência humana depende do reconhecimento do outro, isto é, o sujeito só se constitui mediante as experiências intersubjetivas que experimenta. Fulcrado nessa conclusão, Hegel fundou uma teoria crítica da sociedade, em que os processos de mudança devem ser explicados de acordo com as pretensões normativas presentes na relação de reconhecimento recíproco. De acordo com Spinelli², o filósofo alemão “vincula a experiência do reconhecimento ao progresso ético e explica que esse tal progresso ocorre ao longo de uma série de etapas com padrões de reconhecimento cada vez mais exigentes”, os quais são delineados por conflitos nos quais os agentes postulam aceitação de peculiaridades identitárias. Aliás, conforme aduz Honneth³, ao se desvincular do modelo de “luta social” introduzido na filosofia por Maquiavel e Hobbes:

Hegel defende naquela época a convicção de que resulta de uma luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de sua identidade uma pressão intrassocial para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras de liberdade; trata-se da pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade, inerente à vida social desde o começo na qualidade de uma tensão moral que volta a impelir para além da respectiva medida institucionalizada de progresso social e, desse modo, conduz pouco a pouco a um estado de liberdade comunicativamente vivida, pelo caminho negativo de um conflito a se repetir de maneira gradativa.

Assim, valendo-se da psicologia social de George Herbert Mead, Axel Honneth reconstrói a linha argumentativa hegeliana, sistematizando sua própria teoria, forjando, assim, uma nova conexão entre reconhecimento, identidade e conflitos sociais.

Após detalhar e contextualizar as teses de Hegel e Mead, Honneth⁴ destaca que ambas as teorias acabam por definir três

2 SPINELLI, Leticia. (2016). Repensando o reconhecimento: a crítica de Nancy Fraser ao modelo identitário de Axel Honneth. *Século XXI: Revista de Ciências Sociais*, 6(1), 204-234. Disponível em: <<https://doi.org/10.5902/2236672525578>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

3 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 29.

4 Ibid., p. 157.

formas de reconhecimento recíproco, no sentido de que, “da dedicação emotiva, como a conhecemos das relações amorosas e das amizades, são diferenciados o reconhecimento jurídico e o assentimento solidário como modos separados de reconhecimento.” Para ele, portanto, o reconhecimento se constitui das relações entre os indivíduos em três esferas de reprodução da vida em sociedade: relações afetivas (amor), relações jurídicas (direito) e relações de estima (solidariedade).

No que se refere ao amor, mais do que apenas o relacionamento sexualmente preenchido, Honneth⁵ defende que devem ser consideradas “todas as relações primárias, na medida em que elas consistam em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas”. Inclusive, o autor se vale da teoria do pediatra e psicanalista inglês Donald Woods Winnicott para sublinhar que o autoconhecimento e a autonomia do ser humano são forjados em suas relações afetivas infantis, isto é, logo nos primeiros meses de vida, há o desenvolvimento de uma consciência de si por meio da relação de amor que a criança mantém com seus familiares. Conforme destaca Spinelli⁶:

Segundo Winnicott, essa relação é pautada por dois momentos básicos: o primeiro é a simbiose absoluta ou intersubjetividade indiferenciada, na qual mãe e filho se experienciam reciprocamente (ainda que em diferentes sentidos) como seres dependentes um do outro; o segundo momento se impõe com a gradual retomada pela mãe dos afazeres cotidianos, o que gera uma evolução para a dependência relativa. A quebra da simbiose absoluta leva a criança a perceber a mãe enquanto um ser diferente e autônomo, o que a conduz, igualmente, ao processo de se perceber como um ser independente. Todo esse processo é pautado pelo conflito, uma vez que ao perceber a ausência ou a disponibilidade restrita da atenção materna, a criança adota uma postura agressiva. É essa postura associada à passividade materna diante das agressões que se constituem nos grandes articuladores da autoconfiança e da segurança do sujeito perante o mundo, uma vez

5 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 159.

6 SPINELLI, Leticia. Repensando o reconhecimento: a crítica de Nancy Fraser ao modelo identitário de Axel Honneth. **Século XXI: Revista de Ciências Sociais**, 6(1), 204-234, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.5902/2236672525578>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

que representam, na sua forma embrionária, a relação de possessividade e segurança nas relações afetivas. Cada relação amorosa na vida do indivíduo atualiza a dialética dependência/ autonomia procedente dessa relação originária.

Já no que tange às relações jurídicas, Honneth⁷ aduz que só se pode chegar a uma compreensão de si mesmo como portador de direitos quando se possui, inversamente, um saber sobre quais obrigações se tem de observar em face do outro. Para se verificar o reconhecimento nessa esfera de reprodução social, deve incidir no sujeito uma intrínseca noção de igualdade e reciprocidade. Conforme sintetiza o autor alemão⁸, um sujeito só é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de “autorrespeito”.

Conclui-se, assim, que o “autorrespeito é para relação jurídica o que a autoconfiança era para relação amorosa”⁹.

Por fim, Honneth refere-se às relações de estima social como a derradeira instância na qual a emergência do reconhecimento se perfectibiliza. Com efeito, a ideia de estima não traduz apenas respeito, mas especial consideração, carinho e cuidado com as especificidades do outro. Aqui não se fala, portanto, em igualdade, mas em solidariedade em face à diferença. Não se procura o mero respeito ao ser humano em tese considerado, mas sim a afeição a um indivíduo ou grupo de indivíduos concretos, que têm suas próprias particularidades. Conforme arremata o professor da Universidade de Frankfurt¹⁰:

A solidariedade está ligada ao pressuposto de relações de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores

7 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 179.

8 Ibid., p. 197.

9 Ibid., p. 194.

10 Ibid., p. 210/211.

que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. Relações dessa espécie podem se chamar “solidárias” porque elas não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual de outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade; só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis.

Destarte, ressaltando que os conflitos sociais se originam de uma ausência de reconhecimento em uma das três esferas delineadas, consubstanciada nas mais diversas plataformas de desrespeito, o filósofo alemão conclui que as lutas por reconhecimento são fenômenos que viabilizam a evolução social.

2. REIFICAÇÃO

Pela obra “História e consciência de classe”, de 1923, Georg Lukács faz a junção da tese marxista do fetichismo de mercadoria com o conceito weberiano da racionalização para formular a definição de sistema reificante. Segundo Honneth¹¹, Lukács nomeia reificação o “processo cognitivo pelo qual algo que não possui propriedades materiais – por exemplo, algo que possui elementos humanos – é considerado como algo material”. Assim, prossegue o autor alemão afirmando que, mesmo quando não estão diretamente envolvidos nos processos de troca, os sujeitos percebem também seu mundo circundante de acordo com o padrão dos dados meramente materiais. Lukács compreende sob o termo “reificação” o hábito ou o costume de um comportamento meramente observador, em cuja perspectiva o mundo circundante natural, o mundo das relações sociais e as próprias capacidades pessoais são apreendidos apenas com indiferença e de um modo neutro em relação aos afetos, ou seja, como se possuíssem qualidades de uma coisa.

Honneth ressalta ainda que Lukács não vê na reificação um atentado contra princípios morais ou um erro categorial, mas sim

¹¹ HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. Traduzido por Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018.

uma anomalia da práxis humana, que adota uma perspectiva habitual, a qual tem o condão de levar o sujeito a perder sua capacidade de engajamento, causando, assim, um déficit qualitativo no mundo circundante.

Para o professor da Universidade Frankfurt, as categorias utilizadas por Lukács não se mostraram suficientes para abarcar processos sociais de reificação alheios àqueles descritos por Marx como resultantes do fetichismo da mercadoria. Dessa forma, uma atualização do conceito se mostra imperiosa, sobretudo com o fito de categorizar novos fenômenos de natureza reificante, especialmente os que cuidam de esferas de ação alheias à economia.

Ademais, como sintetiza Melo¹²:

A função da categoria do reconhecimento na argumentação de Honneth consiste em preencher um importante pressuposto não desenvolvido por Lukács. Não estaria claro na fundamentação lukacsiana no que se baseia o primado dessa práxis participativa originária que se perderia no momento em que o sujeito passa a se comportar de forma reificada. Para preencher essa lacuna de fundamentação, essa participação interessada precisaria ter um primado ontogenético bem como conceitual para que a reificação pudesse, por um lado, ser descrita como uma “distorção” de uma práxis correta e, por outro lado, tornasse possível, junto com seu diagnóstico, também sua crítica e superação. Honneth – lançando mão de conceitos presentes também em Martin Heidegger e em John Dewey – pretende fundamentar a tese de que, na relação do sujeito consigo mesmo e com seu mundo circundante, uma postura de reconhecimento possui anterioridade ontogenética e categorial quando comparada a todas as outras atitudes. Toda a apreensão da realidade estaria ligada a uma forma de experiência em que todos os dados existentes de uma situação se encontrariam em princípio qualitativamente acessíveis à perspectiva de uma participação interessada. Esse tipo de experiência qualitativa originária de todas as nossas vivências é interpretado por Honneth como uma característica essencial de proximidade, não-

12 MELO, Rúrion. Reificação e reconhecimento: um estudo a partir da teoria crítica da sociedade de Axel Honneth. In: *ethic@* - Floarianópolis v.9, n2. pp.231- 245. Dez. 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/1677-2954.2010v9n2p231>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

distanciamento, e de engajamento prático com o mundo, isto é, como uma interação primária oposta à atitude autocentrada, egocêntrica e neutra. O reconhecimento expressaria, portanto, essa forma originária de relação e de interesse existencial pelo mundo que somente um ato de distanciamento e indiferença poderia separar.

Nesse contexto, Honneth conceitua reificação, grosso modo, como uma espécie de esquecimento do reconhecimento. Vale dizer, considerando que, na relação do sujeito com sua esfera social, uma postura de reconhecimento possui anterioridade causal a todas as outras atitudes, é sintomática a tendência de perceber outros seres humanos como objetos insensíveis na medida em que se perde a noção de que o ato de conhecer é oriundo de um reconhecimento prévio. Conforme aduz o autor alemão¹³, em termos cognitivos, não estamos em condições de perceber o espectro total das expressões humanas, mas nos falta, por assim dizer, o sentimento de vínculo que seria exigido para que também fôssemos afetados por aqueles que percebemos. Nessa medida, ao esquecimento do reconhecimento prévio, que procurei compreender como o núcleo de todo processo de reificação, de fato corresponde, por outro lado, também uma reificação perceptiva do mundo: o mundo circundante social aparece, quase da mesma maneira que no mundo percebido pelos autistas, como uma totalidade de objetos meramente observáveis em que faltam todos os impulsos ou sensações físicas.

Na reificação, portanto, não se enxerga no outro aspectos particulares, individualizados, de modo que a percepção afetiva sobre ele resta prejudicada. O outro não é percebido por suas características humanas, passando a ser visto como mero objeto inanimado, componente periférico e coadjuvante da realidade social.

Explicando a dinâmica da reificação em Honneth, Melo¹⁴ leciona que:

os homens podem adotar um comportamento reificante na medida em que perdem de vista o reconhecimento

13 HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. Traduzido por Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018.

14 MELO, Rúrion. Reificação e reconhecimento: um estudo a partir da teoria crítica da sociedade de Axel Honneth. In: **ethic@** - Floarionópolis v.9, n2. pp.231- 245. Dez. 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/1677-2954.2010v9n2p231>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

precedente em função de duas causas: ao participarem em uma práxis social na qual a mera observação do outro se tornou um fim em si mesmo, extinguindo toda consciência do engajamento existencial da socialização precedente, ou ao conduzirem suas ações por um sistema ideológico de convicções reificante que os coage à negação posterior do reconhecimento originário. Honneth aponta para casos de racismo e de discriminação de pessoas, grupos e minorias (tratando, por exemplo, do caso dos judeus e das mulheres). Além disso, seu livro traça uma crítica àquelas instituições que coagem os indivíduos a fixar de maneira conclusiva determinados sentimentos, desde o modelo de entrevista de emprego, passando pelos casos mais comuns sobre sites de busca por parceiros na internet, até o fenômeno da reificação no mercado pornográfico.

3. FETICHISMO

O vocábulo fetiche foi cunhado em meados do século XVII, com base na então palavra portuguesa *fetisso*, tendo como fito designar o culto místico a objetos e animais divinizados praticado por sociedades africanas, consideradas primitivas pelo colonizador europeu. O conceito de fetichismo, no entanto, foi delineado entre nós apenas em 1756, pela obra *Du Culte des Dieux Fétiches*, de Charles De Brosses. Para Safatle¹⁵, com a criação desse neologismo, o autor francês “forneceu as condições fundamentais para transformação de uma reflexão sobre práticas de culto de tribos africanas em dispositivo de descrição do pensamento primitivo em geral.” De acordo com Pires¹⁶:

A perspectiva materialista desenvolvida por De Brosses disseminou a ideia de fetichismo como sinônimo de estado humano desprovido das Luzes, no qual há tendência irracional em crer no poder da matéria, germe das trevas da ilusão religiosa. De Brosses transforma o fetiche em fetichismo, criando a partir de um primeiro substantivo que designava uma classe de objetos um segundo que designa uma forma de doutrina

15 SAFATLE, Vladimir. **Fetichismo**: colonizar o outro. 4ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 31.

16 PIRES, Rogério Brittes W. **Pequena história da ideia de fetiche religioso**: de sua emergência a meados do século XX. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872011000100004>. Acesso em: 25 ago. 2021.

marcada por tal classe, um sistema de crenças. Esta inserção do sufixo “ismo” – que será criticada séculos depois por autores como Pouillon (1970) – é central na argumentação brossesiana. As principais questões que envolvem a problemática do fetiche já estão contidas e minimamente desenvolvidas em De Brosses. Refiro-me aos temas da universalidade, do progresso, da materialidade, do simbolismo, da antropomorfização, da agência, da teoria do primeiro encontro (que envolve as questões da historicidade, contingência e evento), e, por fim, do fetichismo enquanto categoria de acusação. Basicamente, serão estes os temas que se repetirão ao longo da biografia do fetiche, ainda que nem todos os autores que usam a categoria dialoguem diretamente com De Brosses, faz sentido remeter os usos da noção de fetiche nos últimos três séculos e meio à *Du Culte des Dieux Fétiches*.

Por seu turno, Karl Marx apresentou outra faceta do fetichismo dentro de sua doutrina socioeconômica. Para o autor alemão, o fetiche de mercadoria surge quando o objeto descola de seu valor real, não mais representando a soma do trabalho que o erigiu. Nesse contexto, devido a um processo baseado no misticismo, a mercadoria ganha vida própria, o que acaba por ocultar sua natureza e ensejar processos autônomos. Em outras palavras, Antunes¹⁷ destaca que “o fetiche de mercadoria opera a inversão mística da relação entre o homem e as coisas, transformando a relação entre as coisas numa relação humana e a relação humana numa relação entre as coisas”. E arremata¹⁸:

O mistério da mercadoria não consiste em saber o que são o casaco, o linho e a mesa, mas, sim, em saber o que é o ente mercadoria enquanto tal, este ente negativo que não é casaco, nem linho, nem mesa, este ente que não se mostra ao mundo como coisa material e sensível, como coisa que se revela pelo uso e pelos sentidos humanos, mas como coisa imaterial e inteligível, como categoria e forma suprassensível que só se revela e se mostra através das abstrações metafísicas do intelecto humano. (...) O misterioso da forma mercadoria consiste no fato de que os agentes da troca passam a conceber, erroneamente, suas próprias relações humanas como relações entre

17 ANTUNES, JADIR. **Marx e o fetiche da mercadoria**: contribuição à crítica da metafísica. Jundiaí (SP), Paco, 2018, p. 256.

18 *Ibid.*, p. 223-227.

linho e casaco, ente mercadoria e ente dinheiro, e não entre tecelão e alfaiate. Suas relações reais ficam, assim, inteiramente obscurecidas pelo fetiche da mercadoria. A linguagem fetichizada do mercado não diz que o tecelão troca seu trabalho, determinado tempo de sua atividade vital expresso em 20 varas de linho, pelo trabalho do alfaiate, expresso em um casaco. Ao contrário, essa linguagem diz que 20 varas de linho valem ou se trocam por um casaco.

Em que pese a matéria ter sido anteriormente abordada na seara psicológica por Alfred Binet, em dois artigos intitulados “O fetichismo do amor”, de 1887, o tema ganhou mesmo notoriedade no bojo da teoria da sexualidade de Sigmund Freud, especialmente com o advento do texto “Fetichismo”, de 1927. Em apertada síntese, pode-se dizer que, para doutrina Freudiana, fetiche é a relação mantida com um objeto eleito pelos arranjos de desejo, o qual, cumprindo uma função simbólica de substituição fálica, torna possível satisfação de natureza orgástica. De acordo com o pai da psicanálise, há uma fantasia sexual infantil segundo a qual todos possuiriam pênis, em especial a mãe do sujeito. Ocorre que, no exato momento em que a criança percebe que esse imaginário não é verdadeiro, ela passa a negar a realidade descoberta, sobretudo por concluir, por um raciocínio transitivo, que a suposta castração da mulher constitui ameaça à sua própria integridade corporal. Em seguida, para aplacar o medo provocado pela revelação inesperada, o sujeito elege um instrumento simbólico para substituir o falo pretensamente extirpado, incidindo então o fetiche sobre o objeto escolhido. Segundo Freud¹⁹:

Não é certo dizer que a criança, depois de fazer sua observação da mulher, manteve intacta a crença de que ela tenha um falo. Conservou esta crença, mas também a abandonou; no conflito entre o peso da percepção indesejada e a força do desejo contrário chegou a um compromisso, o que é possível apenas sob a direção das leis do pensamento inconsciente – dos processos primários. Sim, na psique a mulher continua a ter um pênis, mas este pênis já não é o mesmo de antes. Outra coisa ocupou seu lugar, foi como que nomeada

19 FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre, RS L&PM, 2017, p. 210.

seu substituto e veio a herdar o interesse que antes se dirigia a ele. Mas tal interesse experimenta ainda um extraordinário acréscimo, porque o horror à castração ergue para si um monumento, ao criar esse substituto. Também uma aversão frente ao genital feminino real, jamais ausente num fetichista, permanece como *stigma indelebile* da repressão ocorrida. Agora vemos o que o fetiche faz e de que modo é mantido. Ele subsiste como signo de triunfo sobre a ameaça de castração e como proteção contra ela.

Dito de outra forma, para Freud, o fetichismo tem natureza de instrumento contrafóbico, constituindo-se na utilização de um objeto como anteparo à angústia e ao medo provocado pela pretensa castração iminente.

Ao examinar o contexto histórico da temática, Safatle²⁰ leciona que: “se nos voltarmos para o problema marxista do fetichismo de mercadoria, veremos que, no fundo, é possível encontrar certas elaborações estruturalmente semelhantes àquelas apresentadas por Freud.” E é essa semelhança estrutural que “nos auxilia a pensar modalidades de retorno do conceito de fetichismo ao campo da cultura.” Procurando sedimentar uma convergência entre as teorias mencionadas, o professor da Universidade de São Paulo²¹ aduz que:

Tanto Marx como Freud acabaram por dar forma conceitual a um momento histórico de deslocamento do sistema de partilha entre modernidade e pré-modernidade. Pois eles mostraram como o encantamento e a alienação que o Ocidente identificou em seu outro operam, na verdade, no interior de nossas sociedades desencantadas e no cerne de nossas próprias formas de vida. Por isso, eles se servem de um conceito (fetichismo) até então usado para descrever o que seria exterior às sociedades modernas (De Brosses, Comte), o que seria fixação que impedia o desenvolvimento de processos de maturação da vida sexual (Binet). Mas agora eles o utilizam para descrever o interior do processo de determinação do valor em nossas sociedades (Marx) ou ainda o modo com que a maturação sexual e a formação do Eu podem admitir a regressão e a

20 SAFATLE, Vladimir. **Fetichismo**: colonizar o outro. 4ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 109.

21 Ibid., p. 26/27.

dissociação subjetiva (Freud). Através dos dois autores, o fetichismo se transforma em dispositivo de crítica da modernidade e de seus processos de socialização, expondo os móveis de alienação, seja no interior do campo do trabalho, seja no interior do campo do desejo. Nesse sentido, não deixa de ser sintomático que, no momento em que a antropologia abandonar o conceito de fetichismo como um “imenso mal-entendido” entre a civilização europeia e a africana, isso principalmente por meio de uma crítica decisiva feita pelo antropólogo Marcel Mauss, em 1907, ele continuará em operação nestes dois regimes de crítica que têm em comum a exigência de levar a cabo a exposição das alienações no interior das formas hegemônicas de vida no Ocidente: a psicanálise e o marxismo.

Em resumo, o autor conclui que, quer da perspectiva da psicanálise, quer do ponto de vista marxista, a análise do fetiche expõe os móveis da alienação no campo do desejo, demonstrando como nenhuma teoria da contemporaneidade poderia ser mais falsa do que a que identifica modernização e incremento linear da racionalidade.

4. A REIFICAÇÃO DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E A FETICHIZAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA

Fixadas essas premissas teóricas, pode-se tranquilamente inferir, com fulcro no que se observa de modo empírico, que os fenômenos da fetichização e reificação contaminaram fortemente a pós-modernidade, notadamente no que pertine à utilização das prisões provisórias.

Antes de adentrar efetivamente no exame do tema proposto, faz-se necessário um perfunctório cotejo no que tange à história recente do cárcere processual no Brasil.

Na vigência da Constituição Federal de 1937 – em pleno estado de exceção, portanto –, foi instituído um novo Código de Processo Penal. O CPP de 3 de outubro de 1941, em geral, assumiu feição antidemocrática, de cunho nitidamente fascista. Importante ressaltar que referida assertiva não se trata de mera especulação doutrinária. A própria exposição de motivos da Lei de Ritos declara que o projeto se inspirou em parte na doutrina de Alfredo Rocco, membro do Partido

Nacional Fascista e Ministro da Justiça da Itália, o qual, em 1930, foi o responsável pela elaboração do Código de Processo Penal daquele país. Apenas à guisa de ilustração, cita-se trecho do referido documento:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

Sobre essa temática, Cruz²² aduz que:

Chega, então, o Código de Processo Penal de 1941, elaborado na ambiência autoritária que caracterizou o Estado Novo de Getúlio Vargas, influenciado pela matriz fascista italiana de Mussolini, e, conseqüentemente, pelos códigos elaborados nesse regime de cariz totalitário. Na seara das prisões cautelares, o recrudescimento do legislativo foi anunciado expressamente na Exposição de Motivos do Código de

²² CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição. Salvador, Jus Podivm, 2018, p. 49.

Processo Penal de 1941, após a afirmação de que a prisão em flagrante e a preventiva passavam a ser “definidas com maior latitude do que na legislação em vigor”, uma vez que “o interesse da administração da justiça não pode – dizia-se – continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos...”. Quanto à prisão preventiva em particular, buscou-se libertá-la dos “limites estreitos” (*sic*) traçados à sua admissibilidade, prevendo-se seu cabimento quando o reclamasse “o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal”. A grande novidade, contudo, resultou da introdução do instituto da “prisão preventiva obrigatória”, que, cabível para os autores de crimes em que se cominasse pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos, dispensava-se “outro requisito além da prova indiciária contra o acusado”.

Como visto, entre várias ideias de matriz antidemocrática, o Código de Processo Penal de 1941, flertando com o sistema inquisitório praticado na Idade Média²³, instituiu a presunção de culpabilidade. Em decorrência disso, independentemente de qualquer outra circunstância, quando houvesse meros indícios da prática de crime ao qual fosse cominada pena de reclusão igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva passaria a ser obrigatória. Sobre o tema, leciona de Oliveira²⁴:

O princípio fundamental que norteava o CPP era, como se percebe, o da presunção de culpabilidade. Manzini penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente? Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime

23 De acordo com Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck (2014, p. 441), “com a inquisição, na Idade Média, numa estrutura de processo penal inquisitório, não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (purgatio da acusação), e bastava um simples indício à formação de um juízo condenatório.”

24 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes Constitucionais de Liberdade Provisória**. 2.ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 5-7.

italiano da década de 1930, nada há de se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a onda policialesca do CPP produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras. É claro que é - e sempre será - muito difícil compartilhar interesses tão opostos como aqueles representados pela necessidade de aplicação da lei penal (enquanto ela existir) e o exercício da liberdade individual. Por isso é muito importante identificar as premissas teóricas da legislação de 1941, para reconhecer sua vigência, ou não, diante de vista normativo, hierarquicamente superior a outra, como ocorre entre a norma constitucional e a legislação ordinária, mas sobretudo, porque com a identificação da realidade histórica em que foram produzidos os respectivos textos se poderá entender melhor as inúmeras incompatibilidades existentes entre ambos. Então, de modo mais explícito, aponta-se no CPP as seguintes e mais relevantes características: a) o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa, etc) na conduta do agente (art. 310, caput); b) na balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma consequente exacerbação dos poderes dos agentes policiais; c) a busca da verdade, sinalizada como a da verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos.

Destarte, malgrado a posterior alteração de vários dispositivos do CPP, de modo a revogar expressamente a presunção de culpabilidade, o fato é que referida regra ainda restou incrustada no inconsciente popular. Para o sujeito médio, não faz sentido que alguém preso em flagrante pela prática de um crime grave seja solto, de modo a aguardar o desfecho do processo em liberdade. A rigor, até mesmo alguns

operadores do Direito têm dificuldade de harmonizar o princípio da não culpabilidade com a prisão provisória. Conforme alerta de Oliveira²⁵:

“passadas quase três décadas, e mesmo após a ordem constitucional de 1988, o instituto (da prisão processual) ainda é frequentemente abordado a partir de uma interpretação construída sobre a estrutura do sistema do Código de 1941.”

Atualmente, de acordo com o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), em dezembro de 2020, o Brasil possuía uma população carcerária de 668.135 pessoas. Desse total, 335.773 reeducandos (50,26%) se acham cumprindo pena em regime fechado e 215.317 (32,23%) encontram-se submetidos à prisão provisória. Nesse contexto, Prado e Santos²⁶ (2018, p. 84) destacam que: “o Brasil emerge como o quarto país em números absolutos de encarceramento no mundo, ficando atrás dos Estados Unidos da América, da China e da Rússia, que têm populações bastante maiores.” Ademais, “Quase 55% dos processos começam com réus presos e quase 40% dos réus que responderam aos processos presos não tiveram sentenças condenatórias.”²⁷

Apenas com esses números, já é possível perceber indicativos seguros de que a prisão processual não está sendo utilizada de forma constitucionalmente lícita no Brasil, tampouco com fundamentos científicos e racionais, o que materializa relevante fator para a superlotação do sistema carcerário, propiciando a incidência de todas as mazelas dela decorrentes. Nessa direção, aponta Novo²⁸:

A prisão provisória tem sido usada mais como regra do que exceção – e que ela se tornou uma forma de antecipar a execução da pena. Tomar medidas para alterar esse quadro pode melhorar a situação do sistema, pois uma parte desses presos poderiam ser liberados. (...) Vale notar que o número de presos provisórios brasileiros

25 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes Constitucionais de Liberdade Provisória**. 2.ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 4.

26 PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 84.

27 Ibidem.

28 NOVO, Benigno Núñez. **Sistema Carcerário Brasileiro**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/sistema-carcerario-brasileiro-por-benigno-nunez-novo>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

é semelhante ao déficit de vagas. Evidentemente, não é possível dar liberdade a todos os detentos nessa condição, mas a revisão desses casos poderia significar um alívio no problema.

Com efeito, o advento da Constituição Federal de 1988 extirpou definitivamente a ideia de presunção de culpabilidade. Aliás, nos exatos termos do artigo 5º, LVII, da Carta Magna, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Portanto o fato de o agente ter comprovadamente praticado fato definido como crime passou a não mais ser determinante para a incidência de prisão cautelar. Isto é, com a inauguração da nova ordem jurídica brasileira, houve um corte epistemológico no sistema processual, no sentido de a custódia provisória ser encarada como mero instrumento acautelatório, o qual, em razão da natureza jurídica que ostenta, tem sua incidência condicionada à comprovação de contingências concretas que possam comprometer a efetividade do processo penal de conhecimento. Nessa perspectiva, infere-se que os requisitos de cautelaridade da segregação processual consubstanciam *o fumus comissi delicti*²⁹ e o *periculum libertatis*³⁰, que se encontram positivados nos pressupostos e requisitos previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e, alternativamente, garantia das ordens pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Importante ressaltar, todavia, que, a despeito da clareza do texto constitucional, o imediato encarceramento do suposto autor de um crime continuou a ser interpretado pela sociedade, e em especial por alguns operadores do Direito, como instrumento legítimo e eficaz de combate à criminalidade, de modo a gerar uma espécie de prevenção geral, que tem por finalidade atenuar a absurda sensação de insegurança que, de fato, a todos aflige. Como leciona Sanguiné³¹,

29 Isto é, os indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime.

30 Que, por sua vez, são divididos em endoprocessuais e extraprocessuais. Os requisitos endoprocessuais de cautelaridade constituem garantia da adequada produção probatória e da execução da pena. Já os requisitos extraprocessuais pretendem resguardar a finalidade da própria pena, notadamente a prevenção geral.

31 SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas e alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 220.

Na prática forense, a prisão cautelar não mais é utilizada como uma medida provisória de *ultimum remedium*, mas, pelo contrário, como um instrumento popular preventivo, servindo ao uso intensivo com propósito de segurança.

No mesmo norte, Silveira³² ensina que:

A situação da prisão preventiva no Brasil é extremamente grave. Isto porque além da já mencionada mentalidade autoritária ainda presente na sociedade brasileira, a prisão preventiva se encontra inserida na dinâmica da urgência característica da sociedade contemporânea, muitas vezes sendo utilizada para iludir a opinião pública cada vez mais sedenta por segurança. E ainda, a imagem da prisão imediata do suspeito, muitas vezes algemado e levado ao cárcere sob o foco das câmeras dos programas de televisão sensacionalistas, provoca uma falsa sensação de justiça instantânea, proporcionando a construção de uma imagem equivocada do sistema repressivo no imaginário social, realidade que contribui sobremaneira para o desvirtuamento e aplicação inadequados da prisão preventiva que, ao invés de ser utilizada como *ultima ratio*, se torna regra.

Percebe-se, assim, que o raciocínio em análise, impregnado por questões de ordem nitidamente emocional, acaba por incidir em um grave equívoco técnico-jurídico. Vale dizer, clama-se justamente por segurança e pelo combate à impunidade. No entanto, não raras vezes, deseja-se alcançar esse objetivo de forma imediatista e artificial, com a incidência de prisões cautelares. Ou seja, pretende-se obter o resultado oriundo da satisfação do direito material valendo-se de um mero instrumento de direito processual, o que redundará em ofensa aos mais básicos direitos fundamentais arrolados pela Carta Magna, especialmente a garantia do devido processo legal e a presunção de não culpabilidade. Nesse diapasão, ensina Cruz³³:

Se é difícil oferecer à população uma resposta rápida para os desvios criminais, de modo a que se tenha uma mínima sensação de segurança e de credibilidade das

32 SILVEIRA, Felipe Lazzari. **A banalização da prisão preventiva para garantia da ordem pública**, 2015. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1734/1647>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

33 CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar**. Dramas, Princípios e Alternativas. 4ª edição. Salvador, Jus Podivm, 2018, p. 23.

instituições, a mensagem que grassa é: “prendam-se cautelarmente os suspeitos, ainda que por alguns dias”. Desse modo, o recolhimento cautelar do suspeito a uma cela de delegacia ou de um presídio significa, para a grande massa da população, que: 1º) o sujeito é o responsável pelo crime; 2º) ele está sendo punido; 3º) a comunidade está mais segura. Essa “penalização” de um instinto eminentemente processual, que desborda funcionalmente de seus fins e limites, nada mais é do que um dos reflexos que CARRARA denominada “nomorréia penal” e que encontra similar significado na moderna metáfora de FERRAJOLI (“metástase legislativa”), em decorrência da qual se corre o risco de que, com mais tipos e punições mais graves (*more of the same*), se produza, ao invés da redução dos crimes, maiores violências sociais.

Não foi a outra conclusão que chegaram Lopes Jr. e Badaró³⁴, ao mencionar que, infelizmente, as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.

Nesse contexto, ainda que de modo simbólico, mas com a mesma violência da futura e incerta penalização, a prisão provisória sublinha “a vigência das normas penais e consolida a confiança nos valores que elas representam, seja mediante retribuição, seja através da prevenção geral positiva, inclusive em seu sentido de disciplina.”³⁵ Assim, “a aplicação da prisão provisória restabelece o equilíbrio psíquico da sociedade e mantém as próprias repressões, que estariam ameaçadas se ficasse impune ou em liberdade o ofensor.”³⁶

34 LOPES Jr., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 55.

35 SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas e alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 219.

36 *Ibidem.*

Portanto, malgrado inexistentem divergências relevantes de cunho científico sobre a natureza cautelar do encarceramento processual, em razão da imediatidade do resultado pretendido e do confortável efeito psicológico gerado, a sociedade permanece refratária à ideia de cautelaridade da prisão provisória.

Destarte, pode-se concluir que, ao atribuir à custódia processual um efeito alegórico, estranho à sua natureza jurídica, acaba-se por focar exclusivamente em seu resultado empírico³⁷ para tê-la como um meio simbólico de garantia da segurança pública³⁸, alçando-a à categoria de panaceia e conferindo-lhe fumos de sacralidade³⁹, caracterizando, destarte, a incidência de fetichismo na hipótese.

Dessa forma, o sujeito preso provisoriamente passa a não mais ser avaliado como um ser humano, com todos os seus direitos e peculiaridades, mas apenas como uma espécie de inimigo social, que aparentemente cometeu crime e, por isso, deve ser imediatamente encarcerado, uma vez que sua liberdade, invariavelmente, demonstra um perigo de grave dano à sociedade.

CONCLUSÃO

Muito embora a empatia seja uma capacidade biológica de compreender a subjetividade de outras pessoas, gerando um movimento de identificação, esse conceito somente passou a ser melhor assimilado pelos romances publicados no século XVIII, o que, inclusive, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento da noção de direitos humanos. Segundo Hunt⁴⁰:

Os romances apresentavam a ideia de que as pessoas são fundamentalmente semelhantes por causa de seus

37 A abstração, uma das principais características do fetichismo, é conceituada como a capacidade de obscurecer a totalidade de um objeto, fixando-se em um único traço de sua composição, como se verifica no caso apontado.

38 Conforme aduz Safatle (2020, p. 114), “no fetichismo, o objeto do desejo submete-se a uma idealização que consistia em transformá-lo em puro suporte de um atributo ou traço elevado à condição de encarnação sensível de valor.” Também facilmente se nota a incidência de idealização na proposição mencionada.

39 Aqui se pode observar outro traço marcante do fetichismo, consistente na sobrevalorização, que é traduzida como a tendência dos fetichistas em aumentar o volume e a importância do objeto material venerado.

40 HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 39.

sentimentos íntimos, e muitos romances mostravam em particular o desejo de autonomia. Dessa forma, a leitura dos romances criava um senso de igualdade e empatia por meio do envolvimento apaixonado com a narrativa. Seria coincidência que os três maiores romances de identificação psicológica do século XVIII – Pamela (1740) e Clarissa (1747-8), de Richardson, e Júlia (1761), de Rousseau – tenham sido todos publicados no período que imediatamente precedeu o surgimento do conceito de “direitos do homem”?

Essa dinâmica empática evoluiu e, quando os indivíduos passaram a efetivamente se identificar nos outros, tortura e outros tratamentos degradantes comuns à época não mais foram admitidos. Nessa nova ordem de ideias, as pessoas se deram conta dos direitos relativos à individualidade e à inviolabilidade de seus corpos, razão pela qual “reconheciam em outras pessoas as mesmas paixões, sentimentos e simpatias que viam em si mesmos.”⁴¹

Conforme demonstrado, a fetichização da prisão provisória provoca uma reificação da pessoa privada precariamente da liberdade, o que precisamente gera um processo inverso ao que culminou no movimento empático de reconhecimento e, conseqüentemente, na assunção da ideia de direitos humanos. Vale dizer, ao alocar o agente no estereótipo de criminoso, as pessoas passam a não mais enxergar humanidade nele, não vendo, por isso, qualquer semelhança consigo, de modo que eventuais arbitrariedades não são particularmente assimiladas.

Conforme leciona Foucault⁴², a partir do século XVIII, é possível perceber o nascimento da ideia que o crime não é simplesmente um atentado contra uma vítima específica, constituindo, portanto, em conduta que prejudica toda a esfera social, isto é, “um gesto por meio do qual o indivíduo, rompendo o pacto social que o liga aos outros, entra em guerra contra sua própria sociedade”. Nessa perspectiva, o criminoso, como ameaça social, deve ser encarcerado com a máxima urgência possível.

41 HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 111-112.

42 FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2015.

Segundo Wacquant⁴³, a partir da década de 70 do século XX, essa a construção do criminoso como quase não humano é retomada, o que conduz à condensação de seus direitos, reduzindo-o efetivamente a um não cidadão e facilitando seu processo de criminalização. Comentando esse fenômeno, Garland⁴⁴ destaca que, o que antes era referido como uma ansiedade localizada, que afligia as piores vizinhanças, agora é encarado como um problema social de primeira magnitude. O medo do crime passou a ser visto como problema por si só, bem distinto do delito e de sua vitimização, razão pela qual políticas foram desenvolvidas mais o objetivo de reduzir o medo do que reduzir o crime. Nesse cenário, o temor das pessoas em face da insegurança se destaca como importante componente da exigência social por medidas cada vez mais drásticas e urgentes, ainda que desprovidas de racionalidade e sem nenhum amparo científico. Nas palavras de Wermuth⁴⁵,

“grande parte das intervenções punitivas da contemporaneidade, antes de buscar responder ao problema da criminalidade em si, presta-se precipuamente a diminuir as inquietações populares diante da insegurança.”

Importante destacar que os meios de comunicação são protagonistas nessa dinâmica, uma vez que, além de difundir massivamente informações seletivas, acabam por moldar a noção de criminalidade de acordo com seus próprios interesses.

Assim, tem-se que o desejo irrefletido por segurança, de cunho emocional, acaba por conduzir as pessoas em geral a fetichizar a prisão cautelar. Para tanto, desumaniza-se o preso provisório, que é usado como mero instrumento em uma dinâmica para a satisfação de instintos emocionais, que, em uma simplificação grosseira da realidade, passa a considerar o cárcere imediato de pessoas suspeitas da prática de crime como única solução eficaz para o combate à criminalidade.

De fato, parece ser consenso que há um setor da psiquê humana alheio ao domínio de razão, mas que, de igual forma, fornece

43 WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [A onda punitiva]. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 42.

44 GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 53/54.

45 WERMUTH, Maiquel Dezordi. **Cultura do Medo e Criminalização Seletiva no Brasil**, 2015.

orientação e anima determinadas condutas. Esse sistema costuma traduzir sentimentos não racionalizáveis, geralmente causadores de conflitos internos não resolvidos. Nesse contexto, a imediata prisão do suspeito cria uma espécie de compensação emocional ao sentimento de insegurança gerado com a prática do crime. Para Freud (2017, p. 44), aliás, “o núcleo da chamada consciência moral é o medo social.”.

Dessa maneira, portanto, tem-se que o discurso da emergência da prisão se alastra rapidamente, contagiando grande parte da população, eis que, além de articular ameaça iminente a bens jurídicos essenciais, por possuir viés nitidamente emocional, não se abala em face a argumentos sólidos contrários ou mesmo fatos de existência incontroversa. Parece incidir, na hipótese, conduta inerente à psicologia das massas, a qual, segundo Freud⁴⁶, está sujeita ao poder mágico das palavras, dispensando a busca pela verdade para contagiar seus componentes e fazê-los seguir, bovinamente, a conclusões apaixonadamente extremadas e, por isso, desvinculadas de racionalidade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Jadir. **Marx e o fetiche da mercadoria**: contribuição à crítica da metafísica. Jundiaí (SP), Paco, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo. 2014. Saraiva.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição. Salvador, Jus Podivm, 2018.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2015

46 FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre, RS L&PM, 2017, p. 52/54.

FREUD, Sigmund. Inibição, sintoma e angústia, o futuro de uma ilusão e outros textos [1926-1929]. **Obras Completas**, Volume 17. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre, RS L&PM, 2017.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2ª ed. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. **Reificação: um estudo de teoria do reconhecimento**. Tradução: Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES Jr., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MARX, Karl (1818 – 1883). **O Capital: extratos por Paul Lafargue**. Tradução: Abguar Bastos. São Paulo: Veneta, 2014.

MELO, Rúrion. Reificação e reconhecimento: um estudo a partir da teoria crítica da sociedade de Axel Honneth. In: **ethic@** - Floarianópolis v.9, n2. pp.231- 245. Dez. 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/1677-2954.2010v9n2p231>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

NOVO, Benigno Núñez. **Sistema Carcerário Brasileiro**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/sistema-carcerario-brasileiro-por-benigno-nunez-novo>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes Constitucionais de Liberdade Provisória**. 2.ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

PIRES, Rogério Brittes W. **Pequena história da ideia de fetiche religioso**: de sua emergência a meados do século XX. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872011000100004>. Acesso em: 25 ago. 2021.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva**: a contramão da modernidade. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

SAFATLE, Vladimir. **Fetichismo**: colonizar o outro. 4ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas e alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVEIRA, Felipe Lazzari. **A banalização da prisão preventiva para garantia da ordem pública**, 2015. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1734/1647>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SPINELLI, Letícia. (2016). Repensando o reconhecimento: a crítica de Nancy Fraser ao modelo identitário de Axel Honneth. Século XXI: **Revista de Ciências Sociais**, 6(1), 204-234. Disponível em: <<https://doi.org/10.5902/2236672525578>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WERMUTH, Maiquel Dezordi. **Cultura do Medo e Criminalização Seletiva no Brasil**, 2015.

“FICA EM CASA” – UM ELO ENTRE MÚLTIPLAS VOZES¹

“STAY AT HOME” – A CONNECTION BETWEEN MULTIPLE VOICES

Daniel Blume Pereira de Almeida

Mestre em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa. Procurador do Estado do Maranhão. Conselheiro Federal da OAB. Representante da OAB no CNJ. Membro da Academia Maranhense de Letras e da Academia Ludovicense de Letras.
danielblume@gmail.com

Como citar este artigo:

ALMEIDA, Daniel B. P. de. “Fica em casa” – um elo entre múltiplas vozes. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 171 - 186.

Recebido em: 2/8/2022 | Aprovado em: 15/8/2022

Resumo: O presente artigo é um recorte da pesquisa realizada na UAE, em Direito Civil e Administrativo Comparado, sob o título Omissão Legislativa e Covid-19: Responsabilidade Civil do Estado no Direito Português comparado ao Brasileiro. Versando sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa, a teoria sobre Responsabilidade Civil foi aplicada ao caos pandêmico que privou os cidadãos do ir e vir social, ecoando no mundo inteiro a ordem/orientação “Fica em Casa”. Primeiro porque o contato social colocava em risco o cidadão diante da iminência do contágio pelo Coronavírus; depois porque, contaminado que ele fosse, o sistema público de saúde não garantia atendimento, por causa do colapso de sua capacidade. A pesquisa colocou esse enunciado “Fica em Casa” no centro da análise metodológica, sob a ótica da Linguística Cognitiva, como método de análise.

Palavras-chave: Estado; Responsabilidade Civil; Direitos Humanos; Omissão; Cognição

¹ Artigo escrito com base na pesquisa de Mestrado em Direito Civil e Administrativo Comparado, na Universidade Autônoma de Lisboa, 2019/2021, com a pesquisa intitulada Omissão Legislativa e Covid-19: Responsabilidade Civil do Estado no Direito Português comparado ao Brasileiro, sob a orientação do Professor Dr. Ricardo Pedro.

Abstract: *This article is an excerpt of the research carried out at UAE in Comparative Private and Administrative Law, under the title Legislative Omission and Covid-19: Civil Liability of the State in Portuguese Law compared to Brazilian Law. Focusing on the Civil Liability of the State by Legislative Omission, the theory of Civil Liability was applied to the pandemic chaos that deprived citizens of social coming and going, echoing the Stay-at-Home order / orientation worldwide. First, because social contact put the citizen at risk in the face of the imminence of contagion by the Coronavirus; secondly, because, in case the individual was contaminated, the public health system did not guarantee care, due to the collapse of its capacity. The research placed the Stay-at-Home statement at the center of the methodological analysis, from the perspective of Cognitive Linguistics, as a method of analysis.*

Keywords: *State; Civil Liability; Human Rights; Omission; Cognition.*

Sumário: Introdução; 1. Sobre a metodologia de análise e os fundamentos teóricos; 2. Exposição esquemática da análise; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19, só agora, com a vacina, está sendo atenuada. Mas suas marcas, jamais. Falo de mortes e de seus reflexos. Ficar ou não em casa fazia parte das decisões rotineiras de cada pessoa e passou a fazer parte da condição diária de todos, em tempos pandêmicos, desde que se tornou um imperativo nos quatro cantos do mundo. Era 2020. Pesquisava na Universidade Autônoma de Lisboa a responsabilidade civil por omissão legislativa. O conceito de responsabilidade despertou meu interesse em analisar as vozes² corresponsáveis por aquele imperativo, para, a título de identificá-las, investigar se havia, nessa ordem, a voz estatal no silêncio da legislação ainda não produzida. Segui por caminhos cognitivos para encontrar o fio da responsabilidade por omissão legislativa em tempos da pandemia do coronavírus.

Apliquei o Modelo dos Espaços Mentais proposto por Fauconnier³ e analisei o enunciado “Fica em casa”, considerando-o sob o conceito de polifonia. Selecionei primeiramente os âmbitos com os quais seriam organizados os construtos pelo processo cognitivo para, aplicada a

2 O conceito de vozes se inspira, para este artigo, em BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Rio de Janeiro: Ed. Forense-Universitária, 1981.

3 FAUCCONNIER, Gilles – **Mental Spaces**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. ISBN 978-05-21-44499-6.

noção de domínios (conjunto de conhecimentos estruturados de forma estável) e de locais (espaços mentais da cognição), poder realizar a integração e a projeção entre eles.

1. SOBRE A METODOLOGIA DE ANÁLISE

“Fica em casa”, sob a luz da cognição⁴, é a leitura desse enunciado sob muitas perspectivas intencionais: poderia ser enunciado em diálogos entre familiares, entre médico e paciente, entre amigos, entre casais; em caso de ameaça de chuva, para garantir uma surpresa, e em tantas outras situações corriqueiras.

Neste caso específico de análise, há uma voz imperativa pública em situação de pandemia. Foram selecionados, a partir daí, dois âmbitos rumo à captura da responsabilidade, buscando a causalidade na integração do âmbito da saúde com o âmbito do Direito. Percebi que “Fica em casa”, um enunciado tão da ordem privada, poderia assumir outro patamar de sentido: passar a ser analisado sob uma perspectiva sociopolítica.

E, no momento em que se fala de direito, por exemplo, mesmo com base no senso comum, se esse termo não estiver ancorado num determinado âmbito, o sentido é apenas um potencial, uma hipótese de existir. “Fica em casa” provocou a seguinte pergunta: de quem parte esse imperativo e para quem? É possível interpretá-lo sob o conceito de responsabilidade civil e de omissão legislativa? Onde se ouve a voz do Estado? Do Direito? Da sociedade? Do sistema de saúde? Da humanidade?

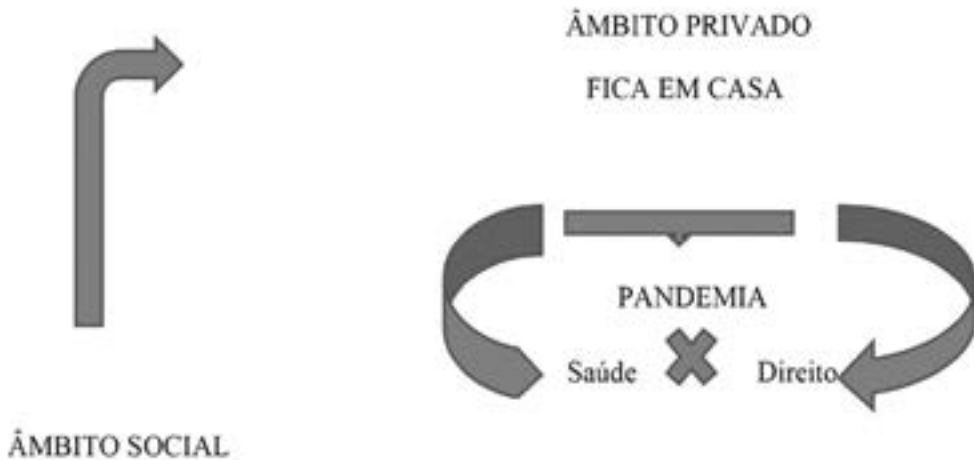
Neste artigo, há o cruzamento dessas vozes no âmbito do Estado (responsabilidade civil), do Sistema de Saúde (responsabilidade pública de serviços de saúde), do cidadão (vitimizado), da humanidade (em crise), no universo pandêmico. “Fica em casa” passou a ser tratado como um enunciado, segundo Bakhtin (1981), sobre o conceito de dialogismo e polifonia: o elo em uma interminável cadeia de comunicação, por meio da qual infindáveis vozes podem ser ouvidas.

4 Cognição, conceito da Linguística Cognitiva, baseado em LAKOFF, George & JOHNSON, Mark. University of Chicago Press, 1980.

2. EXPOSIÇÃO ESQUEMÁTICA DA ANÁLISE

Apresento o processo de cognição, como síntese, em gráficos e suas interpretações:

Gráfico 1: A dimensão pública da ordem “Fica em casa”



Fonte: Daniel Blume

Para o âmbito social da saúde, tem-se o domínio estável, conjunto de conhecimentos estruturados sobre a pandemia da Covid-19: conceito, principais características do vírus, ou seja, dados do conhecimento disponibilizados pelas ciências biológicas e da saúde.

Sobre o domínio estável da Covid-19, a folha da OPAS/OMS informa que há sete coronavírus humanos (HCoV), entre eles: o Sars-Cov, da síndrome respiratória aguda grave; o Mers-Cov, da síndrome respiratória do Oriente Médio; e o Sars-Cov-2, da doença Covid-19. Essa é a denominação da doença infecciosa causada pelo coronavírus, detectado inicialmente em Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Seu período de incubação é de um a quatorze dias. Possui, como sintomas, febre, cansaço e tosse seca. Alguns podem ter dores no corpo, congestão nasal, coriza, dor de garganta ou diarreia. Outras pessoas são assintomáticas. Uma entre seis não desenvolve síndrome respiratória grave. Oitenta por cento dos acometidos pela Covid-19 se recuperam sem tratamento especial. A doença se espalha das pessoas

que têm o vírus, por meio de pequenas gotículas do nariz ou da boca, quando alguém acometido tosse, espirra ou fala. Os pacientes precisam ser isolados até que dois testes tenham resultado negativado, em um intervalo de vinte e quatro horas.⁵

Infelizmente, de início, ainda não havia medicamento nem vacina comprovada contra a doença Covid-19. Para prevenção, era indicado lavar as mãos com água e sabão, ou usar higienizador à base de álcool. Foi comum a utilização do álcool em gel e manter a distância de, pelo menos, um metro das outras pessoas, além de evitar tocar nos olhos, nariz e boca. As medidas foram as mesmas para prevenir problemas respiratórios, como usar máscaras, observando os cuidados necessários para eliminar os meios de transmissão.

Sobre os domínios locais da Covid-19, desde 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, considerando o surto do mais alto nível de alerta previsto no Regulamento Sanitário Internacional.⁶

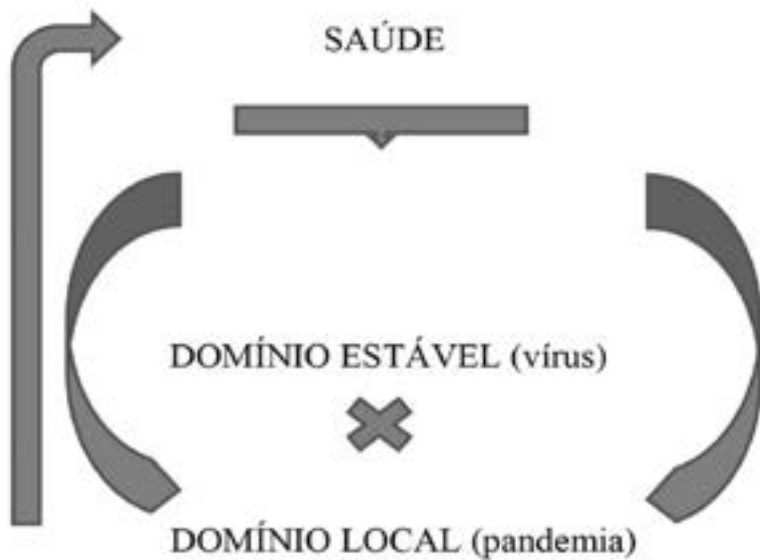
Pouco tempo depois, em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada como pandemia pela mesma OMS, vez que atingiu 156 países, em sua maioria europeus, oportunidade em que o diretor-geral da OMS convocou um comitê de especialistas. Os casos confirmados no mundo, até 23 de abril de 2020, atingiram o total de 2.544.792, com o acréscimo de 73.657 novos casos em relação ao dia anterior. Foram 175.697 mortes, com 6.689 novos óbitos em relação ao dia anterior. E tais números só aumentavam.

Com esteio nos domínios locais listados, especialmente no espaço mental da pandemia, passa-se a saber acerca da atual realidade mundial pela disseminação da Covid-19, conforme o gráfico a seguir.

5 OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha Informativa Covid-19**. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. [Em linha]. Brasília, 23 abr. 2020.

6 Ibidem..

Gáfico 2: Da realidade mundial pela disseminação da Covid-19 até 2021



Fonte: Daniel Blume

É importante observar que esse esquema é um construto inicial limitado a um nível de cognição que mostra apenas o extraordinário do problema de saúde pública: exorbitante número de contaminados, de internados, de mortes, de covas, inferido pelo conhecimento prévio que se tem sobre pandemia de um vírus que provoca a doença Covid-19.

Só que, ao mesmo tempo, o termo pandemia opera, neste caso, como um gatilho (*trigger*) para referir-se a um alvo (*target*), localizado em outro espaço mental:⁷ a sociedade, não propriamente uma cidade, um estado, um país, uma comunidade transnacional, mas o mundo, o globo. A expressão problema social de saúde pública dispara tal gatilho para cidadão, Direito, humanidade, garantias, direitos fundamentais, responsabilidade e Estado, além de estabelecer a projeção entre duas áreas: a da Saúde Pública e a do Direito.

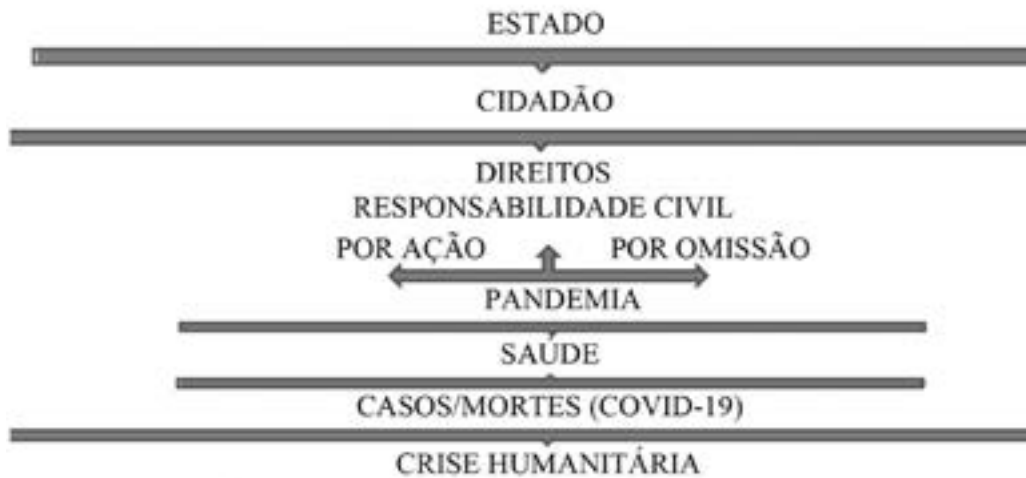
⁷ MARINHO, Elyssa Soares; FERRARI, Lilian – Mesclagem conceptual em piadas curtas. **Revista Linguística**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Vol. 12, n. 1 (jan./jun. 2016), p. 147-160.

Gáfico 3: A projeção da Covid-19 entre a Saúde Pública e o Direito

Fonte: Daniel Blume

Caso o processo de cognição analisasse a pandemia do coronavírus apenas na saúde, o construto abarcaria os sintomas, o médico, o hospital, a gravidade da doença, a profilaxia, o risco de morte, o sofrimento das famílias, a perda, entre outras. Como as mortes são em escalas assustadoras, não só pela doença, mas pela falta de leitos, de respiradores, de vacina, de medicamentos, de profissionais da área de saúde, de máscara, entre outros, pressupõe-se que falta infraestrutura de toda ordem e que a responsabilidade passa a ser imediatamente exposta por um suposto não-fazer que repercute concretamente na pressuposição de um fato omissivo. Veja-se que, para a responsabilidade civil ser capturada, o processo cognitivo precisa atravessar a omissão. Ou seja, o problema de saúde pública cobra a responsabilidade civil e desmascara a omissão: aquilo que o Estado não fez (ou fez insuficientemente), mas que produz efeitos. A análise articula o cenário social de crise à responsabilidade e retorna para o que não foi feito pelo Poder Legislativo, o que favoreceu não ter sido feito também pelo Poder Executivo, ocasionando, em hipótese, o *quantum* indenizatório pelo dano.

Gráfico 4: O problema na saúde pública gera a responsabilidade civil estatal



Fonte: Daniel Blume

O esquema acima manifesta quão central é a responsabilidade civil que pode ser ocasionada também pela omissão. O domínio estável desse conceito, que é do âmbito do Direito, em que a questão pandêmica é projetada, encontra-se em Almeida (2021)⁸, publicação resultante da pesquisa de mestrado realizada na Universidade Autônoma de Lisboa. Ou seja, temas que versam sobre a constitucionalidade da responsabilidade civil do Estado e das entidades públicas, por ação ou omissão, quando do exercício de suas funções.

Aos serem buscados os domínios estáveis dessa relação entre os implicados na pandemia, observei que a mesma responsabilidade civil incide sobre a garantia dos direitos à dignidade humana nos domínios mais diversos da existência, precisando cada país manifestar constitucionalmente as prerrogativas da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹. Nesse documento está declarado, inclusive, que todo ser humano tem igual direito a ter acesso ao serviço público do seu país.

Observando os incisos I e VI do artigo 19 da Constituição da República Portuguesa, por exemplo, o exercício dos direitos, liberdades e garantias apenas pode ser suspenso em caso de estado de sítio, ou de

8 ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **Omissão legislativa e Covid-19: responsabilidade civil do estado no direito português comparado ao brasileiro**. Lisboa: LEGIT EDIÇÕES, 2021.

9 ONU. Organização das Nações Unidas – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Rio de Janeiro, jan. 2009.

estado de emergência. Porém, em nenhuma hipótese, essa declaração do estado de emergência, que é o caso particular da pandemia do coronavírus, pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania. Da mesma forma, não pode afastar a posterior responsabilização do Estado, se o futuro mostrar que as medidas estatais legislativas foram insuficientes ou insatisfatórias, até porque o estado de exceção tende a gerar danos.

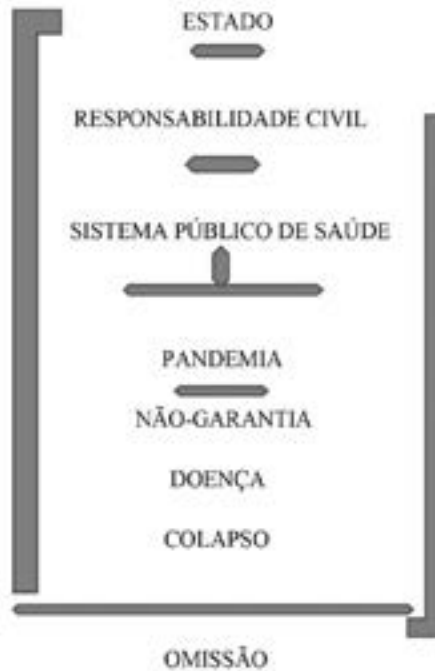
Repisa-se que o legislador não pode eximir-se do dever de elaborar as normas pelas quais os direitos e as garantias constitucionais tornam-se exequíveis, em especial quando se fala de vida e saúde humanas. Portanto, na espécie, pode haver responsabilização estatal, se presentes os seus consabidos pressupostos, a saber: o fato jurídico consubstanciando em uma omissão legislativa relevante ou qualificada; a ilicitude legislativa por ofensa do dever de agir imposto pela Constituição ao legislador, em prejuízo de bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais, justamente por não ter o serviço público atuado para evitar a produção de danos ao longo da pandemia, dentro do razoável, exigível e possível; a culpa do legislador que deveria e poderia ter aprovado normas para atenuar ou mesmo contornar as consequências pandêmicas; o dano anormal que ultrapassa os custos próprios da vida em sociedade, ainda que em períodos de restrições excepcionais; e o nexo causal entre o dano e a omissão legislativa, se a promulgação da lei ausente (ou deficiente) evitasse (ou arrefecesse) o mal específico.

Ocorre que, no século XXI, há princípios plenamente aplicáveis que regem as relações entre Estado e cidadãos, que devem ser levados em consideração pelos três poderes estatais, à luz do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, razão pela qual não há concessões constitucionais no que toca às garantias dos referidos direitos fundamentais, mesmo em estado de exceção ou emergência decorrente destes tempos maus da Covid-19.

De acordo com a chefe do Poder Executivo da União Europeia, Ursula von der Leyen, sequer há, atualmente, legislação suficiente que aborde diretamente o espetáculo pandêmico de uma crise humanitária,

do qual decorre a dificuldade que a União Europeia¹⁰ tem enfrentado para exercitar a solidariedade comunitária, nestes tempos maus. A seguir, a imagem gráfica do problema:

Gráfico 5: A pandemia como crise humanitária



Fonte: Daniel Blume

O termo colapso é uma metáfora para a projeção da realidade social caótica. Foi um termo muito empregado, no momento, pelos da área de saúde. Dizia respeito a um evento fatal e súbito, uma projeção que a voz do sistema público de saúde realizou com frequência para justificar a quarentena, cuja necessidade se manifestava pela repetição incessante do enunciado “Fica em casa”, de onde se entendeu ser uma exigência pública da qual se pressupunha ser preciso o isolamento social para que o sistema de saúde não se esgotasse, quando, talvez, já estivesse esgotado antes do episódio pandêmico.

Infelizmente, o sistema de saúde não estava garantindo esse direito a todos os cidadãos, nem em tempos de normalidade, já que não havia leitos suficientes, nem respiradores, nem profissionais da área da saúde, nem remédio para todos, enquanto a vacina era aguardada. O colapso aconteceu.

¹⁰ PINTO, Ana Estela de Souza – **Sob pandemia, Europa fecha portas, protege mercados e rediscute união.** [Em linha] São Paulo: Folha de S.Paulo, 1º abr. 2020.

Gráfico 6: Colapso



Fonte: Daniel Blume

O esquema anterior é um dos construtos para se chegar ao sentido do enunciado “Fica em casa”. Invertendo, tem-se o sentido sociopolítico:

Gráfico 7: A responsabilidade estatal decorrente do Colapso



Fonte: Daniel Blume

Lendo o gráfico acima: todos tiveram que se trancar em casa por causa do agravamento do colapso do sistema de saúde, consequência da responsabilidade civil. Havia omissão legislativa para aquela situação de uma sociedade vitimizada pelo caos. Essa é uma discussão que não se esgotaria nesta pesquisa e que marcaria a sua continuidade, porque o suprimento das carências sanitárias exigidas pela pandemia e o desmascaramento da desigualdade social em tempos de crise aguda colapsam também o sistema econômico, mais um âmbito a ser discutido em outras investigações ou em outros construtos. A projeção pandêmica em nível econômico mudaria o rumo deste construto. Nossa projeção de interpretação do enunciado “Fica em casa” priorizou o domínio social do Direito.

Segundo Boaventura de Sousa Santos¹¹, a pandemia testa a solidariedade. Pandemia significa, sociopoliticamente, todo o povo e, ao mesmo tempo, provoca uma comoção mundial, para além de transnacional. É um momento em que a carência mundial se manifesta. Impossível falar de distanciamento social e de quarentena, sob a ordem pública do “Fica em casa”, enquanto milhares não têm as garantias necessárias para fazê-lo. A exemplo, o campo de Moria, na Grécia, onde ficam refugiados e imigrantes, com uma torneira de água para 1300 pessoas e falta sabão. Santos chama de Europa invisível, que se contrapõe à transparência do vírus que empalidece a luz dos mercados. A realidade pandêmica faz aparecer tudo o que está oculto, escondido, inclusive as consequências do que não foi feito, pensado, escrito, legalizado, diante de medo e morte. Medo da morte, caos que elimina a particularidade das pessoas. É o resultado da guerra entre os homens e o coronavírus.

Diante da ordem pública, transnacional, existe o reino das consequências e efeitos das omissões estatais. Diante da ausência de garantias aos cidadãos, fica evidente que os sistemas de saúde não estavam prontos para enfrentar a pandemia. Seria, sob a visão de Santos, um Estado de exceção antidemocrático, pois a quarentena faz transparecer a desigualdade, a discriminação dos menos favorecidos, a situação dos trabalhadores informais, a situação daqueles que não

11 SANTOS, Boaventura de Sousa – **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 14.

têm onde se abrigar e dos 25% da população mundial que vivem sem a infraestrutura necessária à vida digna apregoada pela declaração dos direitos fundamentais.

Questiona-se a quem cabe também a responsabilidade de garantir a quarentena a todos os cidadãos. Sem garantia, a quarentena, segundo o mesmo autor, reforça a visibilidade da obrigação não cumprida em tempos de crise. A pandemia do coronavírus não mata indiscriminadamente, porque atinge, em cheio e primeiramente, aqueles que não têm a mínima condição de seguir as orientações da Organização Mundial de Saúde. E, nessa realidade pandêmica, o que poderia sobressair da responsabilidade civil estatal sobressai da omissão, inclusive, legislativa.

CONCLUSÃO

Finalizando este artigo, mas não as reflexões que ele suscita, reafirmo que foi um tempo de viver a pandemia, de pensar a pandemia, de investigar as responsabilidades da tragédia humana acumulada e de focar na omissão legislativa. Inegáveis e inevitáveis são os efeitos da crise humanitária nesta pandemia do coronavírus: vemos o mundo em fratura, em quebra de famílias enterradas sem nome e sem despedida; milhares sem ar para respirar. Uma quebra entre a economia da saúde e a saúde pública, enquanto os gastos de emergência não alcançaram as necessidades, sob todo tipo de suspeita. E tudo ficou menos oculto, inclusive a responsabilidade civil por omissão também legislativa.

A responsabilidade civil do Estado é um caminho de progressiva responsabilização estatal. Há um crescente estreitamento dos campos vazios de normatividade em relação às omissões (e ações) estatais. Percebe-se que há princípios plenamente aplicáveis que regem as relações entre o Estado e os cidadãos, os quais exigem consideração pelos intérpretes, quando da análise dos casos de responsabilidade civil estatal (logo, da presença ou não dos seus pressupostos ou condições), razão pela qual, na contemporaneidade, é indispensável o cotejo da responsabilidade civil do Estado com os princípios da responsabilidade civil, a fim de se garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais

do lesado. Ressaltamos os princípios da primazia do interesse da vítima, da proteção e da solidariedade social.

Como visto, a responsabilidade civil consiste na necessidade imposta por lei a quem causa prejuízos a outrem de colocá-lo na situação em que estaria sem a lesão, mediante reconstituição natural ou indenização pecuniária. Ademais, o Estado pode responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, mesmo se o ato praticado for lícito, porém imponha a uma pequena parcela de pessoas um grande sacrifício em prol do interesse público.

Dessa forma, percebe-se que, no campo doutrinário, é quase unânime a existência de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. No campo da jurisprudência, há diversos julgados corroborando tal linha de pensamento. Portanto conclui-se que o Estado responde pelos danos causados a terceiros, decorrentes de normas inválidas ou válidas que imponham sacrifício desproporcional a certo segmento social em prol do interesse público. Tal há de ser verificado, no caso concreto, com esteio no princípio da dignidade humana, por meio de um juízo de ponderação entre o dano singular e o benefício coletivo.

Sobre a responsabilização estatal, o Estado ocupa uma posição peculiar, uma voz peculiar, vez que, possuindo o domínio do poder, é um forte candidato a violar direitos fundamentais. Nesses casos, é dever do Estado atuar preventivamente, a fim de evitar lesões aos direitos e proteger o cidadão. Ou seja, o Estado está obrigado não apenas a se abster de determinadas ações que violariam os direitos fundamentais, como está obrigado a agir quando os bens protegidos pelos direitos fundamentais estiverem ameaçados ou ofendidos.

Apesar do abismo dessa problemática com a efetividade, não deve haver tolerância em o Estado se abster, ou seja, em ser omissor. Há um dever qualificado de agir, desde que essa ação seja pautada na razoabilidade e na prudência, razão pela qual o Estado deverá responder pelos danos causados por omissão. A inércia legislativa pode gerar não apenas o dano ao indivíduo em casos em que era primordial

a atuação de uma lei: se houver mora, também, presencia-se um desrespeito à Constituição.

Em um sistema constitucional, em que há o dever de proteção do Estado, este não está livre para decidir se edita determinadas leis ou não. O indivíduo, cujo interesse é constitucionalmente protegido, pode ter seus direitos violados pela inércia legislativa, oportunidade em que surge uma pretensão contra o Estado. Em outras palavras, o legislador que permanece omissivo, ou se recusa a agir, viola não somente o direito constitucional objetivo, mas também o direito individual do cidadão.

A pandemia tende a passar. Suas marcas, não.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **Omissão legislativa e Covid-19: responsabilidade civil do estado no direito português comparado ao brasileiro**. Lisboa: Legit Edições, 2021.

BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Rio de Janeiro: Ed. Forense-Universitária, 1981.

FAUCONNIER, Gilles. **Mental Spaces**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. ISBN 978-05-21-44499-6.

LAKOFF, George & JOHNSON, Mark. University of Chicago Press, 1980.

MARINHO, Elyssa Soares; FERRARI, Lilian. Mesclagem conceptual em piadas curtas. **Revista Linguística**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Vol. 12, n. 1 (jan./jun. 2016), p. 147-160.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Rio de Janeiro, jan. 2009. Acesso em 23 jul. 2019. Disponível em: <[www:https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf](https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf)>.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha Informativa Covid-19**. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. [Em linha].

Brasília, 23 abr. 2020. Acesso em: 24 abr. 2020. Disponível:
<[ww:https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>.

PINTO, Ana Estela de Souza. Sob pandemia, Europa fecha portas, protege mercados e rediscute união. [Em linha] **Folha de S.Paulo**. São Paulo, 1º abr. 2020. Acesso em: 23 maio 2020. Disponível em: <[www:https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/sob-pandemia-europa-fecha-portas-protege-mercados-e-rediscute-uniao.shtml](https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/sob-pandemia-europa-fecha-portas-protege-mercados-e-rediscute-uniao.shtml)>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: DIÁLOGOS ENTRE A LINDB E A RECOMENDAÇÃO-PRESI CN 02/2020

KEEPING TRACK OF ADMINISTRATIVE DECISIONS IN THE BRAZILIAN GOVERNMENT: COMMENTARIES ON THE ACT OF INTRODUCTION TO BRAZILIAN LAW AND THE RESOLUTION PRESI CN/2020 ISSUED BY THE BRAZILIAN COUNCIL OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

Érika Capella Fernandes

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela UNESP. Professora de Direito Administrativo da UNISO. Procuradora do Município de Sorocaba. erika_capella@hotmail.com

Como citar este artigo:

FERNANDES, Érika C. Controle da administração pública brasileira: diálogos entre a LINDB e a Recomendação-Presi CN 02/2020. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 187 - 214.

Enviado em: 2/5/2021 | Aprovado em: 17/8/2022

Resumo: O objetivo deste artigo consiste em analisar a Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. A Recomendação demonstra algumas preocupações similares àquelas que motivaram as alterações promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O artigo se propõe a analisar os dispositivos da recomendação, identificando suas semelhanças aos dispositivos inseridos na LINDB, e também trata do papel do controle da Administração Pública, em especial na fiscalização das políticas públicas. Assim, conclui-se que o principal objetivo da recomendação consiste em delimitar o espaço dos atos de gestão e dos atos de controle, o que se revela premente para garantir melhor funcionamento e eficiência da gestão pública.

Palavras-chave: Recomendação PRESI-CN 02/2020; Lei 13655/2018; Administração Pública; Fiscalização das políticas públicas.

Abstract: *This article aims to analyze Resolution PRESI CN/2020, issued by the Brazilian Council of Public Prosecutors (Conselho Nacional do Ministério Público – “CNMP”). The Resolution reveals some concerns by the council that are similar to those which led to the enactment of Law No. 13.655 as an amendment to the Act on the Introduction of Brazilian Law. The sections of this Resolution, in this sense, shall be examined in comparison with Law No. 13.655. The paper also discusses the role of auditing in public sector. Through this approach, it can be concluded that the main goal of this Resolution seems to establish the limits between legal and illegal use of discretionary power by the public administration. Thus, it is necessary to have such clear distinction in order to achieve an efficient public administration.*

Keywords: Resolution PRESI CN 02/2020; Law No. 13.655/2018; Public Administration; Keeping track of public policies.

Sumário: Introdução; 1. A Lei 13.655/2018 e as alterações promovidas na LINDB; 2. A Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020 e o papel do controle; 2.1. A parte introdutória da Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020; 2.2. O papel do controle no Estado de Direito; 2.3. A esfera de discricionariedade administrativa do gestor público; 3. Análise dos dispositivos da Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A Recomendação Conjunta PRESI-CN 02/2020 foi emitida em conjunto pelo Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público e pelo Corregedor Nacional do Ministério Público, e publicada no dia 19 de junho de 2020.

Conforme consta na ementa do texto, o documento recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas.

Em suma, trata-se de importante orientação do Conselho aos membros integrantes da instituição, no que se refere ao exercício da fiscalização das políticas públicas.

Nos termos do artigo 18, inciso X, do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público, ao Corregedor Nacional compete “expedir recomendações orientadoras, não vinculativas, destinadas ao aperfeiçoamento das atividades dos membros, órgãos e

serviços auxiliares do Ministério Público”. Portanto, a recomendação não possui efeito vinculante ou impositivo, porém fixa importantes orientações aos membros do órgão ministerial.

De fato, a recomendação traz importantes prescrições aos membros da instituição, ao atuarem na atividade típica de fiscalização das políticas públicas.

Contudo, após sua edição, diversas entidades se mobilizaram contrariamente à recomendação. A suspensão da recomendação foi solicitada pelas seguintes entidades: Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (AMPDFT).

Em 23 de junho de 2020, o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) decidiu, por maioria de votos, pela manutenção da vigência da Recomendação.

Em que pesem as divergentes opiniões que se seguiram à publicação do ato, é importante notar que o texto, em especial no capítulo “respeito às decisões administrativas”, guarda estreita consonância com os dispositivos inseridos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por meio da Lei 13.655/2018.

O presente artigo objetiva analisar os principais pontos da recomendação editada pelo Conselho Superior do Ministério Público, cotejando com as disposições inseridas na LINDB. Espera-se, com o presente texto, contribuir para a reflexão sobre importante tema relativo ao controle da Administração Pública brasileira.

1. A LEI 13.655/2018 E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA LINDB

A Lei 13.655/2018, publicada em 25 de abril de 2018, inseriu novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) referentes à aplicação do direito público. O novo diploma pode ser considerado uma das inovações jurídicas mais complexas

dos últimos tempos, uma vez que se propôs a diminuir a insegurança jurídica na atividade estatal e aprimorar a gestão pública nacional.

Assim como ocorreu na edição da Recomendação Conjunta PRESI-CN 02/2020, também houve uma grande mobilização de grupos da comunidade jurídica em torno da LINDB.

Embora o projeto de lei tenha sido apresentado em 2015, a nova lei foi fruto de uma longa maturação, desenvolvida em especial no ambiente acadêmico da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público, inclusive com a formulação de um anteprojeto de lei pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto.

A proposta legislativa que originou a alteração da LINDB teve início com debates acadêmicos, que apontavam uma dificuldade no diálogo entre instituições de controle e gestores públicos, com grandes prejuízos para o próprio funcionamento da Administração.

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal de 1988 zelou pela atuação de órgãos de controle interno e externo da Administração Pública. Porém, com o passar dos anos, na busca por combater desmandos e posturas patrimonialistas, as instituições de controle adquiriram um crescente papel de forte protagonismo, inaugurando-se cada vez mais um verdadeiro culto ao controle.

Diante de um controle de características notadamente mais repressivas, e diante da possibilidade de sofrer responsabilização simultânea em diferentes órgãos controladores, assistiu-se a uma crescente retração por parte dos administradores, temerosos de eventuais responsabilizações. Neste sentido:

Todo o esforço empreendido foi em instrumentalizar o mais amplamente possível o exercício do controle externo da Administração Pública, num progressivo *crescendo* com o fim de impor limites e combater o patrimonialismo e o fisiologismo tão arraigados em nossas práticas. (...) De todo modo, o esforço foi e é válido porque mesmo hoje a Administração Pública Brasileira está permeada de elementos autoritários que demandam plena sindicabilidade judicial. Para tanto, os

publicistas contavam – e ainda contam – com a efetiva participação do Ministério Público, dos Tribunais de Conta e do Poder Judiciário. A ideia era que esses órgãos seriam nossa salvaguarda, nossa proteção contra os arbítrios cometidos por aqueles que se adornam do poder no exercício de função política ou administrativa.¹

Todavia, o autor Rodrigo Valgas esclarece que tal estado de coisas acabou cobrando o seu preço, pois, ao ficar sujeito a uma miríade de responsabilizações, o administrador passou a exercer de modo timorato as suas funções.²

No cenário caracterizado por um controle muito forte e rígido, e um gestor público que desempenha suas funções de modo temeroso e retraído, o resultado prático é uma ineficiência na gestão pública, um desincentivo à gestão proativa, uma perigosa estagnação administrativa.

De fato, o modelo de controle tradicional tem características fortemente inibidoras da liberdade e autonomia do gestor público. Com isso, instalou-se o que Fernando Vernalha Guimarães denominou de “crise da ineficiência pelo controle”³, para se referir ao cenário em que os gestores públicos ficam acuados, não atuando na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas principalmente para se proteger.

A esse respeito, esclarece Guimarães:

Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública. É claro que o controle sobre a atividade administrativa é algo imprescindível e inevitável. O ponto que parece merecer maior reflexão é precisamente a cultura do excesso de

1 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 36.

2 Ibid., p. 37.

3 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo**: a crise da ineficiência pelo controle. Direito do Estado, Brasil, 31 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

controle, que vem gerando efeitos colaterais indesejáveis, favorecendo a proliferação de ineficiências.⁴

Na busca pelo combate a essa letargia administrativa, foi apresentado o texto da nova LINDB. Assim, nasceram as propostas de conter as intervenções excessivas na esfera de liberdade decisória do administrador, aumentando-se a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle.

Durante a tramitação, houve muitas discussões, publicações e estudos. Instituições como o Conselho Nacional do Ministério Público posicionaram-se a favor da nova lei.⁵ Por outro lado, houve firme resistência por parte dos órgãos de controle e associações de classe.

Em que pesem as críticas, o projeto foi aprovado em ambas as Casas Legislativas e foi sancionado pelo Presidente da República, após o veto parcial de alguns dispositivos.

A lei foi publicada em 25 de abril de 2018 e, não obstante já haver passado aproximadamente três anos de sua publicação, as discussões sobre seus dispositivos permanecem atuais.

No ano seguinte à aprovação da lei, foi editado o Decreto 9.830/2019, que regulamentou os dispositivos legais, bem como houve a formulação de 21 enunciados do IBDA sobre a LINDB.

Em suma, é fundamental a compreensão de que a inclusão dos novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não veio no sentido de restringir a importante função desempenhada pelos entes de controle, mas de conter eventuais excessos de um controle muito rígido, buscando preservar algum espaço de capacidade de gestão. A esse respeito:

Sustenta-se que a Lei n. 13655/2018 teve como propósito inibir o controle que obstaculiza em demasia o atuar administrativo e tem como principal escopo melhor garantir a “segurança jurídica”. Contudo, os propósitos vão além, ou seja, concomitantemente com

4 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle.** Direito do Estado, Brasil, 31 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

5 DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael. **Segurança jurídica na aplicação do direito público – comentários à lei 13.655/2018.** Salvador: Juspodivm, 2019. p. 10.

a atuação segura do Administrador, com previsibilidade de consequências e responsabilidades, também se visa a uma maior “eficiência na aplicação do direito público”, que muitas vezes se aprimora em razão dos ajustes apontados no controle (administrativo ou judicial) efetivo. A rigor, o controle da administração também deverá ser aprimorado e mais eficiente, tanto no sentido de melhor constatar imperfeições (incluindo, por exemplo, o combate ostensivo à corrupção), como sob a perspectiva de que não seja excessivo e inibitório da eficiente gestão pública.⁶

Com efeito, a nova lei não buscou cercear o controle, mas aperfeiçoá-lo, diminuindo-se assim a insegurança jurídica.

Seus dispositivos, se bem aplicados, podem auxiliar a resolver o dilema do fenômeno que se tornou conhecido como “Direito Administrativo do Medo”, ou seja, o crescente receio dos gestores diante de inúmeras possibilidades de responsabilização junto aos órgãos de controle.

Um dos objetivos da inclusão dos dispositivos na LINDB consistiu justamente em propiciar uma solução à cultura dos excessos do controle e à consequente paralisia administrativa. Nesta linha de raciocínio, faz-se oportuno proceder a uma breve análise dos novos dispositivos para, posteriormente, compreender sua relação com a Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020.

Considerado uma das principais novidades da LINDB, o artigo 20 buscou reduzir subjetivismos e voluntarismos nas decisões, exigindo um reforço no ônus argumentativo do órgão que irá tomar uma decisão, seja ele o próprio administrador ou o controlador.

Uma vez que os textos normativos são abertos e a aplicação do direito não é uma operação matemática, o novo dispositivo legal buscou reforçar a exigência de aprofundamento da decisão. Assim, não se admitem decisões meramente com base em valores jurídicos abstratos, que desconsiderem as consequências práticas da decisão. O controlador deverá sempre levar em consideração as consequências práticas da decisão a ser tomada.

6 DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael. **Segurança jurídica na aplicação do direito público** – comentários à lei 13.655/2018. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 64.

Em sentido similar, o artigo 21 da nova lei propõe uma transformação na teoria das invalidações. Se um ato administrativo possui vícios mais leves, o melhor raciocínio é permitir convalidações e manutenção dos seus efeitos, procurando evitar invalidações que tragam mais prejuízos do que benefícios.

O artigo 23 da lei prevê um regime de transição quando houver nova interpretação sobre uma norma de conteúdo indeterminado, de modo a impedir que se passe de uma antiga para uma nova interpretação de modo imediato e abrupto.

Na sequência, o artigo 24 da LINDB traz o princípio de segurança jurídica e da proteção da confiança, determinando que seja preservada uma decisão administrativa tomada em conformidade com orientações gerais e entendimento jurídico da época.

Houve veto ao artigo 25 da lei, o qual pretendia criar uma nova ação, para o Judiciário reconhecer a legalidade de atos e contratos da Administração.

O artigo 26 autorizou, de maneira geral, a celebração de acordos pela Administração Pública, e o artigo 27 estabeleceu a possibilidade de compensação no caso de prejuízos anormais resultantes dos processos.

Por sua vez, o artigo 28 tratou de tema sensível – a responsabilização do agente público somente em caso de dolo ou erro grosseiro. O artigo 29 estabeleceu que a edição de atos normativos pode ser precedida de consulta pública, e o artigo 30 previu a possibilidade de criação de precedentes que vinculem a conduta da Administração.

Entre os novos dispositivos, merece especial destaque neste trabalho o artigo 22 da lei, que se tornou conhecido como “primado da realidade”.

Segundo o artigo 22, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

Portanto, tem-se aqui uma determinação no sentido de que as especificidades da gestão pública sejam consideradas pelo julgador.

Segundo a doutrina, a previsão do primado da realidade seria despicienda de ser ressaltada, pois está pressuposta diante dos avanços da hermenêutica jurídica e suas transformações a partir da segunda metade do século XX.⁷

Com efeito, o positivismo ancorava-se em um modelo de mera subsunção legal. Com a superação do positivismo e surgimento das correntes pós-positivistas, passou-se a entender que há uma textura aberta que reveste parte do sistema jurídico, isto é, há uma zona de incerteza na norma. Cabe ao intérprete preencher esses espaços.

Portanto, o artigo 22 da LINDB guarda total relação com a hermenêutica jurídica contemporânea, no sentido de que os textos normativos não encerram uma teia fechada e que devem ser lidos em conjunto com a realidade. Assim, os órgãos de controle devem exercer seu múnus fiscalizatório, porém com a atenção de não substituir opções legítimas tomadas pela Administração Pública.

Inclusive, nesse sentido, foi editado o Enunciado 16 de interpretação da LINDB, fruto do Encontro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, ocorrido em Tiradentes no ano de 2019:

Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor.

Tem-se assim a ideia de que o órgão de controle deve adotar cautela para não se imiscuir em decisões que sejam discricionárias da gestão. Trata-se de adotar uma postura de “deferência” ou “autocontenção”:

Lastreado nos princípios da separação dos poderes e da legalidade, o princípio da deferência não significa nem tolerância nem condescendência para com a ilegalidade. Mas impõe o devido respeito às decisões discricionárias proferidas por agentes administrativos aos quais foi atribuída essa competência privativa. Os órgãos de controle externo podem controlar o devido

7 NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 61.

processo legal e a consistência da motivação nas decisões discricionárias, mas não podem se imiscuir no núcleo duro daquela competência. Precisam respeitá-la e garantir aos administradores públicos a segurança jurídica de suas decisões.⁸

Apesar das críticas dirigidas ao diploma legal, a ideia por trás da LINDB não foi de permitir que a Administração se esquive do controle, mas sim de aprimorar a segurança jurídica e melhorar a qualidade das decisões públicas.⁹

Ou seja, a Lei 13.655/2018 buscou diminuir as externalidades negativas do controle e propiciar uma maior calibragem do sistema “Controle x Gestão”.

Ao comparar os dispositivos da LINDB com aqueles presentes na Recomendação Conjunta PRESI-CN 02, de 18 de junho de 2020, recentemente editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, é possível notar muitos pontos em comum, como passaremos a expor.

2. A RECOMENDAÇÃO CONJUNTA PRESI-CN 02/2020 E O PAPEL DO CONTROLE

2.1. A parte introdutória da Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020

Na parte inicial do texto da Recomendação, constam algumas considerações introdutórias, as quais realçam o papel do Conselho Nacional do Ministério Público “na promoção da integração entre os diversos ramos, respeitada a independência funcional de seus membros, os limites das atribuições de cada órgão e a autonomia da instituição”.

Entre as considerações iniciais, consta ter havido nos últimos tempos um “crescimento dos conflitos de atribuição entre os diversos

8 MOREIRA, Egon Bockmann. **Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência**. Direito do Estado, Brasil, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>> Acesso em: 10 jan. 2021.

9 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle público e as pesquisas acadêmicas**. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>> Acesso em: 6 maio 2020.

ramos e unidades do Ministério Público Brasileiro, especialmente durante a pandemia da COVID-19”.

Diante desse cenário, a Recomendação buscou evidenciar a necessidade de que não se permita qualquer ingerência na independência funcional do Ministério Público, porém também realçou a necessidade de que “o exercício da função ministerial seja criteriosamente respeitoso com as atribuições alheias, tanto dos colegas da instituição quanto das autoridades públicas fiscalizadas”.

Com efeito, na parte inicial da Recomendação, nota-se uma preocupação especial em equilibrar a esfera dos atos administrativos de gestão e dos atos de controle:

CONSIDERANDO que a efetivação das políticas públicas se dá exclusivamente por atos administrativos de gestão e não por atos judiciais ou de controle;

CONSIDERANDO que a função ministerial é de controle e não de execução, e a decisão administrativa é parte fundamental da cadeia de execução da política pública;

CONSIDERANDO que a decisão administrativa em geral, e na execução de políticas públicas em particular, é atribuição exclusiva do gestor;

CONSIDERANDO que o controle do conteúdo da decisão administrativa que seja cometido por outro órgão que não de gestão transborda a análise objetiva de sua legalidade e enseja violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal de competência administrativa alheia;

CONSIDERANDO que não incumbe ao Ministério Público a eleição de políticas públicas, mas sim a atuação como agente indutor, proativo e resolutivo das garantias de efetivação dos direitos fundamentais decorrentes destas políticas.

A fim de melhor compreender os dispositivos transcritos, faz-se mister avaliar o papel do controle da Administração Pública.

2.2. O papel do controle no Estado de Direito

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

“a ideia de Estado de Direito, desde suas origens, é inseparável da ideia de controle. Há Estado de Direito,

não só quando a Administração Pública se submete à lei, mas também quando haja instituições hábeis para garantir essa sujeição à lei”¹⁰.

De fato, a ideia de controle da Administração Pública é inerente à própria existência do Estado de Direito.

A propósito, cumpre ressaltar que a origem do Direito Administrativo remonta à origem do Estado de Direito, fruto das revoluções europeias do século XVIII, em que se buscava conformar a atuação do Estado para submetê-lo ao império da lei.

A formação do direito administrativo teve início quando começou a se desenvolver o conceito do Estado de Direito. Na passagem dos Estados absolutistas para o Estado Moderno, começa a ideia de limitação dos poderes estatais e subordinação dos governantes às regras legais. Por meio dos vários sistemas de controle da Administração, passa a ser possível fiscalizar e garantir a submissão da Administração Pública aos preceitos legais.

Em um Estado democrático de direito, todas as pessoas da sociedade se submetem às normas previstas em lei, inclusive o poder público. Portanto, as atividades da Administração Pública ficam sujeitas ao controle exercido pelos próprios cidadãos e órgãos dos diversos Poderes.

O Estado não deve apenas impor normas jurídicas aos indivíduos, mas também fica sujeito às normas. Em suma, “a ideia de controle da Administração Pública é intrínseca a essa necessidade de proteger os delegatários do poder estatal contra o risco do seu exercício arbitrário”¹¹.

É possível definir o controle da Administração como “o conjunto de mecanismos que permitem a vigilância, a orientação e a correção da atuação administrativa, para que ela não se distancie das regras e princípios do ordenamento jurídico e dos interesses públicos que legitimam sua existência”¹².

10 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Limites do controle externo da administração pública:** ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? Gen Jurídico, 22 março 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/22/limites-do-controle-externo-da-administracao-publica-ainda-e-possivel-falar-em-discricionariedade-administrativa/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

11 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública.** Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

12 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 963.

Há diversas modalidades de controle, tais como o controle interno e controle externo; ou ainda o controle legislativo, administrativo e judicial. O controle interno é realizado por cada um dos poderes sobre seus próprios órgãos e agentes, enquanto o controle externo é realizado quando o órgão fiscalizador se situa fora do âmbito do poder controlado.

O controle legislativo representa a manifestação da vontade popular, uma vez que é realizado pelo Poder Legislativo. Por sua vez, o controle judicial é realizado pelo Poder Judiciário, mediante provocação da parte interessada. Já o controle administrativo é o controle interno que se dá no âmbito da própria Administração Pública.

Com o passar do tempo, verificou-se uma significativa evolução no sentido de aumentar as modalidades e a própria complexidade do controle.

Nessa seara, a Constituição de 1988 teve um importante papel, uma vez que garantiu plenas condições para o controle da Administração Pública, de modo que os entes de controle passaram a gozar de um status e importância nunca vistas em nossa história institucional.¹³

De fato, diante de uma Constituição dirigente, que atribuiu diversas tarefas e papéis ao Estado, a tendência natural foi o incremento do controle da Administração.

O controle sobre a atividade administrativa configura, pois, uma atividade imprescindível em um Estado de Direito. Todavia o que começou a despertar atenção dos publicistas foi justamente a cultura do excesso de controle, responsável por gerar efeitos colaterais indesejáveis.

Nesse sentido, cumpre notar que a tonificação e densificação do controle da atividade administrativa trazida com a Constituição de 1988 surgiu como uma possível resposta à farra de desmandos e frouxidão ética do gestor público historicamente percebida como uma patologia

¹³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 87.

da Administração Pública.¹⁴ Com isto, o culto ao controle cresceu e se alastrou cada vez mais. Porém, conforme ensina Guimarães, a disseminação da cultura do controle não veio acompanhada de ressalvas importantes em relação às tais externalidades negativas que dele podem derivar.¹⁵

Entre as possíveis externalidades negativas de um hiperativismo do controle, é possível citar: a falta de inovação na Administração Pública; a enorme morosidade; o afastamento dos bons nomes dos quadros da Administração¹⁶. Ademais, entre os vários efeitos indesejáveis de um sistema de controle disfuncional, talvez o principal seja o “exercício medroso da função administrativa”¹⁷.

Nesse raciocínio, os excessos do controle podem conduzir ao medo do gestor público e ao seu conseqüente imobilismo decisório, na contramão da busca por uma gestão pública eficiente. Diante de tantas esferas de responsabilização, em diferentes órgãos, o gestor é incentivado a não agir para não correr riscos.

Em consequência, inviabiliza-se o desenvolvimento eficiente e satisfatório da atividade administrativa. Afinal, a superexposição do gestor a riscos jurídicos conduz à sua inércia.

É preciso, pois, impedir a inação do administrador, delimitando o seu espaço de autonomia decisória. Com efeito, a garantia de uma margem de autonomia aos agentes públicos estatais se mostra fundamental.

14 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle.** Direito do Estado, Brasil, 31 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

15 Ibidem.

16 NIEBUHR, Joel; NIEBUHR, Pedro. **Administração Pública do Medo – Ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro é punido severamente.** Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-23112017>>. Acesso em: 5 maio 2020.

17 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 35.

2.3. A esfera de discricionariedade administrativa do gestor público

A discricionariedade administrativa pode ser compreendida como uma prerrogativa da Administração Pública de optar entre duas ou mais soluções, por aquela que melhor atenda ao interesse público no caso concreto.

Cumprido notar que a discricionariedade é de suma importância para o exercício da atividade administrativa estatal. É possível conceituar discricionariedade nos termos que seguem:

Discricionariedade é, na sua essência, a margem de liberdade para eleger entre atuar ou não; e, elegendo, atuar, definir a conduta mais percuente ante as circunstâncias concretas. Trata-se de margem de autonomia, de espaço de vontade de optar entre opções concedidas na norma, sopesando as ilações jurídicas, isto é, sendo essas opções de atuação ou de eleição entre consequências jurídicas. Como assinalado, é o espaço de autonomia conferido para as ações administrativas deontológicas.¹⁸

Portanto a discricionariedade é indispensável, na medida em que permite “o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”¹⁹.

Dessa forma, o controle da Administração não deve ser exercido a ponto de usurpar a esfera de discricionariedade da Administração Pública e substituir a decisão administrativa.

Ressalta-se que discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, pois a discricionariedade implica uma liberdade de atuação dentro da lei. Inclusive, o fato de um ato ser discricionário não impede o seu controle. O controle deverá ser feito para verificar se o ato se deu em conformidade com a moldura do ordenamento jurídico. Nesse contexto:

18 SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2015, Vol.7(2), p.150.

19 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.

O respeito à discricionariedade do gestor deve observância às balizas do ordenamento, bem como da razoabilidade, mas, uma vez que houve uma decisão que obedeceu princípios e regras e enfrentou circunstâncias concretas específicas, não cumpre ao controle substituir a decisão administrativa por outra que repute melhor.²⁰

Por conseguinte, preservar uma esfera de discricionariedade do gestor público – esfera esta que não será absoluta ou ilimitada – revela-se essencial, em benefício ao atendimento da gestão dos interesses públicos. Entendimento em contrário conduziria a um esvaziamento da função administrativa.

É nesse sentido que a parte introdutória da Recomendação do CNMP exorta os membros do órgão ministerial ao respeito com as “atribuições das autoridades públicas fiscalizadas”.

De um lado, deve o gestor público ter garantido o seu espaço de escolhas públicas. De outro lado, o papel dos organismos de controle consistirá justamente em avaliar a racionalidade das escolhas administrativas que foram realizadas.

Talvez um dos maiores desafios do direito administrativo na atualidade consista justamente em estruturar um sistema de controle que seja eficiente, porém sem engessar a Administração. O maior desafio será construir esse equilíbrio, sem inibir o controle e sem obstaculizar a gestão.

Tal preocupação guarda total relação com os novos dispositivos inseridos na LINDB, em especial seu artigo 22. A mesma preocupação foi acertadamente veiculada na Recomendação ora objeto de análise, na medida em que esta dispôs que ao gestor cabe a decisão administrativa, enquanto a atuação do Ministério Público deve ser de um “agente indutor, proativo e resolutivo das garantias de efetivação dos direitos fundamentais”.

Trata-se, pois, da tentativa de que o administrador e o ente controlador sejam vistos, em uma nova ótica, como parceiros e não mais como rivais.

²⁰ NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 68.

3. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DA RECOMENDAÇÃO CONJUNTA PRESI-CN 02/2020

A Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020 tem caráter orientativo, ou seja, pretende orientar a atuação dos membros integrantes da instituição, no que concerne à fiscalização das políticas públicas.

Primeiramente, é preciso notar que a recomendação não é ato vinculante, trata-se na verdade de “uma modalidade de *soft law*, ou seja, de direito não impositivo que almeja buscar compromissos voluntários, firmar consensos”²¹. Ainda assim, tem importante papel no processo interpretativo, auxiliando a conferir sentido às normas jurídicas.

A recomendação possui oito artigos e é dividida em cinco capítulos: atribuições dos ramos e unidades; respeito às decisões administrativas; atuação em busca da transparência; diálogos interinstitucionais; e compartilhamento de dados e boas práticas.

Dispõe o artigo 1º da Recomendação:

Art. 1º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que atentem para os limites de suas funções institucionais, evitando-se a invasão indevida das atribuições alheias e a multiplicação dos conflitos daí resultantes.

§ 1º A atuação de controle dos atos normativos e de gestão emanados pelas autoridades municipais e estaduais compete ao Ministério Público dos Estados.

§ 2º A atuação de controle dos atos normativos e de gestão emanados pelas autoridades federais compete ao Ministério Público Federal.

§ 3º Nas questões que envolvam a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, observar-se-ão as divisões de atribuições baseadas nas competências estabelecidas pela Constituição da República para a Justiça Federal e Estadual.

§ 4º Nas questões de controle de políticas públicas que envolvam atuação articulada de mais de um ente da

21 MOTTA, Fabrício. **A recomendação necessária expedida pelo CNMP**. Consultor Jurídico, 9 julho 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/recomendacao-necessaria-expedida-cnmp>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

federação observar-se-ão os mesmos critérios definidos nos §§1º e 2º deste artigo.

§ 5º Nas questões que envolvam o repasse de recursos federais, o critério de atribuição a ser observado respeitará o disposto nas Súmulas 208 e 209 do Superior Tribunal de Justiça, as quais estabelecem que compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante o órgão federal e à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

§ 6º Aos que se encontrem atuando sob a forma de grupos de trabalho, forças-tarefa, gabinetes de crise, colaboração ou outras formas assemelhadas, recomenda-se o rigoroso respeito às atribuições dos órgãos de execução naturais.

No *caput* do artigo 1º da Recomendação, nota-se uma preocupação em “evitar a invasão indevida nas atribuições alheias”, ou seja, evitar a usurpação da função administrativa.

Nos parágrafos do artigo 1º, revela-se uma preocupação com a sobreposição das instâncias de controle do mesmo ato administrativo. Tal preocupação já estava esboçada na parte introdutória da recomendação, quando expôs ter havido “crescimento dos conflitos de atribuição entre os diversos ramos e unidades do Ministério Público Brasileiro, especialmente durante a pandemia da COVID-19”.

Ressalta-se que uma das principais características do chamado “direito administrativo do medo” consiste na sobreposição das instâncias de controle, pois um mesmo ato administrativo pode ser controlado pelo Ministério Público, Tribunal de Contas, Poder Judiciário etc.

Em prosseguimento, dispõe o artigo 2º da Recomendação:

Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre

as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

O artigo 2º demonstra a preocupação em respeitar os limites da discricionariedade administrativa do gestor público.

De fato, o gestor público ocupa uma posição de comando na estrutura hierárquica da Administração Pública. É ínsito à sua atividade que seja dotado de certo grau de autonomia para operar a máquina administrativa. Por tal razão, o próprio legislador edita algumas normas abertas, delimitando o espaço a ser preenchido pela discricionariedade do gestor.

Com efeito, é preciso considerar que a Administração Pública é a maior intérprete do Direito. Ao editar uma lei, o Congresso cria competências à Administração Pública que, para executá-las, precisa interpretar o texto da lei e, também, todas as demais normas correlatas.²²

Por esta razão, Juliana Bonacorsi de Palma afirma que o comando de interpretação é dirigido primeiramente ao gestor público, isto é, a competência primária de implementação da lei é da Administração, tendo esta a preferência da interpretação. Essa é a base das teorias da deferência, o seja, das ideias de que o controlador deve respeitar a decisão pública.²³

Dessa maneira, há um estímulo para que se respeitem as opções jurídicas e políticas do administrador, desde que devidamente fundamentadas. Afinal, a discricionariedade é ínsita à própria atividade da Administração Pública:

En cuanto a su justificación, la discrecionalidad administrativa ha sido, es y seguirá siendo, uno de los grandes problemas del Derecho Público. Y es que la potestad discrecional de la Administración es indispensable para esta última realizar sus funciones, toda vez que la Ley no puede regular las múltiples,

22 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle público e as pesquisas acadêmicas**. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2020.

23 Ibidem.

cambiantes y complejas relaciones sociales. De allí que el legislador no está en capacidad de prever la gama de circunstancias que pueden presentarse y conciliarla adecuadamente con las exigencias del interés público. Por consiguiente, la potestad discrecional es indispensable para el funcionamiento de la actividad administrativa.²⁴

Nota-se, portanto, que não há uma liberdade absoluta para o gestor. O exercício de sua discricionariedade deve ser exercido dentro dos parâmetros legais. Ocorre que, em se tratando de normas de textura aberta, não haverá uma única solução possível, mas sim um leque de alternativas e opções administrativas.

Nessa seara, o papel do órgão de controle consistirá em avaliar se a decisão tomada estava dentro da esfera de atuações delimitada para o gestor público:

As decisões administrativas deverão avaliar concretamente as eventuais soluções possíveis, notadamente na interpretação de conceitos abertos, considerando os prós e contras da adoção de cada qual. A atividade de controle, por outro lado, somente poderá examinar as eventuais alternativas que se apresentavam ao gestor, por se tratar de fiscalização de conformidade — cabe ao gestor identificar as alternativas, sopesá-las e decidir; ao controle cabe a posterior verificação da decisão diante do cenário posto. Nesses casos, os órgãos de controle devem deferência à opção feita pelo gestor.²⁵

Portanto, a preocupação trazida no artigo 2º da Recomendação guarda estreita semelhança com aquela esboçada nos dispositivos da LINDB, sobretudo em seu artigo 22.

Por sua vez, estabelecem os artigos 3º e 4º da Recomendação:

Art. 3º Recomendar que o Ministério Público brasileiro, na fiscalização da atuação dos gestores, exija a transparência e a probidade em relação aos atos de gestão.

24 RODRÍGUEZ, Manuel Enrique Ventura. Las potestades normativas y sancionatorias municipales en materia ambiental: una visión comparada. *IVSTITIA*, ano 20, n. 236-237, agosto setembro 2006, p. 31-42.

25 MOTTA, Fabrício. **A recomendação necessária expedida pelo CNMP**. Consultor Jurídico, 9 julho 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/recomendacao-necessaria-expedida-cnmp>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Parágrafo único. No exercício de suas atribuições, recomenda-se ao Ministério Público brasileiro que fiscalize a adequada alimentação dos sistemas informatizados que integram a política pública, com a finalidade de permitir que a execução e o controle dos atos de execução sejam baseados em dados fidedignos.

Art. 4º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro a ampliação do diálogo interinstitucional, especialmente com os órgãos fiscalizados, como meio de fortalecer o controle proativo e resolutivo da política pública, bem como viabilizar e racionalizar o acesso às informações.

O artigo 4º guarda especial relevância, pois traz a ideia de aprimorar o diálogo entre controlador e gestor. Pretende-se “ampliar o diálogo interinstitucional”, ou seja, obter uma maior integração entre controlador e gestor.

É bastante elogiável tal previsão, na medida em que estimula a construção de um ambiente institucional que tente eliminar o conflito entre gestores e controladores logo em sua origem, por exemplo, com debates consultivos no momento de formulação da política pública. Portanto, há estímulo a um espaço de construção de consenso.

É importante substituir o ambiente de antagonismos e embates por um maior diálogo entre gestores públicos e entes de controle, com vistas a assegurar uma maior “funcionalidade e estabilidade do sistema administrativo”²⁶.

Esse espaço institucional de construção harmônica das políticas públicas, marcado por maior diálogo entre controladores e gestores, naturalmente traria maior segurança jurídica aos últimos, sem restringir a atuação dos primeiros.

Na sequência, dispõe o artigo 5º da Recomendação:

Art. 5º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro critério e racionalidade no exercício do poder requisitório, de modo a permitir que os gestores mobilizem seus esforços na execução da política pública e não na confecção de respostas.

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Hiperativismo do Controle versus Inércia Administrativa**. Jota, 18 abril 2018. Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>. Acesso em: 13 maio 2020.

§ 1º Evitar a expedição de notificações e requisições de informações que já se encontrem disponibilizadas em sistemas abertos de consulta.

§ 2º Evitar a expedição de ofícios e requisições relacionados a temas inseridos nas atribuições de outros órgãos de execução, bem como que já tenham sido objeto de anterior requisição atendida.

§ 3º Fixar prazos razoáveis para o cumprimento das requisições e ofícios.

Trata-se de importante previsão, uma vez que muitas vezes o gestor dedica mais tempo em responder ao ente de controle, do que propriamente focar na melhoria da gestão pública:

Entre alocar o tempo escasso - assim como os recursos públicos - em modelar contratos administrativos, conduzir procedimentos, elaborar políticas públicas, fomentar o diálogo com a sociedade por meio de audiências e de consultas públicas e responder aos controladores, a resposta é inequívoca: os gestores priorizam as demandas dos controladores.²⁷

A Recomendação busca evitar o desvirtuamento da atividade-fim, ou seja, pretende impedir que os gestores públicos destinem mais esforços a atender às demandas dos controladores do que a cumprir as atividades-fim da Administração Pública.

Por fim, cumpre notar os últimos dispositivos da Recomendação:

Art. 6º Recomendar aos órgãos de execução o estreitamento das relações interinstitucionais com Conselhos de Direitos, Comissões Intergestoras e outras instâncias decisórias eventualmente existentes, como meio eficaz para a garantia de efetivação e de proteção da política pública das interferências de interesses externos.

Art. 7º Recomendar, por fim, que as boas práticas e estratégias de atuação, já implementadas ou decorrentes do cumprimento destas, sejam comunicadas à Comissão da Saúde do Conselho Nacional do Ministério Público, para a devida publicização e compartilhamento com o Ministério Público brasileiro, em especial, por meio

²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 28.

do Banco Nacional de Projetos do CNMP (<https://bancodeprojetos.cnmp.mp.br/>).

Art. 8º Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Em seus oito artigos, a Recomendação Conjunta Presi-CN 02/2020 conseguiu dar tratamento a uma das matérias mais importantes – e polêmicas – do direito público brasileiro: o controle externo da Administração Pública.

O controle da Administração é assunto tão importante quanto polêmico, o que pode ser comprovado pelos sucessivos debates que precederam à edição da LINDB.

De fato, tratar desse tema é matéria sensível, uma vez que “qualquer proposta de revisão ou mudança (mesmo que visando ao seu aperfeiçoamento) do controle sempre pode ser recebida como uma tentativa ardilosa de enfraquecer os controles e, portanto, favorecer a bandalheira”²⁸. Todavia é preciso considerar que o sistema de controle atualmente existente também não tem sido eficiente para coibir abusos e desvios. Desse modo, faz-se necessário pensar em um aperfeiçoamento do sistema de controle, que permita aferir o quanto a atividade administrativa está revertendo em prol do administrado, e que não sirva de entrave ao bom funcionamento da Administração.

As alterações promovidas na LINDB buscaram justamente propiciar esse reposicionamento do controle. Os dez novos dispositivos legais abriram caminho para que se discutisse a necessidade de uma composição entre administrador e controlador, diminuindo as disputas entre ambos.

Tanto a proposta da LINDB quanto a proposta da Recomendação não representam tentativas de fomentar a impunidade dos gestores, fulminando o controle dos atos administrativos, como apontaram alguns críticos ao Projeto de Lei ou à Recomendação.

O objetivo perseguido com a edição da LINDB ou com a Recomendação Conjunta PRESI-CN 02/2020 não foi de condicionar ou restringir a atuação dos órgãos de controle, mas de substituir um

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

excesso de litigiosidade entre controlador e gestor por uma colaboração entre esses atores.

Nos termos propostos, mediante o amadurecimento da gestão e das instituições de controle, substituindo-se o excesso de belicosidade entre ambos por um diálogo interinstitucional, acredita-se ser possível conferir maior eficiência à gestão pública.

CONCLUSÃO

A nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro veio a lume após intensos debates, os quais revelavam uma grande polarização entre o gestor e os órgãos de controle. Porém, passados praticamente três anos da edição da nova lei, evidencia-se a necessidade de construir um ambiente institucional que evite essa polarização entre administrador e controlador. Os esforços devem se dirigir para um espaço de construção de consenso entre as instituições.

É preciso vislumbrar um espaço institucional de construção harmônica das políticas públicas, em que o gestor sinta segurança suficiente para decidir, ao mesmo tempo em que o controlador seja dotado de ferramentas para acompanhar a implementação das políticas públicas – sendo visto, nesta ótica, como um parceiro, e não mais como um rival.

Foi esse novo cenário que a LINDB tentou sinalizar – uma reformulação do modelo tradicional de controle. E a Recomendação expedida pelo Conselho Superior do Ministério Público, não obstante inicialmente ter tido uma recepção controvertida por algumas entidades, seguiu essa mesma tendência, pretendendo equacionar gestão e controle.

Assim, a manutenção do texto da Recomendação, tal como editado, merece elogios, por ter trazido a atenção para tema sensível e estimular a reflexão no sentido de que a atuação de gestores e controladores precisa convergir, em prol de uma boa administração.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei 4657/1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Recomendação Conjunta Presi-CN 02 de 18 de junho de 2020**. Diário Eletrônico do CNMP. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites do controle externo da administração pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?** Gen Jurídico, 22 março 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/22/limites-do-controle-externo-da-administracao-publica-ainda-e-possivel-falar-em-discricionariedade-administrativa/>>. Acesso: 10 jan. 2021.

DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael. **Segurança jurídica na aplicação do direito público – comentários à Lei 13.655/2018**. Salvador: Juspodivm, 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Direito do Estado, Brasil, 31 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Crescimento econômico, discricionariiedade e o princípio da deferência**. Direito do Estado, Brasil, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariiedade-e-o-principio-da-deferencia>> Acesso em: 10 jan. 2021.

MOTTA, Fabrício. **A recomendação necessária expedida pelo CNMP**. Consultor Jurídico, 9 julho 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/recomendacao-necessaria-expedida-cnmp>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

NIEBUHR, Joel; NIEBUHR, Pedro. **Administração Pública do Medo – Ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro é punido severamente**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-23112017>>. Acesso em: 5 maio 2020.

NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Hiperativismo do Controle versus Inércia Administrativa**. Jota, 18 abril 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>. Acesso em: 13 maio 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle público e as pesquisas acadêmicas**. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>> Acesso em: 6 maio 2020.

RODRÍGUEZ, Manuel Enrique Ventura. Las potestades normativas y sancionatorias municipales en materia ambiental: una visión comparada. **IVSTITIA**, ano 20, n. 236-237, agosto setembro 2006, p. 31-42.

SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionarieidade administrativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 2015, Vol.7(2), p.147-165.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LAVAGEM DE DINHEIRO E CONFLITO APARENTE DE NORMAS

MONEY LAUNDERING AND ANTINOMIES

Bruno Thomé Borghi

Graduado pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduado pela Verbo Jurídico. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo.
bruno_borghi@hotmail.com

Como citar este artigo:

BORGHI, B. T. Lavagem de dinheiro e conflito aparente de normas. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 215 - 244.

Recebido em: 15/7/2022 | Aprovado em: 2/9/2022

Resumo: O combate ao crime de lavagem de dinheiro é essencial para o enfrentamento de organizações criminosas, as quais representam a raiz endêmica da criminalidade em qualquer região do país, ou em qualquer país. Então, faz-se necessário entender quais as delimitações traçadas para este específico típico penal e qual seu alcance, diferenciando-o de delitos assemelhados, cujas redações podem se confundir. Dessa forma, passa-se, primeiramente, a uma análise da Lei nº 9.612/98, buscando entender o bem jurídico tutelado, qual o dolo do agente, quem poderá praticar esse delito e em quais circunstâncias, para então resolver o conflito aparente de normas existentes entre ele e o crime de receptação, favorecimento real e evasão de divisas. Em especial, a análise verifica a diferença das condutas quando os tipos penais preveem o mesmo verbo e como definir qual norma incide na hipótese fática. O estudo busca verificar se há identidade de tipificação ou se é possível a convivência das normas jurídicas. Para tanto, parte-se de estudos doutrinários, jurisprudenciais e de exemplos práticos a fim de averiguar as possíveis situações diferenciadoras, se é que existem.

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro; Conflito Aparente de Normas; Receptação; Favorecimento Real; Evasão de Divisas.

Abstract: *Combating money laundering is essential for confronting criminal organizations, which are the endemic root of crime in any region of the country or in any country in the world. Therefore, it is necessary to understand the limits to establish whether a determined felony is to*

be considered money laundering or not. In this sense, the paper initially analyzes Law 9612/1998, in order to understand its scope, whether deceit is required or not, who can commit such crime and under what circumstances, while also analyzing the apparent antinomy between the crime of money laundering and the crimes of possession of stolen goods, keeping stolen goods for the benefit of another person and money smuggling. In particular, the analysis compares the difference between those criminal behaviors in order to define which crime is applicable to a specific case. The study seeks to verify if the crimes are equal at best or if they are deemed to coexist in the Brazilian legal system. In order to do this, the paper bases itself on doctrine, precedents and practical examples to investigate possible differentiation strategies.

Keywords: Money Laundering; Antinomies; Possession of stolen goods; Keeping stolen goods for the benefit of another individual; Money smuggling.

Sumário. Introdução; 1. Lavagem de Dinheiro; 1.1. Conceito; 1.2. Bem Jurídico Protegido; 1.3. Exaurimento da Infração Penal Anterior; 1.4. Sujeitos Ativo e Passivo; 1.5. Elemento Objetivo; 1.6. Elemento Subjetivo. 1.6.1. Prova do Dolo; 1.6.2. Teoria da Cegueira Deliberada; 1.7. Consumação; 1.8. Fases da Lavagem; 2. Conflito Aparente de Normas; 2.1. Receptação; 2.2. Favorecimento Real; 2.3. Evasão de Divisas; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Verifica-se que o enfrentamento das organizações criminosas é um dos passos mais importantes que o Estado deve realizar para poder garantir a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, evitar o desvio e o desperdício de dinheiro público, bem como acabar com estados paralelos, criados por tais associações.

Nessa perspectiva, ao contrário do clamor popular pelo enfrentamento nas ruas, muito mais eficaz e sem danos a terceiros é a busca por combater a riqueza conquistada pelo crime, seja ele qual for, tenha a organização se formado tanto por poderes criminais privados como poderes econômicos privados ou também agentes públicos.

Para que o Estado possa combater o lucro gerado pela prática criminosa, é essencial que se dê prioridade ao estudo e aplicação prática da lavagem de dinheiro. Ora, aqueles que cometem crime que gere lucro econômico somente o fazem para poder usufruir desse ganho. Contudo chama a atenção das demais pessoas e levanta suspeita nas autoridades aquele que ostenta vários veículos em seus nomes, imóveis, joias,

sem, contudo, ter o respaldo de praticar alguma atividade econômica compatível com esse estilo de vida. Logo, os criminosos acabaram por entender necessário converter os ativos obtidos ilegalmente em lícitos. Essa é a origem da expressão: limpa o dinheiro que está sujo pela sua origem, natureza.

Contudo, como o crime de lavagem de capitais pressupõe atividades lícitas praticadas pelos seus agentes, é de se reconhecer a dificuldade das investigações e, mais ainda, a busca pela vontade do autor. Para tanto, faz-se necessário uma investigação profunda a fim de colher o máximo de elementos de convicções possível, consistente nas ações voltadas para encobrir os ilícitos. Subsidiado por esses elementos, em primeira medida, o membro do Ministério Público e, em última, o magistrado poderão concluir pela prática do presente delito e, em especial, pela vontade do agente, que será auferida pela soma de todas as circunstâncias fáticas realizadas, voltadas a dar aparência lícita ao produto do crime.

Após essa análise, é necessário delimitar o tipo penal da lavagem de dinheiro, quando e como ocorre, para então diferenciá-lo de delitos assemelhados, tais como a receptação, o favorecimento real e a evasão de divisas. A busca pelo alcance dessas normas penais se faz necessária diante da identidade dos verbos dos referidos tipos.

Indaga-se se é possível a convivência dessas normas ou se há real conflito, o que consubstanciaria na revogação de algum(ns) do(s) crime(s) em apreço.

O estudo busca verificar se há identidade de tipificação de condutas ou se é possível a convivência das normas jurídicas. Para tanto, parte-se de estudos doutrinários, jurisprudenciais e de exemplos práticos a fim de averiguar as possíveis situações diferenciadoras, se é que existem.

Mais uma vez, para isso, os agentes públicos se valerão da análise do dolo do agente, pois, em muitas oportunidades, os crimes se confundem, tanto podendo ser um como outro. Dessa forma e como se verá, a busca por elementos de convicção suficientes se torna imprescindível para a solução do problema.

1. LAVAGEM DE DINHEIRO

1.1. Conceito

Lavar denota tornar limpo o que é sujo, ou seja, converter o ilícito em lícito. Logo, lavagem de dinheiro significa que aquela quantia, seja em espécie ou em forma de bens ou direitos, será introduzida na economia mediante artifício que oculte a sua origem espúria.

Os criminosos viram a necessidade de tornar lícitas as vantagens obtidas do crime, a fim de não levantarem suspeitas de suas atividades ilegais. A mera aquisição de bens, como casas, carros ou outros produtos, em seus próprios nomes, passou a ser uma atividade arriscada, capaz de despertar interesse de pessoas e autoridades. Desta forma, surge a lavagem de dinheiro, a fim de garantir o usufruto do produto do crime.

Segundo o artigo 1º da Lei nº 9.613/98, lavagem de capitais consiste na ocultação e/ou dissimulação da origem, localização, natureza, movimentação, disposição ou propriedade de valores, bens ou direitos provenientes de infração penal. Desta afirmação, pode-se extrair que necessariamente deve existir uma infração penal anterior. Portanto, trata-se de crime acessório. Ademais, a consumação desse crime ocorre mesmo que a infração anterior tenha sido praticada no exterior (artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/98).

Ocorre que, para caracterizar o presente delito, é necessário que o autor insira, ainda que de forma transitória, valores, bens ou direitos na economia ou no sistema financeiro, os quais são, direta ou indiretamente, oriundos de infração penal. Essas ações são voltadas para dar aparência lícita a esses produtos. Os atos praticados, normalmente, são transações comerciais, operações financeiras ou quaisquer situações que envolvam circulação de dinheiro ou mercadorias.

É de se ressaltar que, na redação original, a Lei nº 9.613/98 previa apenas o tráfico como delito anterior. Contudo, ante a sofisticação das organizações criminosas e a necessidade de reprimir a introdução do capital sujo na economia, foi elaborado um rol taxativo de crimes antecedentes cujos produtos poderiam ser *lavados*. Somente com o

advento da Lei nº 12.683/12 é que se possibilitou considerar qualquer crime ou contravenção como antecedentes à lavagem de capitais. A única exigência é que a infração antecedente seja “produtora, ou seja, aquela capaz de gerar bens, direitos ou valores passíveis de mascaramento”¹. Ou seja, exige-se que o crime anterior (ou contravenção) gere algum lucro patrimonial, não configurando o delito antecedente quando se tratar de injúria pura e simples, por exemplo.

Por fim, o próprio autor do crime antecedente pode incidir nas penas da Lei nº 9.613/98, o que se denomina autolavagem, mas não só. Pessoas alheias à infração anterior também podem figurar como autores do branqueamento de capitais. A única exigência é o conhecimento de que o produto seja oriundo de infração penal e sua conduta seja voltada a dar-lhe aparência lícita.

1.2. Bem Jurídico Protegido

Existe divergência entre os teóricos quanto ao bem jurídico protegido pela Lei nº 9.613/98, sendo possível extrair três posicionamentos:

A administração de Justiça, pois a prática desse crime torna difícil a recuperação do produto do delito anterior;

O mesmo bem jurídico da infração antecedente, vez que, mais uma vez, foi violado; e

A ordem econômica ou socioeconômica, pois afeta o equilíbrio do mercado, a livre concorrência, evitando a entrada de capital estrangeiro.

Por isso, pode-se considerar a lavagem de capital como crime pluriofensivo, infringindo tanto a ordem econômica, em uma primeira análise, como a administração da Justiça, numa segunda, e, também, o bem jurídico da infração anterior, num último exame.

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 647.

1.3. Exaurimento da Infração Anterior

A compra de bens e produtos com o dinheiro de crime, a princípio, seria conduta impunível por se tratar de mero desdobramento natural da prática criminosa. Contudo torna-se passível de punição aquele que, com vistas a ocultar ou dissimular a origem, natureza, localização, disposição ou movimentação do produto do crime, acaba por, ao adquirir imóveis em nome de terceiros, criar empresas fantasmas, inventar operações financeiras, adquirir moeda eletrônica, joias, obras de arte, por exemplo.

Logo, essa conduta do agente é punida nos termos da Lei nº 9.613/1998. Como o presente crime é pluriofensivo, atingindo tanto a Administração da Justiça como o mesmo bem jurídico da infração antecedente e, também, a ordem econômica, é de se reconhecer a necessidade de repressão estatal. Em especial, em virtude dos males causados a esse último bem jurídico (ordem economia e sistema financeiro), faz-se necessário investimento nos órgãos públicos visando aprimorar o sistema antilavagem e, também, a investigação e punição a esses atos.

1.4. Sujeitos Ativo e Passivo

O crime de lavagem de dinheiro é delito comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, inclusive pelo autor da infração penal antecedente. O Brasil, diferentemente do que ocorre na Alemanha, Áustria, Itália e Suécia, adotou a possibilidade de autolavagem (*selflaundering*), igualmente como ocorre em Portugal e Espanha².

A dissimulação e a ocultação do dinheiro obtido com a prática criminosa não caracterizam mero exaurimento do crime, pois se trata de delitos autônomos com objetos jurídicos distintos. Ora, a lavagem afeta a ordem econômica, inflacionando os preços, vez que converte em ativos lícitos aqueles obtidos sem que haja uma contraprestação de igual valor.

2 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva 2017. p. 1086.

A nosso juízo, ao contrário do que se dá com a receptação e o favorecimento real, nada impede que o sujeito ativo da infração antecedente também responda pelo crime de lavagem de capitais (*selflaundering*). A uma porque, ao contrário de outros países, a legislação brasileira não veda expressamente a autolavagem, inexistindo a chamada “reserva de autolavagem” prevista em outros países. A propósito, comparando-se a própria redação do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, com aquela do crime de favorecimento real (CP, art. 349), é fácil notar que consta deste tipo penal expressa exoneração do autor do ilícito antecedente, o que não acontece no crime de lavagem de capitais.

Em segundo lugar, não se afigura possível a aplicação do princípio da consunção, incidente nas hipóteses de pós fato impunível. Ora, a ocultação do produto da infração antecedente pelo seu autor configura lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira. De mais a mais, o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/98 é, em regra, distinto daquele afetado pela infração penal antecedente, e esta distinção acaba por autorizar a punição de ambas as condutas delituosas em concurso material, sem que se possa falar em *bis in idem*.³

Exceção à regra ocorre no §1º, inciso II, do artigo 1º da Lei 9.613/98, pois somente é punível terceiro diverso do autor do delito antecedente, já que somente outrem adquire, recebe e recebe em garantia. Logo, deve ser pessoa diversa do agente da infração produtora.

Ocorre que o branqueamento de capitais normalmente é cometido em concurso de pessoas, cujas especialidades são voltadas para buscar meios de converter os ativos ilegais em legais.

O delito de lavagem de dinheiro é normalmente aplicável em situações que envolvem o mercado de capitais, sistema financeiro, sociedades empresárias, obras de artes e joias. Ainda, é comumente praticado por organizações criminosas, com divisões de tarefas, sendo, em muitos casos, auxiliados por profissionais especializados, tais como contadores, advogados e administradores. Basta, para tanto, observar

3 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 657.

as pessoas sujeitas a controle de suas atividades, previstas no artigo 9º da Lei nº 9.613/1998.

Entretanto há acalorada discussão acerca da possibilidade de responsabilização quando a pessoa está obrigada por lei a manter sigilo profissional, como é o caso do advogado. Questiona-se se poderia impor a esses profissionais o dever de comunicar às autoridades sobre as operações suspeitas de seus clientes e se eles, advogados, podem aceitar como pagamento de honorários bens oriundos dessa atividade ilícita.

Em relação ao primeiro questionamento, tem prevalecido o posicionamento que diferencia o serviço prestado pelo advogado. Caso esse profissional atue na representação contenciosa, mostra-se inviável obrigá-lo a comunicar aos órgãos estatais os fatos que tenham tomado ciência por essa representação, ainda que se amoldem ao crime de lavagem de capital. Já o advogado que atua em consultoria jurídica não processual, ou seja, em atividades estritamente empresárias e/ou tributárias, tem o dever de abster-se da prática de condutas que possam caracterizar a lavagem de capital, sob pena de possível responsabilização pessoal.

No tocante ao segundo questionamento, também é conveniente diferenciar os serviços exercidos. Assim, é de se reconhecer que o profissional que recebe honorários por serviços efetivamente prestados pela defesa judicial de seu cliente, declarando-os e emitindo as respectivas notas fiscais, não pode ser responsabilizado pela prática do crime ora apurado. Já em relação ao advogado que presta serviços de consultoria, orientando o cliente acerca da melhor maneira de se garantir a dissimulação ou ocultação dos valores, deverá ser responsabilizado pela prática do crime de lavagem de capitais, perdendo os honorários recebidos, nos termos do artigo 130, inciso II, do Código de Processo Penal.

Por fim, em relação ao sujeito passivo, tem-se que, em primeira medida, são a coletividade (ordem econômico-financeira) e o Estado (administração da Justiça), em segundo plano está a pessoa que sofreu prejuízo econômico.

1.5. Elemento Objetivo

É necessário a ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores. Logo, os verbos do tipo demandam que o agente esconda ou disfarce o dinheiro advindo da prática criminal. A ocultação pode ser comissiva ou omissiva. Já a dissimulação sempre será comissiva e trata-se de “ocultação com fraude ou garantia de ocultação”⁴.

Para verificar se a conduta é típica desse crime, é forçoso observar determinadas situações, as quais Carla Veríssimo de Carli expõe a seguir:

Ao examinar se determinada conduta se encaixa na moldura típica da lavagem de dinheiro, é necessário considerar o conjunto das operações efetuadas e o que elas, em realidade, expressam. A lavagem de dinheiro normalmente não utiliza instrumentos em si ilegais. O que a diferencia de uma atividade legal é o fato de que nela o ato ou negócio jurídico não têm, na realidade, o conteúdo que dele se esperaria, ou o procedimento utilizado ter sido realizado com finalidades diversas do usual objetivo comercial ou jurídico⁵.

Logo, conclui-se que o ato ilegal é o fato de as operações serem realizadas para ocultar ou dissimular a ilegalidade da origem, natureza, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos produtos.

Porém a lavagem de dinheiro pode ocorrer de outras formas, conforme se observa dos seus parágrafos 1º e 2º.

As condutas previstas nos incisos do §1º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 exigem elemento subjetivo específico. Logo, o presente tipo penal envolveria a transferência, conversão, aquisição e posse com finalidade de dissimular e/ou ocultar.

Já o §2º do mesmo dispositivo não prevê nenhum elemento subjetivo especial para sua caracterização. Basta o dolo direto. Trata-se de ações voltadas a utilizar o produto do crime em atividades

4 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 664.

5 DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos Crimes: Aspectos Objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro**: Prevenção e Controle Penal. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p 233

econômico-financeiras ou a participação em grupo (associação ou escritório), cujas atividades sejam dirigidas a esses delitos.

1.6. Elemento Subjetivo

Ao contrário do que ocorre em outros países, o Brasil não previu a conduta culposa para o crime de lavagem de dinheiro, o que leva a concluir que a sua consumação exige o dolo direto, a vontade livre e consciente de praticar os fatos definidos na norma penal⁶. Ainda, é necessário a ciência de que os bens, direitos ou valores são provenientes de infração penal, não necessariamente os detalhes acerca desta, dispensando o conhecimento, por parte do autor, de qual crime anterior foi praticado. Se faz necessário, como dito, a ciência de que o lucro tenha advindo de infração penal, pois, caso o autor do branqueamento acredite que os valores são derivados de infração civil, não haverá crime.

Ora, caso o agente não saiba que o dinheiro seja oriundo de crime, ou imagina, por erro, que aqueles valores sejam lícitos, a pessoa atua sob erro de tipo, o que exclui o dolo. Se for hipótese de erro inescusável (vencível), o autor da ocultação poderia responder, na modalidade culposa, caso existisse algum delito dessa natureza, o que não ocorre em nosso ordenamento.

Apesar de autores tradicionais não exigirem um especial fim de agir do agente, constata-se prevalecer a necessidade de estar presente um elemento especial ao agir:

O entendimento de que a tipificação dessa modalidade de lavagem de capitais não se satisfaz apenas com o dolo de ocultar ou dissimular o produto direto ou indireto da infração penal. Para além disso, também se faz necessária a demonstração do especial fim de agir por parte do agente consubstanciado na vontade de reciclar o capital sujo por meio de diversas operações comerciais ou financeiras com o objetivo de conferir a ele uma aparência supostamente lícita.⁷

6 PRADO, Rodrigo Leite. Dos Crimes: Aspectos Subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p 277

7 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 669.

Não resta dúvidas, entretanto, de que o crime previsto no §1º do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 exige o especial fim de agir.

Ainda, prevalece o entendimento de que é possível o dolo eventual, pois os tipos penais não fazem nenhuma menção da necessidade de o agente saber, de forma plena, a origem de infração penal dos valores. Basta a mera probabilidade de saber. Exceção ocorre no §2º, inciso II, do artigo 1º da mesma lei, pois sua redação exige o conhecimento por parte do agente de que a atividade do grupo/organização, da qual faz parte, principal ou secundária, seja dirigida à prática de crimes previstos nessa Lei.

1.6.1. Prova do Dolo

Observa-se, da Convenção de Mérida, que traz regras no combate à corrupção e normas sobre transparência pública, da Convenção de Palermo, que prevê dispositivos sobre prevenção e combate à criminalidade organizada, e da Nota Interpretativa sobre a Recomendação 3 (Crime de Lavagem de Dinheiro) do Grupo de Ação Financeira Sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), que a prova do dolo decorrerá de circunstâncias factuais objetivas.

Isso não significa que o agente será punido de acordo com a responsabilidade objetiva, mas apenas que o elemento subjetivo (dolo) será extraído de dados objetivos.

Assim, por exemplo, a prática de operações estruturadas, a divisão de valores para evitar a comunicação aos órgãos de fiscalização, a abertura e o fechamento de contas sucessivas em curtos intervalos de tempo, ou outros traços atípicos na negociação, podem ser reveladores da existência de dolo.⁸

O próprio Código de Processo Penal autoriza a utilização de indícios como prova, ao dispor, no seu artigo 239, que é “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

8 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1097.

Os indícios servem para a condenação conquanto a soma dos fatos por eles provados seja conjugada em uma conclusão lógica, pelo raciocínio indutivo, acerca da materialidade e autoria delitiva. Nesse sentido é a lição de Guilherme Madeira Dezem: “Tem-se admitido a utilização dos indícios como fundamento suficiente para a condenação. Tal decorre de sua colocação como meio de prova e, também, dado o livre convencimento motivado”⁹.

Ademais, Eugênio Pacelli de Oliveira traz importante reflexão sobre o tema:

Em relação especificamente à prova da existência do dolo, bem como de alguns elementos subjetivos do injusto (elementos subjetivos do tipo, já impregnado pela ilicitude), é preciso uma boa dose de cautela. E isso ocorre porque a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura.

Por isso, a prova do dolo (também chamado de dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade. Assim, quem desfere três tiros na direção de alguém, em regra, quer produzir ou aceita o risco de produzir o resultado morte. Não se irá cogitar, em princípio, de conduta imprudente ou de conduta negligente, que caracterizam o delito culposos.

Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de indícios, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239).¹⁰

O respeitável autor ainda continua:

A prova indiciária, ou prova por *indícios*, terá sua eficiência provatória condicionada à natureza do fato,

9 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 615.

10 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 25ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2021. p. 431/432.

ou da circunstância que por meio dela (prova indiciária) se pretende comprovar. Por exemplo, tratando-se de prova do dolo ou da culpa, ou dos demais elementos subjetivos do tipo, que se situam no mundo das ideias e das intenções, a prova por indícios será de grande valia.¹¹

É claro que a condenação com base na prova indireta (indiciária) deve observar algumas condições:

a) os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular); b) devem estar estreitamente relacionados entre si; c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores – não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades; d) existência de razões dedutivas – entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.¹²

Tome-se, por exemplo, o caso de um homicídio tentado. Evidentemente pode-se cogitar o crime de lesão corporal. Todavia a quantidade de golpes, o local da lesão (desferidos em região vital, como cabeça, tórax, abdômen), a natureza da arma, a distância entre o autor e a vítima são indícios que geram um juízo de certeza acerca do dolo do agente. No âmbito da lavagem de capitais, o dolo será inferido das circunstâncias do fato, com conjugação de indícios suficientes a crer na ciência da origem ilícita e a vontade de ocultá-la/dissimulá-la. A ação do agente é voltada a garantir que os valores obtidos ilicitamente sejam inseridos na economia com aparência lícita. Para tanto, verifica-se incremento patrimonial injustificado, movimentação de grandes vultos, operações financeiras anômalas, utilizando-se de várias manobras como abertura e fechamento de contas, compra de empresas, de imóveis, pagamento de consultorias, superfaturamento de obras, aquisição de bens cujo valor é variável (joias, passe de atletas). Todas essas operações, conjugadas, levam a um juízo firme acerca do dolo do agente em camuflar a origem espúria do produto.

11 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 25ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2021. p. 562.

12 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 673.

A título de complementação, Rodrigo Leite Prado apresenta alguns dos indícios no caso de crimes de lavagem de capitais:

Várias circunstâncias concretas podem revelar sinais do dolo do lavador. Entre elas, é possível citar, a título ilustrativo, o envolvimento de sociedades sem atividade operacional em transações financeiras; a drástica majoração do capital social; o salto abrupto e injustificado do faturamento da empresa; a transferência do domicílio fiscal para local onde a sociedade não possui vínculos; a participação sazonal em negócios alheios ao objeto social; a concretização de reorganizações societárias injustificáveis; o relacionamento com estruturas multijurisdicionais ou sediadas em paraísos fiscais; a contratação de empréstimos de ou para empresas off-shore; a sucessão de empresas deficitárias sob igual nome comercial; a prática de atos de liberalidade incompatíveis com a situação financeira; a participação de pessoas físicas em negócios estranhos ao seu perfil socioeconômico; a utilização de contas inativas na realização de transações vultosas; a prática de atos com o aparente objetivo de burlar normas de prevenção ao branqueamento; a participação minoritária de pessoas físicas em empresas ligadas a segmentos distintos; a movimentação de grandes somas em espécie; a utilização sem justificativa de diversas contas bancárias ou a sua abertura e extinção sistemáticas; o relacionamento com delinquentes e pessoas politicamente expostas; o fechamento de contratos de câmbio de importação sem que haja a entrada das mercadorias no país; o resgate de apólices de seguro antes dos respectivos vencimentos; o investimento em empreendimentos pouco lucrativos; bem como qualquer operação que seja carente de lógica econômica, pareça despropositada ou vulnere o senso comum.¹³

1.6.2. Teoria da Cegueira Deliberada

Trata-se de teoria criada no direito estadunidense, cuja aplicação se dá, essencialmente, ao crime de lavagem de dinheiro, mas também é aplicada a outros delitos.

¹³ PRADO, Rodrigo Leite. Dos Crimes: Aspectos Subjetivos. In: De Carli, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico 2013. p 294/295.

Em resumo, é a situação em que o agente tem plenas convicções de que pode estar cometendo ou auxiliando no cometimento de algum crime, mas acaba por fingir-se de cego, a fim de a responsabilidade criminal não recair sobre si. A indiferença demonstrada ao bem jurídico tutelado é tamanha, que se equipara àquele que age com dolo.

Como o tipo penal da lavagem de capitais traz como elementar a infração penal antecedente, depreende-se que, na hipótese de o agente desconhecer a procedência ilícita dos bens, faltar-lhe-á o dolo de lavagem, com a conseqüente atipicidade de sua conduta, ainda que o erro de tipo seja evitável, porquanto não se admite a punição da lavagem a título culposo. Por isso, é extremamente comum que o terceiro responsável pela lavagem de capitais procure, deliberadamente, evitar a consciência quanto à origem ilícita dos valores por ele mascarados. Afinal, assim agindo, se acaso vier a ser responsabilizado pelo crime de lavagem de capitais, poderá sustentar a ausência do elemento cognitivo do dolo, o que pode dar ensejo a eventual decreto absolutório em virtude da atipicidade da conduta.¹⁴

Disso decorre sua importância, pois busca punir aquele que se coloca em situação altamente provável de lesar bem jurídico penal, mas opta por não buscar maiores conhecimentos sobre o cometimento ou não do crime, embora lhe fosse exigível. Não à toa, a teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) é chamada de instruções de avestruz (*ostrich instructions*) ou de evitação de consciência (*conscious avoidance doctrine*).

Com a alteração ocorrida em 2012, tornou-se possível a aplicação, em tese, dessa teoria para todos os crimes de lavagem de dinheiro, pois alterou a redação do inciso I do §2º do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, que deixou de exigir do agente a ciência da origem criminal dos produtos que utiliza na economia. Logo, o autor não é punido apenas pelo dolo direto, mas também pelo eventual.

A aplicação da teoria da cegueira deliberada merece cuidado para não banalizar a responsabilidade criminal. Ou seja, deve-se evitar o cenário de que todos aqueles que estão no comércio são

14 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada – Salvador: Juspodivm, 2020. p 673.

suspeitos e que a todos cabe o dever de fiscalizar e comunicar qualquer atividade praticada. A falta de zelo com essa situação pode ensejar a responsabilidade penal objetiva sob o prisma de que todo mundo age assumindo o risco do resultado.

1.7. Consumação

O crime de lavagem de dinheiro é de conteúdo variável, ou seja, se o agente praticar diversas condutas, ainda assim estará cometendo um único crime, desde que dentro do mesmo contexto fático. Os teóricos entendem que tanto o *caput* do art. 1º quanto os seus parágrafos 1º e 2º apresentam essa característica.

Lavagem de capitais é o ato ou conjunto de atos praticados por determinado agente com o objetivo de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal. Não se exige, para a caracterização do crime, um vulto assustador das quantias envolvidas, nem tampouco grande complexidade das operações transnacionais para reintegrar o produto delituoso na circulação econômica legal, do mesmo ou de outro país. Apesar de ser muito comum a utilização do sistema bancário e financeiro para a prática da lavagem de capitais, esta pode ser levada a efeito em outras áreas de movimentação de valores e riquezas (v.g., agronegócio, construtoras, igrejas, importação e exportação de bens, loterias, bingos, etc.)¹⁵.

Ocorre que há a necessidade de que o agente busque ocultar ou dissimular os bens produtos de crime. Sem isso, não há crime. É o caso daquele que adquire, por meio de valores oriundos de crime antecedentes, imóvel em seu próprio nome; ou deposita a quantia em sua própria conta. José Paulo Baltazar Junior elucida outros exemplos da não configuração do crime, como:

- a) da “mera transferência para outrem dos valores provenientes do delito de peculato” (TRF4, AC 20030401058203-5, Décio [Conv.], 7ª T., u., 1.08.06);
- b) do pagamento de contas com valores provenientes de crime, sem camuflar ou dissimular a origem dos

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 647.

valores (TRF4, AC 19997000013518-3, Labarrère, 7ª T., u., 19.6.07; TRF4, AC 2005.72.00.000260-8, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., m., 30.7.08);

c) do mero transporte de grande volume de dólares em espécie, no interior do território nacional, sem que se vinculem os valores a um crime antecedente (TRF4, AC 199870010146343, Néfi, 7ª T., u., 216.12.08);

d) da mera movimentação do dinheiro, sem ocultação ou dissimulação (TRF4, HC 200904000150920, Néfi, 7ª T., u., 2.6.09).

No primeiro caso, entendo, contudo, que há dissimulação da titularidade dos valores, restando caracterizado o crime.

Quanto ao segundo caso, há precedente no sentido de que a conduta configuraria o crime (TRF, AC 200783080015093, Apoliano, 3ª T., u., 2.7.09).¹⁶

A tentativa é perfeitamente cabível, porém, para a consumação, não é exigido que os bens, valores ou direitos sejam introduzidos na economia com aparência lícita, sendo essa ação mero exaurimento do crime.

1.8. Fases da Lavagem

A fim de evitar o rastreamento dos recursos ilegais, a lavagem é realizada por meio de diversos mecanismos de movimentações que demandam uma necessidade de distanciamento da origem espúria.

De acordo com o Grupo de Ação Financeira Sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), a lavagem de dinheiro é estruturada em três fases. Essas fases, segundo Maia, citado por Baltazar Junior, “não são estanques e independentes, mas comunicantes e, até mesmo, superpostas, pois a reciclagem é um processo”¹⁷. São elas:

Colocação (*placement*): é a introdução dos lucros na economia, por meio de remessa ao exterior, transferências eletrônicas para paraísos fiscais, depósito de dinheiro em contas de *laranjas* (pessoas que servem como escudo do criminoso), em quantidades pequenas,

¹⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1095.

¹⁷ MAIA, Rodolfo Tigre, apud BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1085.

escapando do controle das instituições financeiras, dentre outras. É a etapa primária, mais suscetível de detecção¹⁸;

Dissimulação (*layering*): esta etapa é uma implementação da anterior, quando se multiplicam as movimentações financeiras, com criação de várias empresas, dificultando o rastreamento do dinheiro (*paper trail* ou trilha do papel)¹⁹;

Integração (*integration*): os produtos do crime são aplicados em operações lícitas como o mercado imobiliário, simulação de prestação de serviços como consultoria, que são de difícil avaliação, aquisição de bens em geral. Nessa fase, o agente assume aparência de pessoa idônea, respeitável, observador das leis.²⁰

2. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Na medida em que a lavagem de capitais exige a ocultação ou dissimulação da origem ilícita do produto de crime, assemelha-se a outras figuras típicas, em especial a receptação, o favorecimento real e a evasão de divisas.

Sucintamente, é necessário esclarecer alguns pontos sobre a configuração desses delitos, para então aferir as divergências com a lavagem.

2.1. Receptação

É crime contra o patrimônio e, em regra, unissubjetivo. Assim como o branqueamento de dinheiro, é crime acessório de tipo misto alternativo. Contudo a contravenção penal anterior não serve para caracterizar o presente delito, pois o artigo 180 do Código Penal foi claro ao estabelecer que a coisa deve ser produto de crime²¹. Há

18 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição Revisada, Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 649.

19 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1085.

20 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação Penal Especial Esquemático**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1600.

21 MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 5ª Edição, Revisada, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense Método, 2017. p 821/822.

independência entre o delito antecedente e a receptação. Pode se caracterizar por ser instantâneo ou permanente.

A receptação propriamente dita pune aquele que adquire, recebe ou oculta bem que sabe ser produto de crime, em proveito próprio ou alheio (não pode ser o autor do delito antecedente, caso em que será favorecimento real). O dolo do agente está na ciência sobre a origem ilícita da coisa e, ainda, demanda um especial fim de agir, consistente no proveito próprio ou alheio, logo, presente o fim de lucro. Já a receptação imprópria consuma-se com a conduta de influenciar para que alguém, de boa-fé, adquira, receba ou oculte coisa produto do crime.

Diferencia-se da lavagem de capitais essencialmente no dolo do agente. No crime de receptação, a conduta está voltada a adquirir coisa que sabe ser produto de crime ou ocultá-la para pessoa diversa do autor do delito antecedente. Ou seja, o agente quer utilizar do bem obtido ilicitamente, ou garantir que outro o utilize, pouco importando sua aparência. Já a lavagem de dinheiro exige que a ação seja voltada a dar feição lícita a produtos de infração penal e, posteriormente, introduzi-los na economia²².

Alguns autores apresentam outras distinções, como os bens jurídicos serem distintos, pois “enquanto a receptação tutela o patrimônio, seja privado ou público, a lavagem de dinheiro protege, fundamentalmente, a ordem econômica”²³. Existe a possibilidade de autolavagem, o que não ocorre na receptação; ainda, esta tem como objeto material apenas bens móveis, enquanto a lavagem pode ocorrer em relação a estes e a bens imóveis ou direitos. Há também a possibilidade da proveniência indireta para o crime de lavagem de capitais, já a receptação apenas pode decorrer do objeto material do delito antecedente. Contudo tais distinções não solucionam o problema em si, pois há situações em que os dois crimes se confundem, e esses critérios não solucionam essas hipóteses. Desse modo, o mais recomendável é buscar provas mais robustas acerca do móvel do crime.

²² WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática Básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro**: Prevenção e Controle Penal. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p 202

²³ Ibidem. p 201

2.2. Favorecimento Real

É punível a conduta daquele que preste a criminoso auxílio a tornar seguro o proveito do crime, quando não for o caso de coautoria ou receptação. O intento do autor é auxiliar que o criminoso torne seguro o proveito do crime, furtando-se da Justiça. O proveito objeto pelo agente desse crime não pode ter cunho patrimonial, pois, caso contrário, estará configurado o delito de receptação.

Tal qual ocorre na receptação, não há que se falar em tornar seguro o proveito de contravenção penal, pois trata-se de um indiferente penal²⁴.

Também é crime acessório, a depender da ocorrência de infração penal antecedente. É pluriofensivo, comum, formal, instantâneo e plurissubsistente. Da mesma forma, o delito de favorecimento real pode se caracterizar por dolo eventual.

Conforme dito em tópicos anteriores, o delito de branqueamento de capitais exige um especial fim de agir, consistente na predisposição de reciclar o dinheiro sujo, conferindo-lhe uma aparência lícita. Essa é a grande diferença entre o presente delito com o de favorecimento real (artigo 349 do Código Penal), pois:

A conduta de “tornar seguro o proveito do crime”, tipificada como favorecimento real pelo art. 349 do Código Penal, necessariamente abrange alguma forma de ocultação ou dissimulação. Logo, fosse necessário apenas o *dolo genérico* de ocultar ou dissimular para a tipificação da lavagem de capitais, este delito acabaria absorvendo o favorecimento real, porquanto aquele que oculta o produto direto ou indireto de determinada infração penal age com intenção de tornar seguro o proveito do crime.

A lavagem de dinheiro diferencia-se do favorecimento real exatamente pelo especial fim de reciclar o produto direto ou indireto da infração antecedente, dando a ele uma aparência lícita por meio de diversos estratagemas de mascaramento.²⁵

24 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) 15ª Edição Revisada. Ampliada e Atualizada. Salvador: Juspodivm, 2022. p 1168.

25 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 669.

Em igual sentido é a lição de Arthur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

Por fim, para fazer a distinção entre favorecimento real e lavagem de dinheiro cumpre, primeiramente, esclarecer que este possui lei própria, a Lei n 9.613/1998, tamanha a preocupação do legislador ordinário em impedir tal prática, e consiste no ato de ocultar ou dissimular bens diretos ou valores provenientes de ilícito penal, conforme definição atual do art. 1º da mencionada lei.²⁶

Assim é que a lavagem de dinheiro é considerada favorecimento real qualificado. Contudo há entendimento de que a lavagem de dinheiro não exige o especial fim de agir e, portanto, sua diferença para o favorecimento real reside nas situações em que a vantagem assegurada não tenha cunho econômico²⁷.

Igualmente como ocorre com a receptação, alguns autores levantam hipóteses de diferenciação, mas que, a depender da situação, acabam que não resolvem o conflito. Portanto, como tais hipótese não servem para todas as hipóteses, não servem como critério diferenciador, já que não cuidam do real conflito das normas. São elas: bem jurídico diverso; a possibilidade de autolavagem, o que não é possível no favorecimento real; e, por fim, o delito antecedente pode ser de qualquer natureza para o favorecimento real, já, para a lavagem de dinheiro, é necessário que a infração tenha cunho econômico.

No primeiro caso, o fato de possuir bens jurídicos diversos não é suficiente, já que o crime de lavagem de dinheiro é pluriofensivo, abrangendo tanto a administração da Justiça como o bem jurídico do crime antecedente. Logo, por ser mais largo, abrange o direito tutelado pelo crime de favorecimento real.

Há ainda a questão da autolavagem e o fato de o favorecimento real ter que ser praticado para beneficiar terceiro (autor do crime). Ocorre que a lavagem de capitais pode ser feita por terceiros, e é aqui que reside o conflito real das normas. Logo, esse critério não serve para diferenciar todas as situações.

26 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: Volume Único. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1058.

27 PRADO, Rodrigo Leite. Dos Crimes: Aspectos Subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro**: Prevenção e Controle Penal. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p 280.

Por fim, e no mesmo sentido dos parágrafos anteriores, o fato de o favorecimento real não exigir natureza especial para o delito antecedente, não exclui as situações em que a conduta que se pretende auxiliar tenha cunho econômico. Em outras palavras, o favorecimento real pode ter como fim tornar seguro proveito de delito anterior que teve cunho econômico. Logo, nessas situações, poder-se-á confundir com o crime de lavagem de dinheiro.

Portanto o critério diferenciador fica com relação ao dolo específico, consistente na predisposição de reciclar o dinheiro sujo, conferindo-lhe uma aparência lícita e, para aqueles que não veem necessidade de dolo específico, a diferença reside nas situações em que a vantagem assegurada não tenha cunho econômico para aquele que a pratica, ou seja, quem comete favorecimento real não visa lucro, mas apenas ajudar o criminoso.

2.3. Evasão de Divisas

A lavagem de capitais pode ocorrer por envio de dinheiro ilícito ao exterior por meio de operações comerciais, superfaturando os valores comumente pagos nas mercadorias importadas, ficando, o agente, com o excedente, ocultando a natureza ilegal dos numerários. Ocorre que esses fatos, por si só, caracterizam o crime de evasão de divisas, incidindo nas penas do artigo 22, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, que também demanda os casos em que haja depósito de valores em contas no estrangeiro sem declaração à repartição federal competente ou a saída de moeda ou divisas sem autorização legal.

Protege-se a política cambial em primeira medida e o patrimônio fiscal brasileiro de forma indireta.

É do interesse da União, através do Banco Central do Brasil, para execução de sua política econômica, ter conhecimento e controle das saídas de capital do país. Veja-se que o principal bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é a ordem econômica, enquanto a evasão protege a política cambial, buscando preservando

sua execução conforme as diretrizes estabelecidas pelo governo.²⁸

Ocorre que, desse ponto, instala-se controvérsia acerca da diferenciação de ambos os crimes. A começar pelo objeto material, pois há autores que entendem que, ao contrário do que ocorre na lavagem, a evasão de divisas pode ter por objeto material tanto ativos lícitos como ilícitos (é o caso de Antonio Carlos Welter²⁹, José Paulo Baltazar Junior³⁰ e Renato Brasileiro de Lima³¹). Já para Fausto Martin de Sanctis³², a evasão de divisas só pode ocorrer com recursos lícitos, pois, se forem oriundos de atividade criminosa, restará configurada a lavagem de dinheiro. Para esse autor, a diferença se encontra na origem das divisas enviadas ao exterior, pois, caso não seja vinculada a algum crime antecedente, o agente deverá ser absolvido do crime de branqueamento de capitais.

Ao que parece, é majoritária a posição que entende pela possibilidade de a evasão de divisas poder ser praticada com valores provenientes de crime. É o caso, por exemplo, do agente que envia, clandestinamente, ao exterior dinheiro ilícito, depositando-o em conta de sua própria titularidade, em países que não mantêm proteção absoluta ao sigilo bancário. Ou seja, os valores não foram alocados nos chamados paraísos fiscais, também conhecidos como *offshore*. Desta forma, não houve ocultação da natureza dos valores, que foram alocados em conta de titularidade do próprio agente. Logo, para parcela da doutrina, o autor praticou apenas o crime de evasão de divisas, haja vista que enviou dinheiro sem declarar aos órgãos competentes, ainda que ilícitos, infringindo a política cambial do país, pois essa ação afeta as reservas nacionais e sua soberania econômico-financeira.

28 WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática Básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro**: Prevenção e Controle Penal. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p 204.

29 Ibidem. p 204.

30 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1103.

31 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 677/678.

32 DE SANCTIS, Fausto Martin apud LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 4ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. p 332.

Aceitando essa premissa, também há divergência se a evasão fica absorvida pela lavagem, caso o agente busque ocultar a natureza ilícita desses capitais.

Para solucionar a controvérsia, mais uma vez, é de se ressaltar a importância da busca pelo dolo do agente para diferenciar os delitos, porquanto, se as operações forem realizadas para ocultar ou dissimular a natureza ilícita do dinheiro, resta configurado o crime de lavagem de capitais. No caso citado, caso o autor tivesse depositado o dinheiro em paraísos fiscais ou em conta de titularidade de terceiro, resta caracterizado o crime de lavagem de dinheiro, ante a busca para ocultar a origem do ilícito.

Caso contrário, se não houve a intenção de camuflagem, estará diante do delito previsto no artigo 22 da Lei nº 7.492/86. Logo, aplica-se a regra da consunção, vez que o crime de evasão de divisas é crime-meio para o de lavagem de dinheiro, ou seja, aquele é absorvido por este. “Há, na hipótese, um conflito aparente de normas, em que a remessa do dinheiro foi o meio para a prática do crime de lavagem. A norma consuntiva ou de absorção constitui uma fase mais avançada para proceder-se a lesão do bem jurídico”³³. A jurisprudência majoritária tende pela absorção da evasão pela lavagem³⁴.

Em sentido oposto, há o posicionamento de José Paulo Baltazar Junior, que vê a ocorrência de “concurso formal impróprio entre os crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, pois os desígnios são autônomos, embora estejam os crimes consubstanciados nos mesmos atos”³⁵. Porém, o mesmo autor entende possível a ocorrência de concurso material quando puder se distinguir as condutas de evasão e lavagem, sendo aquela o delito antecedente deste.

Assim, por exemplo, quando, após a evasão, os valores são reintroduzidos no país mediante práticas de ocultação ou dissimulação, como o uso de pessoas interpostas, empresas de fachada, fracionamento etc.

33 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 678.

34 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 746765/PA, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJU de 19/02/2005; e Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.277.194 - RS, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 10/12/2013, Sexta Turma;

35 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1103.

Do mesmo modo, no caso em que os valores circulam em contas bancárias de *laranjas* no Brasil, caracterizando a ocultação dos valores oriundos de outros crimes, seguida da remessa para o exterior, que não está a linha necessária do desdobramento da conduta (TRF4, ENUL 200172050071220, Néfi, 4ª S., m., 16,4.09). Não há absorção, igualmente, quando o recebimento e a ocultação dos valores se dão no território nacional e, posteriormente, há tentativa de evasão de divisas (TRF2, AC 20045101490021-2, Cisne, 1ª TE, u., 22.11.06)³⁶.

Em igual sentido é o entendimento de Antônio Carlos Welter³⁷.

Data vênia, é de se ressaltar que o ato tendente a reintroduzir o dinheiro ilícito evadido é mero exaurimento do crime, não havendo que se falar em nova modalidade criminosa. É um aperfeiçoamento da prática delitiva, uma das fases da lavagem. Certamente que esse fato deve ser sopesado pelo magistrado na dosimetria da pena, pois foram realizadas operações tais que dificultam sobremaneira o rastreamento do ilícito (*paper trail* ou trilha do papel). O próprio Superior Tribunal de Justiça entendeu dessa forma ao julgar o crime de evasão de divisas cometido por organização criminosa complexa e bem estruturada:

Na fixação da pena do crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86), o fato de o delito ter sido cometido por organização criminosa complexa e estruturada pode ser valorado de forma negativa a título de circunstâncias do crime.³⁸

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, em caso específico de lavagem de capitais, admitiu o aumento da pena-base quando ocorrer várias transações financeiras envolvendo diversos países:

A pena-base pode ser aumentada, no que tange às “circunstâncias do crime” se a lavagem de dinheiro ocorreu num contexto de múltiplas transações financeiras e de múltipla transnacionalidade, o que interfere na ordem jurídica de mais de um Estado soberano.

(...)

³⁶ Ibidem. p. 1103.

³⁷ WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática Básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p 207

³⁸ STJ. 6ª Turma. Recurso Especial 1.535.956-RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/03/2016 (informativo 578).

Se a lavagem de dinheiro envolveu valores vultosos, a pena-base poderá ser aumentada (“consequências do crime”) considerando que, neste caso, considera-se que o delito violou o bem jurídico tutelado de forma muito mais intensa que o usual.³⁹

Por fim, a título de curiosidade, é igualmente controversa a possibilidade de a evasão de divisas poder ser considerada delito antecedente ao de lavagem de capitais.

Como a evasão de divisas como regra não gera ganho econômico-financeiro, mas apenas permite a circulação de ativo já existente, há alguma controvérsia se a remessa ao exterior pode ser considerada delito antecedente. Tal conclusão faz algum sentido quando os recursos empregados têm origem *lícita*, porém sendo remetidos de forma clandestina para fora do território nacional.

Discorda-se de tal posição na medida em que a evasão de divisas assegura a disponibilidade do recurso econômico no exterior, que antes não existia, configurando-se, deste modo, a vantagem econômica, *rectius*, os valores provenientes da infração penal, aspecto exigido pela norma para a configuração do delito de lavagem⁴⁰.

Ora, o bem jurídico protegido pelo delito previsto no artigo 22 da Lei nº 7.492/86 não é o patrimônio, mas sim a política cambial, em primeira medida, e o patrimônio fiscal brasileiro, de forma indireta. Logo, como não houve ganho patrimonial, refuta-se a possibilidade de esse crime ser antecedente ao branqueamento de capitais. A única exigência do delito previsto na Lei nº 9.613/98 é que a infração antecessora seja “produtora, ou seja, aquela capaz de gerar bens, direitos ou valores passíveis de mascaramento”⁴¹.

CONCLUSÃO

Evidentemente, este trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema nem ser voz de uniformização. Apenas buscou-se levantar a

39 STF. 1ª Turma. Ação Penal 863/SP, Relator Ministro Edson Fachin, julgado 23/05/2017 (informativo 866).

40 WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática Básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p 204

41 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020. p 647.

discussão acerca das hipóteses de caracterização do crime de lavagem de capitais e diferenciá-lo de delitos semelhantes.

Diante disso, a pesquisa teve como foco preliminar delimitar o tipo penal previsto na Lei nº 9.613/98, buscando compreender, primeiramente, seu conceito, qual(is) o(s) bem(s) jurídico(s) protegido(s), a relação de acessoriedade com relação ao delito antecedente e a diferença desse crime com o mero exaurimento da infração anterior, os sujeitos que podem praticá-la, qual o dolo do agente e a possibilidade de punição por agir com dolo eventual. Foram vistas também as situações em que o crime é considerado consumado, bem como as fases da lavagem.

Para isso, foram analisados os dispositivos da lei, análise de obras sobre o tema e seus aspectos práticos, a forma como ocorre no dia a dia. Tudo isso foi levado em consideração para buscar delimitar a figura típica da lavagem de capitais, entender seu alcance e o que busca proteger.

Feita essa análise, passou-se a resolver o conflito aparente de normas existentes entre o branqueamento de dinheiro com o crime de receptação, favorecimento real e evasão de divisas.

Todos os três crimes têm íntima relação com o de lavagem, guardando semelhanças que, por vezes, tornam-se difíceis de diferenciar quando à luz do caso prático. Em especial, essa dificuldade foi constada, pois a grande diferença entre todos esses delitos está no dolo do agente. Como se trata de estado anímico que fica no interior do agente, muitas vezes é cruel a busca pela sua vontade.

Foi observado, porém, que o dolo pode ser constatado por circunstâncias fáticas objetivas, pela soma de ações e elementos de convicção que levam a um juízo de certeza acerca da pretensão do autor ao praticar todos aqueles atos. Refutou-se a alegação de punir o agente por meio da responsabilidade penal objetiva, pois, como dito, busca-se o dolo do agente, que será constatado pelos fatos praticados.

Tudo isso foi elaborado para contribuir de maneira singela com o estudo do crime tipificado na Lei nº 9.613/98 e sua diferença com os delitos de receptação, favorecimento real e evasão de divisas, cujos

desdobramentos implicarão a investigação criminal, a qual deverá ser minuciosa (como sempre deve ocorrer), com vistas a fornecer elementos sobre a materialidade do crime, sua autoria e subsidiar a conclusão acerca do dolo do autor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 746765/PA**, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJU de 19/02/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.277.194-RS**, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 10/12/2013, Sexta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.535.956-RS**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270578%27>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Criminal 863/SP**, Relator Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 29/08/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>>.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) 15ª Edição Revisada. Ampliada e Atualizada. Salvador: Juspodivm, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Crimes Federais**. 6ª Edição, Revisada, Ampliada e Atualizada. Salvador: Juspodivm, 2022.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos Crimes: Aspectos Objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro**: Prevenção e Controle Penal. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação Penal Especial Esquematizado**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8ª. Edição, Revisada, Atualizada e Ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 5ª Edição, Revisada, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense Método, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 25ª Edição. Revisada. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Rodrigo Leite. Dos Crimes: Aspectos Subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro**: Prevenção e Controle Penal. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: Volume Único. São Paulo: Atlas, 2018.

WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática Básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro**: Prevenção e Controle Penal. 2ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

POR QUE ELA NÃO FEZ NADA? EXPLICANDO A NÃO REATIVIDADE EM MULHERES ESTUPRADAS POR LÍDERES RELIGIOSOS

*WHY DIDN'T SHE DO ANYTHING? EXPLAINING NON-
REACTIVITY IN WOMEN RAPED BY RELIGIOUS LEADERS*

Lícia Nery Fonseca

Especialista em Psicologia – UNIP/SP e Analista em Psicologia – MP/GO.
licianery@gmail.com

Liliane Domingos Martins

Doutora em Psicologia – PUC/GO e Analista em Psicologia – MP/GO.
lilidmartins@gmail.com

Como citar este artigo:

FONSECA, Lícia N.; MARTINS, Liliane D. Por que ela não fez nada? Explicando a não reatividade em mulheres estupradas por líderes religiosos. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 245 - 270.

Recebido em: 23/2/2021 | Aprovado em: 3/8/2022

Resumo: A violência sexual em contextos religiosos tem sido denunciada de forma mais recorrente, mas subsistem mitos e preconceitos que interferem na prática jurídica e na forma como as vítimas são assistidas, principalmente quando parecem não ter oferecido resistência a seus agressores ou demoram a relatar o estupro. Este artigo foi construído de modo a reunir e discutir dados que demonstrem a legitimidade das dificuldades de reação, sejam imediatas ou tardias, por parte de pessoas abusadas por seus líderes espirituais. São apresentados aspectos contextuais, neurobiológicos, entre outros, que traduzem a vulnerabilidade das fiéis e a improbabilidade de consentirem com o ato sexual nesses cenários. Tais elementos merecem ser cuidadosamente considerados por todos os profissionais que atuam nessa área.

Palavras-chave: Violência sexual; Vitimologia; **Vítimas de clérigos;** Exploração da fé; Consentimento.

Abstract: *While sexual violence in religious contexts has been reported more frequently by the victims, there are still several issues – myths and prejudices – which may interfere with the undertaking of legal measures and the way victims are helped, especially in cases where they appear to have offered no resistance to their aggressors or report the rape in delay. This article intends to gather and discuss data that demonstrate the legitimacy of the difficulties of resisting the crime, whether immediate or delayed, by people abused by their spiritual leaders. In this sense, the paper brings, among others, contextual and neurobiological aspects. Such aspects reflect on the vulnerability of religious women and on the improbability of consenting to the sexual act in these scenarios. The paper advocates that such elements deserve to be carefully considered by all professionals working in this area.*

Keywords: *Sexual violence; Victimology; Victims of clerics; Exploration of faith; Consent.*

Sumário: Introdução; 1. A prática jurídica, a cultura e suas concepções sobre a não reatividade das vítimas de estupro; 2. Reações biológicas às ameaças sexuais; 3. A influência da comunidade religiosa nas reações de vítimas de clérigos; 4. A vulnerabilidade, as intimidações e as ameaças reais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A violência sexual é um relevante e crescente problema de segurança pública e saúde no Brasil. No ano de 2019, foram registrados 66.123 estupros no país, sendo que 85,7% das vítimas eram do sexo feminino^{1,2}. Apesar de as ocorrências serem elevadas, sabe-se que a subnotificação é comum a essa forma de violação. O crime se destaca entre aqueles com as menores taxas de denúncia, e a estimativa é de que somente cerca de 7,5% dos casos sejam efetivamente comunicados às autoridades³.

Dadas tais estatísticas, mulheres que sofreram violência sexual têm sido incentivadas a reportar situações desse tipo, e a internet

1 Considerando que os casos de violência sexual são muito mais frequentes contra as mulheres, optou-se, no presente artigo, pelo destaque da situação, de modo que o gênero feminino é referido como possível vítima na maioria das vezes no texto. Salienta-se, entretanto, que homens também sofrem abusos nos cenários religiosos e que tendem a responder de forma bastante similar ao que é descrito aqui.

2 BUENO, S.; SOBRAL, I. Um Estupro a Cada 8 Minutos. In: BUENO, S.; LIMA, R. S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**, 2020, p. 132.

3 BUENO, S.; PEREIRA, C.; NEME, C. A Invisibilidade da Violência Sexual no Brasil. In: BUENO, S.; LIMA, R. S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**, 2019, p. 115.

vem se destacando como um importante veículo nessa direção, com inúmeras mobilizações de massa⁴ visando à diminuição do problema. Essas campanhas de conscientização contribuem para que, cada vez mais, as vítimas tragam ao público situações de violência que antes permaneciam somente no reduto privado⁵. A divulgação de episódios de vitimização em diferentes âmbitos, incluindo mulheres famosas, ou de diferentes classes sociais e idades, tem permitido melhor compreensão sobre o problema e sobre seu alcance. Obviamente, isso conduz ainda a uma maior facilidade para identificar situações abusivas que antes eram naturalizadas, como aquelas realizadas por líderes religiosos.

Os estupros cometidos por chefes espirituais causam perplexidade. O crime rompe com a compreensão usual do exercício de devoção como uma via de promoção de saúde mental para os fiéis. Além disso, o problema interfere na visão dos sacerdotes como referências de conduta e modelos acerca de valores socialmente tidos como positivos. Ainda que existam essas expectativas, registros de violência sexual nesse cenário têm sido cada vez mais frequentes. Dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos sinalizam que, de 2016 a 2018, foram recebidas 462 denúncias de violações cometidas por clérigos – o equivalente a uma média de três denúncias por semana. Destas, 167 correspondem a casos de violência sexual, sendo que, especificamente em 2016, essa foi a notificação mais comum que o órgão recebeu envolvendo figuras de soberania espiritual^{6,7}.

Tais números, bastante expressivos, parecem plausíveis quando retomamos a quantidade de casos notórios que têm sido reportados pela mídia nos últimos anos. Provavelmente, o mais conhecido deles envolve uma série de queixas de violência sexual contra João Teixeira

4 Internacionalmente, um dos movimentos de maior repercussão foi o “Me Too”, de 2017, com desdobramentos ainda atuais, como no caso da mobilização “Me Too Incest”, que correu na França no final de 2020. No Brasil, existem campanhas similares, de amplo apelo virtual, tais como “Mexeu com uma, mexeu com todas”, “Meu primeiro assédio”, “Aconteceu no carnaval”, “Chega de Fiu-Fiu”, entre outras.

5 ROVINSKI, S. L. R. **Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência**. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 17.

6 Os dados em questão não foram publicizados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e foram obtidos pela Agência de Jornalismo Investigativo Pública por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI) em 2019.

7 FONSECA, B. **Governo registrou 167 denúncias de violação sexual por líderes religiosos em três anos**. Pública Agência de Jornalismo Investigativo, 24 jun. 2019. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/06/disque-100-registrou-167-denuncias-de-violacao-sexual-praticada-por-lideres-religiosos-em-tres-anos/>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

de Faria, conhecido como “João de Deus”. O médium, famoso pelos tratamentos espirituais que realizava na cidade de Abadiânia/GO, recebia uma enorme quantidade de fiéis advindos de regiões diversas do Brasil e de outros países. Segundo informado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, cerca de 330 mulheres procuraram o órgão desde o final de 2018, com alegações de abusos por parte dele, sendo que 194 formalizaram denúncia contra o carismático líder religioso⁸.

Outro caso menos conhecido, mas que também envolveu muitas vítimas, trata de três autoridades espirituais de um templo carioca, acusadas, em 2018, de violência sexual contra vários de seus seguidores. Conforme veiculado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro⁹, mais de 100 crimes dessa ordem teriam ocorrido, sendo que os sacerdotes usavam da sua posição de conhecimento do sobrenatural para cometer abusos sexuais contra homens e mulheres em situação de vulnerabilidade emocional. Para tal, eles alegavam que estavam incorporando supostas entidades ou os iniciando em rituais tântricos.

Não só no Brasil, mas também internacionalmente, várias ocorrências similares podem ser encontradas, sendo que algumas geraram, inclusive, obras cinematográficas, documentários ou se destacaram na internet de alguma forma¹⁰. O que se percebe é que uma busca rápida pelo assunto traz à tona diversos abusos por parte de autoridades religiosas nos mais variados locais do mundo. Nesse sentido, Lalich¹¹ dimensiona que há centenas, senão milhares de cultos controversos ao redor do globo. A mesma autora¹², baseada em sua

8 FARIA, J. C. **Juíza acolhe denúncia do MP e impõe 2ª condenação a João Teixeira de Faria por crimes sexuais**. Ministério Público do Estado de Goiás, 21 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.mpgo.mp.br/portal/noticia/juiza-acolhe-denuncia-do-mp-e-impoe-2-condenacao-a-joao-teixeira-de-faria-por-crimes-sexuais#.Xw3kuuWSnIU>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

9 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **MPRJ denuncia líderes de centro religioso por abusarem sexualmente de seguidores**. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/64809>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

10 Para aprofundamento, exemplifica-se que casos ocorridos nos EUA como o do pastor Warren Jeffs ou o de Bikram Choudhury, famoso guru de yoga indiano, foram publicizados e tiveram suas dinâmicas abusivas expostas em produções para a televisão.

11 LALICH, J. **Bounded Choice: true believers and charismatic cults**. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 2004, p. 8.

12 LALICH, J. Dominance and Submission: the psychosexual exploitation of women in cults. **Cultic Studies Journal**, v. 14, n. 1, 1997, p. 7.

experiência, estima que mais de 40% das mulheres vinculadas a esse tipo de comunidade acabam submetidas à violência sexual nesses contextos.

É preciso reconhecer que os estupros cometidos por clérigos têm aspectos bastante comuns a crimes similares ocorridos em outros cenários. Assim, também nesses casos, mesmo com a dimensão do problema sendo cada vez mais explícita, concepções equivocadas acerca do fenômeno continuam influenciando o trabalho de vários profissionais que atuam com as vítimas, sejam do sistema de saúde, segurança ou de promoção de justiça. Ao receberem notificações de crimes sexuais, independentemente do âmbito, é comum que esses atores tracem questionamentos sobre os motivos pelos quais as mulheres não exibiram sinais de reatividade quanto aos abusos – seja porque não denunciaram anteriormente ou porque pareceram não oferecer resistência a tais investidas. Nessas condições, são replicados mitos e crenças da comunidade leiga sobre o estupro, sem maior noção do que é trazido pela literatura especializada nas respostas de vítimas a assaltos íntimos^{13,14}. Tais adversidades e algumas questões que as fundamentam serão mais bem discutidas a seguir, com uma perspectiva jurídica e cultural do assunto.

1. A PRÁTICA JURÍDICA, A CULTURA E SUAS CONCEPÇÕES SOBRE A NÃO REATIVIDADE DE VÍTIMAS DE ESTUPRO

O interesse pelo comportamento humano exprime uma intersecção entre a Psicologia e o Direito e, deste modo, é importante que as pesquisas do primeiro desses campos sejam objeto de transformação efetiva sobre a lógica do segundo, afastando-o do senso comum e aproximando-o do ideal de justiça¹⁵. Sob tal argumento, entende-se que, se os operadores do Direito são instruídos a construir teses

13 FREYD, J. J. What Juries Don't Know: dissemination of research on victim response is essential for Justice. *Trauma Psychology Newsletter*, v. 3, 2008, p. 15.

14 ROCHA, L. L.; NOGUEIRA, R.. Violência Sexual: um diálogo entre o Direito e a Neurociência. In: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira. *Leituras de Direito: violência doméstica e familiar contra a mulher*. Natal: TJRN, 2017, pp. 298 e 299.

15 ROVINSKI, S. L. R. *Fundamentos da Perícia Psicológica Forense*. 2. ed. São Paulo: Vetor, 2007, pp. 36 e 37.

racionais para fundamentar um processo, o raciocínio deles deve coincidir com a realidade empírica e, portanto, devem ser alicerçados em achados científicos, mesmo que de outras áreas do conhecimento¹⁶.

Infelizmente, juristas têm sua formação centrada nas ciências humanas e raramente são convidados a dedicarem-se ao estudo das neurociências ou das reações psíquicas ao trauma como matérias complementares à sua atuação. Freyd¹⁷ aponta a ignorância consequente como perversa, tendo em vista que as demandas que chegam ao sistema legal são, muitas vezes, respondidas de forma inadequada, incrementando o abalo das vítimas.

O que se percebe é que, apesar de as políticas públicas terem avançado na garantia de direitos às mulheres e na organização de serviços que possam recebê-las e ajudá-las, persistem dificuldades relevantes em relação às situações envolvendo violência de gênero, incluindo aquelas que se dão em igrejas, terreiros e outros tipos de templos. Um exemplo disso são os casos de violência institucional (também nomeada de revitimização ou vitimização secundária), que ocorrem quando as entrevistas realizadas pelos profissionais com a vítima são conduzidas de forma inadequada, implicando sua revivência de sentimentos negativos relacionados à experiência de violência sexual e prejuízos no seu estado emocional^{18,19}.

A violência institucional é mostra de como muitos dos profissionais designados para lidar com denúncias de estupro são despreparados para a tarefa, visto que avaliam várias das ocorrências que chegam a eles por julgamentos morais e questionamentos sobre condutas das mulheres que, em sua concepção, teriam contribuído para o crime. Sob tal ótica, muitas vezes as vítimas são tratadas inadequadamente ou ouvidas com desconfiança, sendo, assim, revitimizadas quando buscam ajuda. É comum que a mulher passe a ser culpabilizada em vez de

16 FREYD, J. J. What Juries Don't Know: dissemination of research on victim response is essential for Justice. **Trauma Psychology Newsletter**, v. 3, 2008, p. 17.

17 Ibidem.

18 ROVINSKI, S. L. R.; PELISOLI, C. L.. **Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes: Testemunho e Avaliação Psicológica**. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2019, pp. 89 e 90.

19 VASCONCELOS, M. E. M., & AUGUSTO, C. B. Práticas Institucionais: Revitimização e Lógica Familista nos JVDfMs. **Direito em Movimento**. v. 23. Rio de Janeiro: EMERJ, 2015, pp. 89 e 90.

acolhida, enquanto o agressor permanece sem as devidas sanções²⁰. O problema é grave, muitas vezes mais danoso do que a experiência de subjuogo sexual em si, podendo gerar sequelas psicológicas severas. Não bastasse a dor do trauma da violência, nesses casos, o sofrimento se vê replicado por parte daqueles que deveriam oferecer suporte e justiça. O descrédito quanto às intervenções da rede de proteção, de promoção de saúde e do sistema judiciário é, portanto, uma das razões por que muitas mulheres demoram ou nem chegam a registrar as ocorrências de abusos sexuais²¹.

Nesse sentido, é interessante observar como, no campo do Direito, os crimes sexuais foram por muito tempo compreendidos de uma forma centrada no comportamento da mulher vítima dessa violação. Do assunto, Campos et al.²² construíram um traçado sobre a evolução da perspectiva jurídica quanto a esse tipo de violência no Brasil. Citam, por exemplo, o Código Imperial, de 1830, em que “o estupro era considerado um crime contra a segurança da honra e tratado juntamente com o defloramento de mulher virgem”. Nesse caso, o defloramento poderia ser considerado consensual se houvesse o casamento, o que excluía a punição para o ocorrido. Além disso, naquele contexto, as penas para estupro contra uma “mulher honesta” eram maiores do que o estupro contra prostitutas.

Ainda segundo essas autoras, já na Primeira República, em 1889, introduziu-se a nomenclatura “mulher pública” em referência à prostituta, de forma contrastante com a da “mulher honesta”, sendo que, para avaliar a gravidade do estupro, a honestidade da mulher era mais importante que sua virgindade. Com a reforma penal de 1940, permaneceu essa visão baseada na conduta da mulher, pois o estupro passou a ser tratado no título “Dos crimes contra os costumes”, no capítulo “Crimes contra a liberdade sexual”²³. Mudanças recentes

20 VASCONCELOS, M. E. M.; AUGUSTO, C. B. Práticas Institucionais: Revitimização e Lógica Familista nos JVDfMs. **Direito em Movimento**. v. 23. Rio de Janeiro: EMERJ, 2015, pp. 92 e 93.

21 BUENO, S.; PEREIRA, C.; NEME, C. A Invisibilidade da Violência Sexual no Brasil. In: BUENO, S.; LIMA, R. S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**, 2019, p. 117.

22 CAMPOS, C. H.; MACHADO, L. Z.; NUNES, J. K.; SILVA, A. R. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, set-dez 2017, p. 991. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-243220170003000981&lng=pt&tlang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2020.

23 CAMPOS, C. H.; MACHADO, L. Z.; NUNES, J. K.; SILVA, A. R. Cultura do estupro ou cultura antiestru-

no Código Penal fizeram com que o crime de estupro fosse ampliado para tratar de qualquer ato libidinoso contra a vontade da vítima, que poderia ser mulher ou homem. Além disso, em 2009, o título foi alterado para “Dos crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual”.

Percebe-se, portanto, que essas alterações são bastante novas. Sobre o assunto, Campos et al.²⁴ apontam que:

Apesar das mudanças nos códigos penais, infere-se que a longa duração do código relacional de honra dá espaço para que, tanto na interpretação social como na jurídica, as mulheres que se encontrem fora do espaço considerado da sociabilidade “honrada” não sejam dignas de proteção e o ato violento do estupro possa ser realizado e transformado simbolicamente em não estupro.

Rovinski²⁵ corrobora esse posicionamento ao afirmar que, na área da violência sexual, “réus e vítimas têm seu comportamento pregresso julgado durante o processo, sempre em consonância com os papéis tradicionalmente determinados a homens e mulheres”. A autora enfatiza que, em geral, prevalece um sentenciamento moral da vítima, pois espera-se que ela se enquadre no conceito jurídico de “mulher honesta”, ainda que não exista descrição legal dessa qualificação. Por outro lado, isso ocorre em detrimento de uma análise mais racional e objetiva dos fatos.

Isso pode ser especialmente impactante no caso de mulheres vitimizadas em contextos religiosos, sobretudo aqueles em que existe rígido controle sobre a sexualidade das pessoas e sobre o modo como devem se comportar. Lalich²⁶ lembra que há cultos que exigem a adoção de um estilo de vida que inclui regras sobre relações íntimas, namoro, concubinato, casamento e divórcio, e nos quais as mulheres, inclusive,

pro? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, set-dez 2017, p. 992. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000300981&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 13 jul. 2020.

24 Ibidem.

25 ROVINSKI, S. L. R. **Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência**. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 18.

26 LALICH, J. Dominance and Submission: the psychosexual exploitation of women in cults. **Cultic Studies Journal**, v. 14, n. 1, 1997, pp. 10 e 19.

são obrigadas a se vestirem de uma forma particular. Rompimentos com esses regulamentos, incluindo estupros por clérigos, podem trazer uma confusão intensa para a vítima, confronto interno com seus valores pessoais e medo da mulher quanto à reação dessas comunidades que pregam posturas mais castas.

Adiante, retomando sobre o campo das leis, sabe-se que o que se vê em seus fundamentos é tão somente um reflexo da moralidade da sociedade. Assim sendo, é comum que, na cultura do cotidiano, também sejam expressos certos preconceitos e dúvidas sobre o caráter da vítima e de sua legitimidade em denunciar uma violência sexual. Rocha e Nogueira²⁷ apontam que mitos e crenças sociais usualmente associados ao crime de estupro influenciam consideravelmente na análise jurídica. As autoras alertam que, por exemplo, quando é pensada a capacidade de resistência das vítimas, certos comportamentos são esperados por parte de uma mulher adulta, como a noção de que ela saberia se defender de uma investida masculina.

Além disso, há um entendimento por parte da sociedade de que “um estupro dificilmente será cometido por parceiros ou pessoas conhecidas da vítima, bem como de que os agressores seriam pessoas perigosas e com algum transtorno psicológico”²⁸. Esse último aspecto é importante ser lembrado quando tratamos de crimes sexuais cometidos por líderes religiosos, tendo em vista que eles ocupam um lugar de respeito e importância em suas comunidades. Desse modo, as pessoas em geral são menos propensas a acreditar que tal figura de reverência seja capaz de cometer violações desse tipo.

Outra questão ignorada por muitos dos que se deparam com o tema diz respeito à capacidade da vítima de contrapor-se ao sacerdote. Nesse sentido, Rocha e Nogueira²⁹ apontam que “os tribunais não têm reconhecido o temor reverencial – receio de desagradar pessoa a quem

27 ROCHA, L. L.; NOGUEIRA, R. L. Violência Sexual: um diálogo entre o Direito e a Neurociência. In: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira. **Leituras de Direito: violência doméstica e familiar contra a mulher**. Natal: TJRN, 2017, p. 292.

28 ROCHA, L. L.; NOGUEIRA, R. L. Violência Sexual: um diálogo entre o Direito e a Neurociência. In: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira. **Leituras de Direito: violência doméstica e familiar contra a mulher**. Natal: TJRN, 2017, p. 292.

29 ROCHA, L. L.; NOGUEIRA, R. L. Violência Sexual: um diálogo entre o Direito e a Neurociência. In: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira. **Leituras de Direito: violência doméstica e familiar contra a mulher**. Natal: TJRN, 2017, p. 292.

se deve respeito profundo – como suficiente, por si só, para suplantar a capacidade de resistência da vítima”. Em episódios como esses, conforme já indicado, geralmente são levantadas perguntas sobre por que a pessoa não reagiu diante daquela investida, sendo esses questionamentos baseados em desconhecimento do assunto.

Desse modo, mitos, preconceitos e a falta de compreensão sobre aspectos neuropsicológicos que atuam em casos de estupro contribuem para que a palavra da vítima seja desacreditada quando reporta que não consentiu com um ato sexual em certas circunstâncias. Tal descrédito é outro importante fator contra a disposição pessoal de muitas mulheres em efetuarem denúncia contra seus agressores sexuais. Nesses casos, não bastasse o impacto emocional de reviver o abuso por meio de sua narrativa para as autoridades, há o risco de se verem também culpabilizadas por não terem se comportado segundo o modelo de conduta tipicamente esperado em casos semelhantes. Tal receio não é impropriedade e vem perpetuado pela ideia de que “mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”. Esse tipo de assertiva teve a concordância de 37% dos brasileiros consultados em uma pesquisa de âmbito nacional realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública³⁰ e explicita a gravidade das concepções sociais sobre o crime em pauta.

Nos Estados Unidos, conforme artigo da Washington State Psychological Association³¹, pesquisas mostram que mulheres jovens experimentam receio não só de falar de episódios de violência sexual para os órgãos competentes, mas também para amigos e familiares. Lá se repete essa tendência em culpabilizar a vítima pela sociedade como um todo, sendo que o medo de reações sociais negativas interfere consideravelmente na decisão de falar sobre o assunto ou não.

Além de todas as questões até aqui postas, é importante ressaltar que, em se tratando dos crimes de estupro, há inúmeras dificuldades para se alcançar a verdade dos fatos, já que a violência costuma

30 SÃO PAULO. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Percepção sobre Violência Sexual e Atendimento a Mulheres Vítimas nas Instituições Policiais**. São Paulo, 2016, p. 8. Disponível em: <https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/04/FBSP_Datafolha_percecaoaviolenciasexual_set2016.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2022.

31 WASHINGTON STATE PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **WSPA Supports Statements on Sexual Assaults Issued by APA and Ohio Psych. Association**, 2018. Disponível em: <<http://wapsych-news.org/wspa-supports-statements-on-sexual-assaults/>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

ocorrer de maneira privada e sem testemunhas, muitas vezes sendo tais episódios quase inteiramente embasados na palavra da vítima³². Também aumentando os complicadores desses casos, e contrariando a comunidade leiga, Nucci³³ enfatiza sobre o fato de que esse “é um crime cometido em sigilo, como regra, sem deixar vestígios materiais. Há raras situações em que há abundância de provas para a condenação do acusado”.

À problemática, acrescenta-se que esse tipo de violação é analisado pela noção de constrangimento, que, por sua vez, é vinculada à existência ou não de consentimento. Segundo Rocha e Nogueira³⁴, a jurisprudência brasileira avalia a prova do dissenso (não consentimento) da vítima como

verdadeira elementar implícita do delito de estupro, devendo aquele ser sério e firme, capaz de demonstrar efetiva oposição ao ato sexual, a ser suplantada pelo emprego de violência física ou grave ameaça.

Nesse âmbito, situações que geram intimidação, mas não correspondem a uma violência mais explícita (como aquelas com uso de arma ou que implicam lesão física), podem ser minimizadas³⁵. Especificamente no campo religioso, como a exploração sexual normalmente se dá sob o véu da espiritualidade, o constrangimento pode ser ainda menos óbvio. Assim, ignora-se, com frequência, o poder de convencimento dos sacerdotes e da subserviência de seus devotos.

2. REAÇÕES BIOLÓGICAS ÀS AMEAÇAS SEXUAIS

Como demarcado anteriormente, os abusos sexuais normalmente têm consequências para as vítimas que são fortemente determinadas por questões inerentes à modelagem do comportamento social sobre

32 NUCCI, G. S. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 44.

33 *Ibid.*, p. 38.

34 ROCHA, L. L.; NOGUEIRA, R. L. Violência Sexual: um diálogo entre o Direito e a Neurociência. *In*: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira. **Leituras de Direito: violência doméstica e familiar contra a mulher**. Natal: TJRN, 2017, p. 289.

35 CAMPOS, C. H.; MACHADO, L. Z.; NUNES, J. K.; SILVA, A. R. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, set-dez 2017, p. 994. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000300981&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 13 jul. 2020.

esse assunto. Para além disso, cabe atentar que, em toda experiência de violência sexual, as respostas – ou mesmo a ausência de reação – das mulheres subjugadas são perpassadas também por aspectos evolutivos, neurobiológicos e psíquicos.

A imobilidade tônica é um desses fundamentos. Trata-se de um mecanismo evolucionário instintivo ante a uma situação de extremo pavor, marcada por um estado temporário e involuntário de inibição motora. A isso, Marx et al.³⁶ complementam que a incapacidade de locomoção se dá mesmo que sejam encontradas oportunidades de fuga, evidenciando sobre a indisponibilidade de aparatos neurofisiológicos para ações desse tipo e, portanto, sobre a vulnerabilidade da vítima. A duração dos episódios de imobilidade tônica é variável, sendo que o início e o fim deles se dão de modo abrupto, podendo ser sequenciados por reflexos de luta e/ou fuga.

Segundo Freyd³⁷, estudos empíricos têm repetidamente comprovado o fenômeno e demonstram a alta frequência com que ele se faz presente em episódios de assalto íntimo. Como exemplo, tem-se a pesquisa de Möller, Söndergaard e Helström³⁸, que, por meio de uma escala padronizada, avaliou 298 mulheres atendidas em um serviço de emergência especializado em estupros da cidade de Estocolmo, na Suécia. As vítimas desse tipo de crime foram submetidas ao exame no prazo de até um mês após a violência, e os resultados revelaram que 70% delas reportaram significativa imobilidade tônica durante aquele episódio traumático. Desse grupo, 48% consideraram que a sensação de paralisia vivenciada foi extrema. Em consequência ao encontrado, os autores advertem que, nessas circunstâncias, antes de interpretar a não reatividade de uma mulher como um consentimento passivo ou de desacreditá-la porque pareceu não resistir, as pessoas e, principalmente, os profissionais da área deveriam ser conscientizados

36 MARX, B. P.; FORSYTH, J. P.; GALLUP, G. G.; FUSÉ, T.; LEXINGTON, J. M. Tonic Imobility as an Evolved Predator Defense: implications for sexual assault survivors. **Clinical Psychology: science and practice**, v. 15, n. 1, 2008, p. 76.

37 FREYD, J. J. What Juries Don't Know: dissemination of research on victim response is essential for Justice. **Trauma Psychology Newsletter**, v. 3, 2008, p.16.

38 MÖLLER, A.; SÖNDERGAARD, H. P.; HELSTRÖM, L. Tonic Imobility During Sexual Assault: a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression. **Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinava**, v. 96, 2017, p. 937.

de que é mais provável que isso represente “*normal and expected biological reactions to an overwhelming threat*”³⁹.

De forma mais específica, sabe-se que o problema também afeta as vítimas de estupro em contextos religiosos. Do assunto, Benkert e Doyle⁴⁰ confirmam que as fiéis forçadas ao sexo por clérigos frequentemente comunicam sobre a sensação de paralisia e adormecimento do corpo frente ao medo eliciado no abuso, “*because of their disbelief that so sublime a personage would stoop to harm them*”⁴¹.

Além da imobilidade tônica, a dissociação peritraumática é também uma reação típica de vítimas de estupro, bem como de outros tipos de estresse agudo. Essa classificação refere-se a um complexo arranjo de sintomas manifestos por algumas vítimas na ocasião da violência e caracterizados, sobretudo, pela dissociação, ou seja, o “afastamento/alheamento” psíquico da realidade como estratégia de defesa psicológica. Isso significa uma espécie de rompimento cognitivo, afetivo e sensorial – que tende a ser provisório – com a cena traumática. Nessa condição, apesar de o corpo do indivíduo estar presente, o sofrimento severo o impele à desconexão mental⁴².

Segundo o DSM-5⁴³, os efeitos da dissociação peritraumática são observados em dois elementos fundamentais. O primeiro deles abarca o espectro dissociativo, que é uma “perturbação e/ou descontinuidade da integração normal de consciência, memória, identidade, emoção, percepção, representação corporal, controle motor e comportamento”. São exemplos de sintomas dissociativos: a amnésia, os *flashbacks*, o entorpecimento, a despersonalização e a desrealização⁴⁴. Já a ideia de peritrauma é traduzida pelo que ocorre organicamente,

39 “(...) reações biológicas normais e esperada para uma ameaça avassaladora”. (Tradução nossa)

40 BENKERT, M.; DOYLE, T. P. Clericalism, Religious Duress and its Psychological Impact on Victims of Clergy Sexual Abuse. *Pastoral Psychology*, v. 58, 2009, p. 232.

41 “(...) por causa de sua descrença de que um personagem tão sublime se inclinaria a prejudicá-las”. (Tradução nossa)

42 AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION. **APA Dictionary of Psychology**. Disponível em: <<https://dictionary.apa.org/peritraumatic-dissociation>,> Acesso em: 9 ago. 2020.

43 AMERICAN PSYCHIATRY ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-5**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2014, p. 291.

44 A despersonalização refere-se a uma sensação de estranhamento pessoal, de se ver a distância ou de forma mecanizada, ou como se o mundo externo fosse irreal, sendo esse último caso, um sinal de desrealização.

psicologicamente e comportamentalmente com o indivíduo nos momentos mais imediatos à ocorrência de um estressor traumático.

Enfatiza-se aqui que é íntima a relação entre a dissociação e a experiencição de situações catastróficas. Há uma proliferação de pesquisas que demonstram essa assertiva⁴⁵ e pelo menos 30 anos de estudos empíricos que documentam o tema⁴⁶. Percebe-se clareza, portanto, entre a ocorrência de um evento perturbador relevante e o profundo estado de desorganização psíquica que costuma afetar as vítimas de dada adversidade. Nesses casos, assim como a imobilidade tônica, a dissociação é tida como um mecanismo de reação psicológica contra uma vivência vista como insuportável. Tais respostas, de acordo com Souza⁴⁷, permitem que “o indivíduo se ‘afaste’ da situação enquanto ela ocorre, por exemplo, para não sentir dor, isto é, promover uma desconexão com o intuito de autoproteção”.

O *Trauma Bonding* ou *Traumatic Bonding* é um outro mecanismo psíquico importante de ser conhecido por aqueles que atuam além do campo da saúde mental em situações de violência de gênero. Dutton⁴⁸ explica o fenômeno como sendo “*the development and course of strong emotional ties between two persons, where one person intermittently harasses, beats, threatens, abuses or intimidates the other*”⁴⁹. Trata-se de um vínculo complexo de lealdade da vítima com o agressor e que costuma implicar espanto, frustração e descaso por parte dos serviços de saúde, assistência e justiça.

Reid et al.⁵⁰ enfatizam que o fenômeno do *Trauma Bonding* consiste em uma das formas de vinculação típica da Síndrome de

45 MARMAR, C. R.; METZLER, T. J.; OTTE, C. The Peritraumatic Dissociative Experiences Questionnaire. In: WILSON, J. P.; KEANE, T. M. Keane. **Assessing Psychological Trauma and PTSD**. New York: Guilford, 2004, p. 197.

46 CHU, J. A. **Rebuilding Shattered Lives: treating complex PTSD and dissociative disorders**. New Jersey: John Wiley & Sons, 2011, p. 3.

47 SOUZA, F. B. C. **Consequências Emocionais de um Episódio de Estupro na Vida de Mulheres Adultas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia – PUC-SP, São Paulo, 2013, p. 30.

48 DUTTON, D. G. Traumatic Bonding: the development of emotional attachments in battered women and other relationships of intermittent abuse. **Victimology: An International Journal**, v. 6, n. 1-4, 1981, p. 147.

49 “(...) o desenvolvimento e curso de um forte laço emocional entre duas pessoas, em que uma delas intermitentemente assedia, agride, ameaça, abusa ou intimida a outra” (Tradução nossa).

50 REID, J.; HASKELL, R.; DILLAHUNT-ASPILLAGA, C.; THOR, J. Trauma Bonding and Interpersonal Violence. **Faculty Publications**, 2013, p. 198.

Estocolmo, usualmente observada em episódios de violência por parceiros íntimos, abusos infantis, sequestros, tráfico humano e em seitas. Para esses autores, a ligação em questão é explicada pelo sentimento de gratidão e veneração que as vítimas sentem em relação a seus algozes, que, ante a condições amedrontadoras e traumáticas, lhes permitiram permanecer vivas.

Disso, Benkert e Doyle⁵¹ traduzem, de modo mais específico, sobre a perspectiva do *Trauma Bonding* em situações de assédio perpetuados em contextos religiosos. Aqui, a ligação tóxica que existe entre a vítima e o abusador é possibilitada porque existe uma relação emocional anterior, de confiança, que impede a primeira de reagir à situação abusiva. Ao exposto, os autores acrescentam que é esse mesmo mecanismo psicológico que faz com que muitas das mulheres violentadas continuem a frequentar aquele ambiente adverso.

A situação provoca dúvidas na maior parte das pessoas, que não entendem como essas vítimas se permitem ser submetidas a repetidos estupros, porque não reagiram, denunciaram ou, ainda, porque algumas delas assumem a posição de defender réus confessos. Nesses casos, quando não há sucesso em reparar o crime, repete-se muitas vezes o equívoco de que não existiu injustiça, pois acredita-se que houve falta de desejo por parte da mulher em interromper a violência ou que ela contribuiu para a própria vitimização⁵². Essas críticas, na verdade, tendem a ser infundadas, pois desconsideram a dinâmica patológica do *Trauma Bonding* ao mesmo tempo em que explicitam sobre o quão inconveniente pode ser assumir a natureza cruel do crime de estupro por parte de religiosos⁵³.

3. A INFLUÊNCIA DA COMUNIDADE RELIGIOSA NAS REAÇÕES DE VÍTIMAS DE CLÉRIGOS

51 BENKERT, M.; DOYLE, T. P. Clericalism, Religious Duress and its Psychological Impact on Victims of Clergy Sexual Abuse. *Pastoral Psychology*, v. 58, 2009, p. 235.

52 FREYD, J. J. What Juries Don't Know: dissemination of research on victim response is essential for Justice. *Trauma Psychology Newsletter*, v. 3, 2008, p. 15.

53 BENKERT, M.; DOYLE, T. P. Clericalism, Religious Duress and its Psychological Impact on Victims of Clergy Sexual Abuse. *Pastoral Psychology*, v. 58, 2009, p. 235.

Mesmo com o quão frequente se demonstrou ser a violência sexual por parte de sacerdotes e com a progressão dos números referentes a esse tipo de crime, a literatura especializada sobre esse tema persiste incipiente. Ainda que tal lacuna mereça registro, alguns autores têm sido bem-sucedidos em demonstrar como o envolvimento dos clérigos nessas situações parece agravar as dificuldades das vítimas em reagir e efetivar denúncia.

De modo geral, os sistemas religiosos têm grande poder de ditar direcionamentos para a vida das pessoas. Disso, Galanter⁵⁴ esclarece que, por fidelidade àquela comunidade, seus membros podem vir a se colocar em risco de diversas maneiras. Para o autor, esse tipo de devoção e comprometimento é demonstrado de forma especialmente intensa, por exemplo, no autossacrifício daqueles devotos vinculados a grupos paramilitares como os do norte da Irlanda e do Líbano.

Lalich⁵⁵ também aborda o tema ao elucidar por que alguns integrantes de cultos chegam a agir contra seus próprios interesses. Ela ilustra sua fala com casos famosos de suicídios em massa ocorridos em grupos religiosos, que causam perplexidade a muitas pessoas. Segundo a autora, na relação dos fiéis com esses sistemas, existe uma condição que ela denomina compromisso carismático, que pode levar a um aprisionamento psicológico, um estado de “*bounded choice*”⁵⁶. Ela defende que há, nesses exercícios de devoção, um processo de identificação com o grupo que gera um sentimento de propósito e pertencimento, mas também uma diminuição da autonomia pessoal. Nesse contexto, a autoridade carismática, o conjunto de crenças que é compartilhado por aquelas pessoas, os controles que os regem e as influências sociais e psicológicas do meio fazem com que seja exigido um grau extraordinário de comprometimento por parte dos integrantes da congregação. Há, portanto, uma fusão entre o sentimento de liberdade individual e o compromisso de renunciar a si próprio. Esse processo resulta em uma condição em que cada sujeito se torna

54 GALANTER, M. **Cults: faith, healing, and coercion**. 2. ed. New York: Oxford Press, 1999, p. 79.

55 LALICH, J. **Bounded Choice: true believers and charismatic cults**. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 2004, p. 15.

56 “escolha limitada” (tradução nossa).

severamente limitado em relação ao seu poder particular e à tomada de decisão individual.

Diante de tais perspectivas, que relembram milícias paramilitares e suicídios coletivos anunciados sob princípios espirituais, observa-se que a submissão de mulheres às demandas sexuais de seus líderes espirituais não parece um tipo de ação tão radical ou injustificada. Suas bases são comuns a outras demandas regidas pelo exercício da fé e são respaldadas, principalmente porque as imposições de seus sacerdotes costumam surgir sob alegações de ordem sobrenatural, incognoscíveis a elas. Nesse sentido, muitas vezes, a mulher é levada a acreditar que um encontro sexual com um líder religioso é uma honra ou algo crucial para que ela se desenvolva espiritualmente⁵⁷.

Benkert e Doyle⁵⁸ reforçam esse entendimento explicando que existe, nas comunidades religiosas, uma cultura clerical que exerce uma influência poderosa no consciente e no inconsciente de membros da igreja e na própria sociedade como um todo. Essa cultura determina não só a resposta da devota a um abuso cometido por seu líder religioso, como também aquela da comunidade, sendo que é usual que as pessoas neguem o crime e protejam o criminoso, enquanto quem sofre a violência é excluído.

Os autores enfatizam que os princípios religiosos estão fortemente associados ao medo relativo à origem sobrenatural dos deuses, isto é, ao poder da natureza e a forças que não podem ser controladas pelo homem ou que são ameaçadoras à vida. Tais concepções são administradas pelos sistemas religiosos para que as pessoas se comportem da forma tida como mais correta. Esse temor é estendido aos líderes que representam essas crenças, em algo similar a uma coerção religiosa, nominada pelos autores como “*religious duress*”. Sob essa condição, o devoto exibe um receio bastante forte, induzido pela reverência em relação ao seu mestre místico. Nesses casos, a possibilidade de invocar a insatisfação ou a ira do sacerdote é tão intensa, que sua capacidade de questionamento, dúvida, crítica e ação

57 LALICH, J. Dominance and Submission: the psychosexual exploitation of women in cults. *Cultic Studies Journal*, v. 14, n. 1, 1997, p. 11.

58 BENKERT, M.; DOYLE, T. P. Clericalism, Religious Duress and its Psychological Impact on Victims of Clergy Sexual Abuse. *Pastoral Psychology*, v. 58, 2009, p. 223.

se torna significativamente impedida. Há, portanto, um quadro de respeito, devoção e temor pela religião e pela divindade daquele credo e, por associação, à autoridade espiritual que a representa⁵⁹.

Liberty⁶⁰ complementa que os líderes religiosos comumente exploram ritos e relações de troca em seu próprio favor. A pesquisadora coloca que aqueles clérigos acusados de envolvimento em casos de estupro comumente utilizam-se de expressões espiritualizadas para convencer suas vítimas de que a abordagem sexual é parte de liturgias com as quais se beneficiarão. Ao usar tais artifícios, o representante do sagrado manipula as necessidades da mulher e interfere sobre a capacidade dela em fazer escolhas conscientes. A estratégia é forte e usada sobre pessoas que costumam estar vulneráveis, sendo também específica àquele contexto, ou seja, os argumentos não seriam efetivos em outras circunstâncias, caso fossem aplicados por outros homens senão o guia espiritual.

Assim, muitas vezes, as vítimas de violência sexual em contextos religiosos passam por um processo de aliciamento em que sofrem ameaças em suas crenças por meio da atribuição de responsabilidade a elas por seus problemas e o de suas famílias, sendo que lhes é exigido, como forma de tratamento, submeterem-se a rituais que, na verdade, são abusivos. Esse modo de ação de líderes religiosos é utilizado como meio para aumentar os comportamentos de violação íntima enquanto recompensam essas mulheres pela tolerância que demonstram⁶¹.

Nesses casos, o sentimento de culpa é mobilizado nessas fiéis de modo a garantir que se submetam à violência como forma de evitar que acontecimentos ruins lhes alcancem ou que acometam seus entes queridos. A ideia de sacrifício, então, toma uma posição central. Disso, Benkert e Doyle⁶² esclarecem que religiões primitivas já se apoiavam na noção de que pessoas comuns deveriam se sacrificar ou fazer promessas para garantir a benevolência dos deuses. Sob tal perspectiva, o clérigo

59 BENKERT, M.; DOYLE, T. P. Clericalism, Religious Duress and its Psychological Impact on Victims of Clergy Sexual Abuse. *Pastoral Psychology*, v. 58, 2009, p. 224.

60 LIBERTY, P. L. It's Difficult to Explain – the Compromise of Moral Agency for Victims of Abuse by Religious Leaders. *Journal of Religion and Abuse*, v. 3, n. 3/4, 2001, p. 86.

61 *Ibid.*, p. 84.

62 BENKERT, M.; DOYLE, T. P. Clericalism, Religious Duress and its Psychological Impact on Victims of Clergy Sexual Abuse. *Pastoral Psychology*, v. 58, 2009, p. 225.

assume um papel especial e privilegiado, como alguém favorecido para liderar serviços de adoração e oferecer tais sacrifícios em nome da comunidade.

O destaque dessa figura de referência torna mais difícil para a vítima questionar ou resistir às suas investidas, já que ela tem convicção acerca do poder espiritual de seu algoz. Ela assume, então, um papel sacrificial, margeado por um rito que desconhece, mas que supõe ser dominado pelo sacerdote. Aqui, acrescenta-se que a fé é um atributo individual que convoca exatamente a uma confiança extrema e indubitável, uma premissa que pode ser facilmente explorada frente à expectativa das pessoas em verem seus problemas sanados. A isso, Liberty⁶³ assevera que vítimas em potencial confiam que os líderes religiosos agem tendo em vista seu melhor interesse e não costumam duvidar de comportamentos por parte deles que em outras situações seriam rejeitados.

4. A VULNERABILIDADE, A INTIMIDAÇÃO E AS AMEAÇAS REAIS

Para além das questões discutidas, é necessário reconhecer ainda que muitas das mulheres que procuram apoio espiritual estão em condições de fragilidade particular, com aflições advindas de males diversos, como a exposição a traumas prévios, conflitos no casamento, diagnósticos de doenças sofridas por elas mesmas ou seus familiares, histórico de depressão e/ou outras psicopatologias etc. De acordo com Liberty⁶⁴, essas vulnerabilidades são facilmente exploradas pelo abusador para que ele tenha acesso à vítima. Segundo a autora, nesses casos, a fiel busca pela assistência do guia espiritual, pois espera que ele tenha recursos ou habilidades que a ajudem a lidar com seus problemas. Em vez de receber o apoio esperado, entretanto, a relação entre os dois acaba gradativamente sexualizada, de modo que a devota é levada a acreditar que necessita de uma vinculação desse tipo para se fortalecer e manejar suas dificuldades.

63 LIBERTY, P. L. It's Difficult to Explain – the Compromise of Moral Agency for Victims of Abuse by Religious Leaders. *Journal of Religion and Abuse*, v. 3, n. 3/4, 2001, p. 88.

64 *Ibid.*, p. 84.

Além disso, a ciência dedicada à compreensão do psiquismo de vítimas de violência sexual sinaliza que a diferença de poder delas em relação ao agressor compromete a possibilidade de que se manifestem contrárias ou ofereçam oposição na situação abusiva. Isso significa que, em qualquer contexto em que o autor do crime sexual exerça algum tipo de autoridade sobre a pessoa que sofre essa violação – por ter uma posição de chefia, ser um líder religioso etc. – ou em que é percebido por ela como mais poderoso – seja pela diferença de idade, conhecimento, posição social, dinheiro ou por ser tido como portador de uma força superior –, tem-se um enredo de dominação, com a vítima subjugada a essa condição. Essas diferenças normalmente são permeadas de desigualdades e devem ser analisadas com cuidado pelos juristas, pois comprometem a capacidade de consentir com a relação sexual^{65,66}.

Aqui, acrescenta-se que os aspectos que permeiam a relação de poder no estupro têm impacto não somente sobre aquela que sofre os abusos. O agressor, nessas situações, experimenta mais do que o prazer desviante em uma sexualidade brutalizada ou desenfreada, mas, especialmente, encontra na violência um meio para explorar sua sensação de superioridade⁶⁷.

É preciso ter claro ainda que, não bastasse o conjunto desses elementos, as situações de violência sexual muitas vezes envolvem também ameaças concretas e reais à integridade corporal da vítima ou de seus familiares, isso mesmo em casos envolvendo líderes religiosos. Pastores, padres, médiuns, pais de santo, entre outras referências espirituais, costumam gozar de privilégios em suas comunidades e se destacam por sua influência naquele grupo, podendo se valer desse prestígio para exigir a submissão sexual da fiel de forma explícita e agressiva, sem a camuflagem de subterfúgios metafísicos. Em qualquer âmbito, a intimidação dessa ordem tende a ser fator decisivo na sujeição da vítima, sendo, inclusive, fato que constitui o crime de estupro. Disso,

65 FREYD, Jennifer. J. What Juries Don't Know: dissemination of research on victim response is essential for Justice. *Trauma Psychology Newsletter*, v. 3, 2008, p. 16.

66 ROVINSKI, S. L. R.; PELISOLI, C. **Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes: Testemunho e Avaliação Psicológica**. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2019, p. 20.

67 BUENO, S.; PEREIRA, C. NEME, C. A Invisibilidade da Violência Sexual no Brasil. *In: BUENO, S.; LIMA, R. S. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*, 2019, p. 118.

Bueno, Pereira e Neme⁶⁸ destacam, dentre outras questões, que o medo de retaliação por parte do agressor é um dos fatores que implica a baixa notificação de crimes sexuais.

CONCLUSÃO

A violência sexual em contextos religiosos tem sido um fenômeno cada vez mais noticiado, porém persistem a má informação e o senso comum na forma com que profissionais das redes de proteção, de saúde e operadores do Direito lidam com as vítimas, especialmente aquelas que não oferecem resistência a seus agressores ou que demoram a relatar os episódios de estupro. Tais concepções são fundamentadas em equívocos e preconceitos, desconsiderando uma ampla gama de achados científicos que repetidamente demonstram as dificuldades de reação para as mulheres ofendidas, ainda mais quando os abusos são cometidos por seus líderes espirituais. Nesses casos, a influência do sistema de crenças sobre as subjetividades individuais e coletivas precisa ser cuidadosamente analisada.

A literatura especializada tem apontado que os crimes sexuais cometidos por clérigos envolvem dinâmicas de violência permeadas pela exploração da fé e pelo esforço para confundir as vítimas quanto aos ritos utilizados, em desfavor dos princípios pessoais delas e em favor dos interesses daquele que é tido como representante do sagrado. O sacerdote constrói um enredo de enganação, confusão e sedução, com argumentos de difícil consideração lógica e racional por parte da fiel, a medida em que sua fala é perpassada por fenômenos de ordem sobrenatural. É explícita, portanto, a condição de vulnerabilidade a que essas devotas são expostas, agravando usuais problemas prévios a que já se encontravam submetidas e que, inclusive, muitas vezes são os motivadores da busca por apoio espiritual.

Não bastassem essas particularidades que revestem os crimes sexuais cometidos por líderes religiosos, a ciência básica por trás dos episódios de estupro também esclarece sobre a tipicidade dos

68 BUENO, S.; PEREIRA, C.; NEME, C. A Invisibilidade da Violência Sexual no Brasil. In: BUENO, S.; LIMA, R. S. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* 2019, 2019, p. 117.

problemas para reagir e relatar tais ocorrências por parte das vítimas. Há um complexo cruzamento de questões sociais e neuropsicológicas que interferem sobre o modo como elas reagem imediatamente e posteriormente a situações de subjugo íntimo. Tais aspectos exigem considerar, por exemplo: a existência de mecanismos de defesa evolucionários e instintivos que levam à paralisação, amnésia, entorpecimento ou alheamento à cena abusiva; a dinâmica do poder, seja real ou percebido pela vítima; o uso de ameaças reais por parte dos agressores; ou, ainda, que a pessoa que sofre a violência sexual pode não ter interesse em enfrentar situações revitimizantes, baseadas em julgamentos comumente experienciados por quem reporta esse tipo de violação.

Frente às colocações aqui delineadas, resulta que é incabível explorar a ideia de consentimento com o ato sexual tão somente porque não foram observados sinais de reatividade da vítima ou porque houve demora por parte dela em apresentar denúncia. Esse tipo de proposição sustenta-se na ignorância acerca de sólidas pesquisas na área e de inúmeros estudos empíricos que evidenciam sobre como a atuação de muitos profissionais tem sido calcada em mitos. É salutar, desse modo, que a discussão se estenda à qualificação de toda a rede de proteção para evitar posturas inadequadas em serviços que deveriam garantir acolhimento, apoio, fortalecimento e segurança. Além disso, entende-se que é essencial que o assunto seja difundido entre juristas com vistas a subsidiar práticas mais embasadas e para fomentar o crédito na justiça em casos dessa ordem.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRY ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-5**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2014.

AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION. **APA Dictionary of Psychology**. Disponível em: <https://dictionary.apa.org/peritraumatic-dissociation_> Acesso em: 9 ago. 2020.

BUENO, Samira; PEREIRA, Carolina; NEME, Cristina. A Invisibilidade da Violência Sexual no Brasil. *In*: BUENO, S.; LIMA, R. S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**, 2019.

BUENO, Samira; SOBRAL, Isabela. Um Estupro a Cada 8 Minutos. *In*: BUENO, S.; LIMA, R. S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**, 2020.

BENKERT, Marianne; DOYLE, Thomas P. Clericalism, Religious Duress and its Psychological Impact on Victims of Clergy Sexual Abuse. **Pastoral Psychology**, v. 58, 2009.

CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein; SILVA, Alexandra dos Reis. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, set-dez 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000300981&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CHU, James A. **Rebuilding Shattered Lives: treating complex PTSD and dissociative disorders**. New Jersey: John Wiley & Sons, 2011.

DUTTON, Donald G. Traumatic Bonding: the development of emotional attachments in battered women and other relationships of intermittent abuse. **Victimology: An International Journal**, v. 6, n. 1-4, 1981.

FARIA, João Carlos de. **Juíza acolhe denúncia do MP e impõe 2ª condenação a João Teixeira de Faria por crimes sexuais**. Ministério Público do Estado de Goiás, 21 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/juiza-acolhe-denunciado-mp-e-impoe-2-condenacao-a-joao-teixeira-de-faria-por-crimes-sexuais#.Xw3kuuWSnIU>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

FONSECA, Bruno. **Governo registrou 167 denúncias de violação sexual por líderes religiosos em três anos**. Pública Agência de Jornalismo Investigativo, 24 jun. 2019. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/06/disque-100-registrou-167-denuncias-de-violacao-sexual-praticada-por-lideres-religiosos-em-tres-anos/>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

FREYD, Jennifer. J. What Juries Don't Know: dissemination of research on victim response is essential for Justice. **Trauma Psychology Newsletter**, v. 3, 2008.

GALANTER, Marc. **Cults: faith, healing, and coercion**. 2. ed. New York: Oxford Press, 1999.

LALICH, Janja. Dominance and Submission: the psychosexual exploitation of women in cults. **Cultic Studies Journal**, v. 14, n. 1, 1997.

LALICH, Janja. **Bounded Choice: true believers and charismatic cults**. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 2004.

LIBERTY, Patricia L. It's Difficult to Explain – the Compromise of Moral Agency for Victims of Abuse by Religious Leaders. **Journal of Religion and Abuse**, v. 3, n. 3/4, 2001.

MARMAR, Charles R.; METZLER, Thomas J.; OTTE, Christian. The Peritraumatic Dissociative Experiences Questionnaire. *In*: WILSON, J. P.; KEANE, T. M. Keane, **Assessing Psychological Trauma and PTSD**. New York: Guilford, 2004.

MARX, Brian P.; FORSYTH, John. P.; GALLUP, Gordon G.; FUSÉ, Tiffany; LEXINGTON, Jennifer M. Tonic Imobility as an Evolved Predator Defense: implications for sexual assault survivors. **Clinical Psychology: science and practice**, v. 15, n. 1, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
MPRJ denuncia líderes de centro religioso por abusarem sexualmente de seguidores.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 22 ago. 2018.
Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/64809>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MÖLLER, Anna; SÖNDERGAARD, Hans Peter; HELSTRÖM, Lotti. Tonic Imobility During Sexual Assault: a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression. **Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinava**, v. 96, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REID, Joan; HASKELL, Rachael; DILLAHUNT-ASPILLAGA, Christina; THOR, Jennifer. Trauma Bonding and Interpersonal Violence. **Faculty Publications**, 2013.

ROCHA, Luciana Lopes; NOGUEIRA, Regina Lúcia. Violência Sexual: um diálogo entre o Direito e a Neurociência. *In*: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira. **Leituras de Direito: violência doméstica e familiar contra a mulher**. Natal: TJRN, 2017.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência**. Rio de Janeiro: Lumen, 2004.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Fundamentos da Perícia Psicológica Forense**. 2. ed. São Paulo: Vetor, 2007.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; PELISOLI, Cátula da Luz. **Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes: testemunho e avaliação psicológica**. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2019.

SÃO PAULO. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Percepção sobre Violência Sexual e Atendimento a Mulheres Vítimas nas Instituições Policiais**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/04/FBSP_Datafolha_percepcaoviolenciasexual_set2016.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2022.

SOUZA, Flávia Bello Costa de. **Consequências Emocionais de um Episódio de Estupro na Vida de Mulheres Adultas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia – PUC-SP, São Paulo, 2013.

VASCONCELOS, Maria Eduarda Mantovani; AUGUSTO, Cristiane Brandão. Práticas Institucionais: Revitalização e Lógica Familista nos JVDfMs. **Direito em Movimento**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 23, 2015.

WASHINGTON STATE PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **WSPA Supports Statements on Sexual Assaults Issued by APA and Ohio Psych. Association**, 2018. Disponível em: <<http://wapsych-news.org/wspa-supports-statements-on-sexual-assaults/>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES EM SUA FORMA PRIVILEGIADA COMO O CAMINHO PARA SE EVITAR A AUSÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS PUNITIVAS

NON-PROSECUTION AGREEMENTS AND THE PROVISION OF DRUG TRAFFICKING WITH SENTENCE REDUCTION AS A WAY TO AVOID THE ABSENCE OF PUNITIVE CONSEQUENCES

Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl

Especialista em Direito e Processo Tributário. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado da Bahia. Colaboradora da Corregedoria do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenadora do Centro de Apoio da Criança e Adolescente no MPE/BA. anna.omena@mpba.mp.br

Como citar este artigo:

TRENNEPOHL, Anna Karina O. V. O acordo de não persecução penal e o crime de tráfico de entorpecentes em sua forma privilegiada como o caminho para se evitar a ausência de consequências punitivas. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 271 - 296.

Recebido em: 25/4/2022 | Aprovado em: 10/8/2022

Resumo: O presente trabalho analisa o contexto atual, no Brasil, a possibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal ao delito de tráfico de substâncias entorpecentes, em sua forma privilegiada, máxime com as recentes decisões dos tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que têm se demonstrado mais flexíveis, no que pertine à caracterização do delito, dificultando-se assim a condenação em uma ação penal e evitando-se que um possível cometimento de crime deixe de ter um algum resultado para o agente, vez que pior para a sociedade é ver a impunidade à aplicação do ANPP.

Palavras-chave: Crime; Tráfico de Entorpecentes; Ministério Público; Privilegiado; Tribunais; Acordo de Não Persecução Penal.

Abstract: *The present work analyzes the current context, in Brazil, the possibility of applying the Non-Prosecution Agreement to the crime of drug trafficking with sentence reduction, as established under the law, especially with the recent decisions of the courts, including the Superior Court of Justice, which have shown themselves to be more flexible, with regard to the legal characterization of the offense, thus making it more difficult to convict in a criminal action and preventing a possible crime from having any result for the agent, since the worst thing for society is to see the impunity that could be caused by the execution of such agreements.*

Keywords: *Crime; Drug Trafficking; Public Prosecutor; Sentence reduction; Courts of Law; Non-prosecution Agreement.*

Sumário: Introdução; 1. O enfrentamento do tráfico de drogas e os obstáculos encontrados nos tribunais superiores; 1.1. Nervosismo do agente ensejador de busca pessoal e ilicitude da prova; 1.2. Ônus da prova de autorização de acesso a imóvel; 1.3. Quantidade da droga apreendida e aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06; 1.4. Existência de inquéritos ou ações penais em curso a fim de não se aplicar o §4º do art. 33 da Lei de Drogas; 2. O acordo de não persecução penal e o tráfico em sua forma privilegiada; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) se deu pela inclusão, no Código de Processo Penal, do art. 28-A, cuja redação discorre 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 condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Para Aury Lopes Júnior¹, o Acordo de Não Persecução Penal vem na perspectiva de ampliação do chamado espaço de consenso ou justiça negociada no processo penal, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Para que seja oferecido pelo Ministério Público, a lei exige que: a) não seja caso de arquivamento da investigação; b) o agente confesse

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Ebook, p.4552.

o crime; c) a pena em abstrato seja inferior a quatro anos; d) não seja crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa (doloso); e) não seja crime de violência doméstica; f) não seja o agente reincidente; g) não seja cabível a transação; h) o agente não possua antecedentes que denotem conduta criminosa habitual (aplica-se a Súmula 444 do STJ ao caso); e l) não ter sido beneficiado nos últimos cinco anos com ANPP, transação ou sursis processual.

Um problema enfrentado na prática é quando o membro do Ministério Público aduz que o tráfico é crime hediondo de forma genérica e afasta de plano essa possibilidade de aplicação do ANPP, sem atentar-se para essa modalidade com redução de pena, que não é crime hediondo, mesmo que o acusado preencha todas as exigências do dispositivo de lei, ou seja, primariedade, bons antecedentes, não se dedique a atividade criminosa nem integre organização criminosa, demonstrando de plano os preenchimentos dos requisitos.²

Para os contrários à propositura de ANPP nas hipóteses de tráfico privilegiado, a análise acerca do reconhecimento e da quantidade de pena deve ser feita eventualmente fixada em sentença condenatória, pois se faz necessária ampla e completa dilação probatória que, por regra, só se mostra acertada à fase da sentença.

Contudo o combate ao tráfico de entorpecentes não é feito com paridade de armas entre as organizações criminosas e o Estado. De um lado, há uma estrutura em crescimento, em que cada vez mais as pessoas ingressam no comércio de substâncias entorpecentes como uma forma de trabalho, além do crescente número de usuários. Lado outro, a dificuldade de caracterização do flagrante e investigação por parte das polícias, já que não só há maiores barreiras para a caracterização do flagrante delito, bem como do ato de traficância. Some-se a isso que, uma vez proposta a ação penal, o número de membros do judiciário e Ministério Público não condiz com o número necessário para que os

2 A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é incabível o oferecimento de ANPP (Acordo de Não Persecução Penal) pelo Ministério Público nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes – cuja pena mínima é superior a quatro anos –, em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos do art. 28-A, *caput*, do CPP. (AgRg no RHC 145.629/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 06/08/2021)

processos criminais, incluindo os por tráfico de drogas, sejam julgados de forma célere.

Ante todo esse quadro que vem se desenhando no cenário da investigação e apuração do crime de tráfico de drogas, analisar-se-á se o oferecimento de Acordo de Não Persecução penal – ANPP não é via mais adequada no momento, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores.

1. O ENFRENTAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS E OS OBSTÁCULOS ENCONTRADOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

1.1. Nervosismo do agente ensejador de busca pessoal e ilicitude da prova

Como é de notório conhecimento, a maioria dos crimes de tráfico são descobertos por meio de flagrantes perpetrados pelas autoridades policiais, tendo em vista que a ausência de aparato policial dificulta a investigação desse crime, salvo quando realizada por promotorias de Justiça especializadas ou grupos especializados, tais como o Gaeco.

Muitas dessas abordagens ocorrem por conta do nervosismo apresentado pelo acusado ao avistar policiais, encontrando-se, pois, em atitude suspeita.

Todavia, tais indicativos não podem mais ser utilizados, segundo entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, para que seja realizada a abordagem e, *in continenti* a busca em imóveis, que, em sede de Habeas Corpus (659.689), que considerou que a pessoa que demonstra excessivo nervosismo ao ver uma viatura policial passar não dá à Polícia Militar fundadas suspeitas para fazer busca pessoal, muito menos para invadir uma residência sem autorização judicial. Entendimento este que tem se mantido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL REALIZADA NO RÉU. ILICITUDE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA

NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Considera-se ilícita a busca pessoal e domiciliar executada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. 240 do CPP, bem como a prova dela derivada, **não sendo razoável considerar que o nervosismo do acusado ao avistar a autoridade policial, por si só, enquadre-se na excepcionalidade da revista pessoal ocorrida em seguida** (HC 680.214/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe de 5/11/2021).

2. Na hipótese, não houve a indicação de nenhum dado concreto e objetivo sobre a existência de justa causa para autorizar a busca pessoal, visto que a simples existência de denúncia anônima sobre o deslocamento de pessoas para o local dos fatos no intuito de exercerem a venda de drogas, **bem como o fato de que o suspeito aparentava suposto nervosismo diante da aproximação dos policiais (parâmetro subjetivo dos agentes policiais), não constituem fundamento idôneo para autorizar a busca pessoal, o que impõe o reconhecimento da ilicitude da prova obtida com a medida invasiva, bem como das provas dela derivadas.**

3. Agravo regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no HC 706.522/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 25/02/2022). (grifo nosso).

Vê-se que o novel entendimento é que o nervosismo *de per si* não é hábil para ensejar a busca pessoal e o acesso a imóveis. Sobre este último, prosseguiremos ainda na análise.

1.2. Ônus da prova de autorização de acesso a imóvel

Nessa mesma linha, nos últimos anos, o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade de agentes da polícia adentrarem em imóveis ou coisa que o valha, ou até mesmo realizar a busca pessoal em suspeito, tem sido modificado. Sendo este o posicionamento prevalente atualmente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM ATITUDE SUSPEITA DO ACUSADO. FUGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO AGENTE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Tendo como referência o entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, **o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.**

2. No caso em tela, a violação de domicílio teve como justificativa o comportamento suspeito do acusado - que empreendeu fuga ao ver a viatura policial, circunstância fática que não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial.

3. Ademais, a alegação de autorização de entrada dos policiais pelo agente não merece acolhimento, porquanto não há outro elemento probatório no mesmo sentido, salvo o depoimento dos policiais que realizaram o flagrante, tendo tal autorização sido negada em juízo pelo réu.

4. **“Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador” (HC n. 685.593/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe 19/10/2021).**

5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio, com a consequente absolvição do paciente.

(HC 685.681/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 18/03/2022). (grifo nosso).

Assim, de acordo com o entendimento jurisprudencial hodierno, cabe à acusação provar que houve a autorização do morador (proprietário, possuidor ou mero locador), sob pena de estar eivada de nulidade a diligência. Todavia, na maioria das vezes, nos crimes de tráfico de drogas, apenas os agentes policiais são as testemunhas dos fatos, e a pessoa que uma vez autorizou a entrada no imóvel, por se parente ou amigo do acusado, pode não prestar compromisso em juízo e faltar com a verdade, negando ter dado a referida autorização. Por conta disso, a ação policial que ocorre de forma célere, em um flagrante, terá que ser diferida a fim de que seja documentada ou registrada de alguma forma a referida autorização.

Tal entendimento persiste ainda que uma ação policial tenha como resultado a apreensão de grande quantidade de entorpecentes. Isso não é suficiente para justificar a entrada de policiais na casa de um suspeito sem demonstrar a autorização do morador, sem ordem judicial e sem a existência de flagrante delito:

HABEASCORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. NULIDADE. INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA OU DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. COMPROMETIMENTO DA MATERIALIDADE DELITIVA. **APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (37,717 KG DE MACONHA, 2,268 KG DE COCAÍNA E 10,532 KG DE CRACK)**. ÔNUS DA PROVA. ESTADO ACUSADOR. PROVAS OBTIDAS EIVADAS DE VÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.

1. Esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou, ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.

2. Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da

voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador.

3. Ao que se observa, o fato de o indivíduo correr com uma mochila nas costas, mesmo após evadir-se da presença policial, não configura a fundada razão da ocorrência de crime (estado de flagrância) que justifique afastar a garantia da inviolabilidade do domicílio, estabelecida no art. 5º, XI, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da invasão de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato. (HC 668.062/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021). (grifo nosso).

Veja que, no caso em testilha, houve a apreensão de aproximadamente 50 quilos de substância entorpecente de mais de uma espécie, e, mesmo assim, a quantidade da droga apreendida não foi suficiente para justificar a ação policial.

1.3. Quantidade da droga apreendida e aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06

Ainda no que pertine à quantidade de drogas apreendida, o STJ, por meio da 6ª Turma, entendeu que a aplicação da minorante do tráfico não fica condicionada ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, sendo, pois, um direito subjetivo do réu, e, conseqüentemente, uma vez preenchidos os requisitos legais, faz-se obrigatória a aplicação da causa redutora de pena.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTO NÃO IDÔNEO. PENA REDUZIDA. AGRAVO PROVIDO PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Impugnada suficientemente a decisão de inadmissão do recurso especial, é de ser conhecido o recurso.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, **“A aplicação da minorante do tráfico não fica**

condicionada ao disposto no art. 42, da Lei de Drogas. Trata-se de direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena” (AgRg no REsp 1902218/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021) 3. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de reduzir a condenação para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa (reduzidor de 1/2), fixando-se o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(AgRg no AREsp 1881622/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, Julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021). (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal já entendeu de forma idêntica que poderia ser considerado como tráfico privilegiado, em que pese a quantidade e a natureza da droga apreendida: 197 kg de maconha. A Corte originária se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional, mas tal tese não se sagrou vencedora no Pretório Excelso:

Ementa Penal e processual penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria e redutor por tráfico privilegiado. Quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedentes. Necessidade de elementos concretos e não indevidas presunções para seu afastamento. Agravo provido e ordem concedida. (HC 207225, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator(a): Min. Edson Fachin, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 18/12/2021, Publicação: 10/03/2022)

A quantidade de substância entorpecente não tem servido sequer para fundamentar a prisão cautelar do acusado, como se extrai de recentes julgados³, tal qual o que entendeu que 13,6 kg de drogas,

3 HC 206745 AgR / SP - São Paulo, Ag.Reg. no Habeas Corpus, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 09/03/2022, Publicação: 15/03/2022, Órgão julgador: Segunda Turma, Publicação: processo eletrônico dje-049 divulg 14-03-2022 public 15-03-2022, Ementa: Agravo regimental em habeas corpus.

máquinas de contagem de cédulas e embalagem a vácuo, por si só, não são suficientes para a decretação da prisão preventiva,

1.4. Existência de inquéritos ou ações penais em curso a fim de não se aplicar o §4º do art. 33 da Lei de Drogas

Já que se trouxe à baila o art. 42 da Lei de Drogas, não é só a quantidade da pena que deixou de ser considerada como fator imprescindível para a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado, prevista no §4º do art. 33.

O Ministro Alexandre de Moraes, em recente decisão monocrática, entendeu que a existência de anotações desfavoráveis ao réu também não pode impedir a caracterização do tráfico privilegiado, por entender que consideradas as especiais circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato de não haver registro de que o paciente integre organização criminosa:

Consideradas as especiais circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato de não haver registro de que ele integre organização criminosa, não vislumbro fundamentação apta a justificar o afastamento do denominado tráfico privilegiado. De modo que melhor se amolda ao caso a conclusão pela aplicação da causa especial de redução de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, cujo dispositivo é voltado a hipóteses como a presente, que retratam quadro de traficância eventual ou de menor gravidade. Nesse mesmo sentido: HC 143.577-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; HC 129.466/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/10/2015; *RHC* 118.195/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/10/2013; HC 101.265/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Red. p/ acórdão, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 6/8/2012. (RHC 202123, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 17/03/2022, Publicação: 21/03/2022)

2. Decisão monocrática concessiva da ordem. 3. Prisão preventiva. Tráfico de drogas. 4. A quantidade da droga apreendida, por si só, não é apta a caracterizar a periculosidade do agente. Os indícios de que o paciente praticava o tráfico não legitimam sua constrição cautelar. 5. Agravo regimental desprovido.

Essa foi a mesma linha que a 5ª e 6ª Turmas do STJ utilizou para unificar a posição dos colegiados de direito penal do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao decidir que a aplicação da causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, prevista na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), não pode ser afastada com fundamento em investigações ou processos criminais em andamento.

Com esse entendimento, os ministros reduziram a pena de um condenado por tráfico de drogas, de cinco anos de reclusão em regime fechado para um ano e oito meses no regime aberto, e substituíram a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo de execução.

O caso chegou ao STJ após as instâncias ordinárias não reconhecerem a causa redutora de pena do tráfico privilegiado, pois o réu também responde a um processo por roubo, o que revelaria a habitualidade delitiva.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE
DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO
PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO.
MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA.
UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE
AS TURMAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que “A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020).

Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior.

3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

(HC 664.284/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021). (grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REFORMA DO ACÓRDÃO. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIAS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO ADOTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA AFASTAR A REDUTORA DE PENA. CRIMES DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS E DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 PRATICADOS PELO PRIMEIRO PACIENTE. UMA MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO APREENDIDA. DESVINCULAÇÃO DA CONDUTA DO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi negada pelas instâncias ordinárias em

razão unicamente da existência de ações penais em curso, o que não é mais admitido pela jurisprudência desta Corte.

2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal de “que ‘A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal’ (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020).

Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior” (HC 664.284/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 27/9/2021).

3. “Embora o crime de porte de armamentos e munições trate-se de delito de mera conduta e de perigo abstrato, nos casos de apreensão de pequena quantidade de munição desacompanhada do armamento capaz de deflagrá-la, é devido o reconhecimento da atipicidade material da conduta, em razão da ausência de lesão ou probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal” (HC 610.323/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe 4/5/2021).

4. Quanto ao primeiro paciente, o acórdão preferido pelo Tribunal de origem decidiu que a apreensão de apenas uma muda da planta de maconha caracterizou o crime do art. 28 da Lei Antidrogas. Embora tenha sido preso em posse também de uma munição de arma de fogo, juntamente com o corréu, a Corte de origem desvinculou a sua conduta com a do tráfico de drogas praticada pelo outro paciente. Nesse contexto fático, cabível a aplicação do princípio da insignificância e a absolvição do paciente, no caso concreto, em relação ao crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03, por atipicidade material da conduta.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC 667.899/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022). (grifo nosso).

Essa provavelmente será a tese que afastará a incidência no art. 28-A, §2º, II, do CPP aos casos em que o acusado detiver ações penais e inquéritos policiais em curso:

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:

(...)

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

(...)

II - se o investigado for reincidente **ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional**, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (grifo nosso).

Pela leitura da jurisprudência alhures trazidas, constata-se a dificuldade de se fazer a prova do crime de tráfico, e, uma vez este provado, há inúmeras hipóteses em que a minorante do tráfico privilegiado pode ser aplicada, mesmo que a quantidade da droga seja expressiva e existam processos penais ou inquéritos em curso.

Dessa feita, todo um processo penal que teve seu trâmite pode resultar em uma condenação por tráfico privilegiado, que é passível de acordo de não persecução penal, na melhor das hipóteses, para não se pensar em uma absolvição ou desclassificação para o crime disposto no art. 28 da mesma lei especial, como foi o disposto no julgado em que STJ afastou a condenação em segunda instância por tráfico⁴, donde

4 “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. No processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção “pela livre apreciação da prova” (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

2. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976).

3. O alargamento da consideração sobre quem deve ser considerado traficante acaba levando à indevida inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em

se conclui que a condenação por tráfico, quando apreendida grande quantidade, já é difícil, quiçá quando a quantidade é pequena, situação esta costumeira entre traficantes que buscam suscitar porte para uso, e não traficância, caso sejam presos.

conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

4. Na espécie em julgamento, em que pese a existência de condenação definitiva anterior por crime da mesma natureza em desfavor do acusado, em nenhum momento foi ele surpreendido comercializando, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação do Ministério Público de que o réu “foi surpreendido trazendo consigo e transportando, para fins de tráfico, 06 (seis) porções de cocaína.

5. Considerada a ínfima quantidade de droga apreendida (1,54 gramas de cocaína) e o fato de que o réu, em juízo, negou a traficância, retratando-se da suposta confissão informal realizada perante os policiais militares responsáveis pela sua abordagem, opera-se a desclassificação da conduta a ele imputada, em respeito à regra de juízo, basilar ao processo moderno e derivada do princípio do favor rei e da presunção de inocência, de que a dúvida relevante em um processo penal resolve-se a favor do imputado.

6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

7. Por tal motivo, não se pode transferir ao acusado a prova daquilo que o Ministério Público afirma na imputação original e, no ponto, não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em poder do acusado ou de seu passado criminoso. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão.

8. É de considerar-se, outrossim, que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*), espera-se mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibra ponderação uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições «converta os agentes de execução do Ministério Público em simples «despachantes criminais», ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena.» (Paulo César Busato, *O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro*. In: *Revista de Estudos Criminais*. Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124).

9. Ordem concedida, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que, desclassificando a imputação original, condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0000013-48.2017.8.26.0569). Fica mantida inalterada a condenação relativa ao cometimento do delito descrito no art. 333 do Código Penal.

(HC 705.522/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021)

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O TRÁFICO EM SUA FORMA PRIVILEGIADA

O pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), sob o rótulo do combate ao crime organizado e à corrupção, idealizado pelo ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro, mas profundamente modificado pelo Legislativo, altera diversos diplomas normativos, entre eles, Código de Processo Penal (CPP), Lei de Execução Penal, Lei de Organização Criminosa e a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). No texto aprovado, na onda da valorização do consenso, foram inaugurados, no nosso sistema punitivo legal, em sentido amplo, os acordos de não persecução penal (ANPP) e não persecução cível (ANPC), ambos negócios jurídicos-consensuais já disciplinados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) pelas Resoluções nº 181 e nº 179 do ano 2017.

O cerne do acordo de não persecução é, como a própria nomenclatura sugere, a promessa de não processar ou de não levar ao Judiciário a pretensão, desde que cumpridas certas condições ajustadas entre as partes, entre as quais algumas têm nítido caráter sancionatório. Em razão disso, Saulo Mattos (2020, p.12), ao discorrer sobre o ANPP, diz que é um *“negócio para punir, e não somente para evitar a existência de um novo processo sobre um fato aparentemente delitivo.”*

O acordo de não persecução penal (ANPP) se deu pela inclusão, no CPP, do art. 28-A, cuja redação é a seguinte:

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

No CPP, o acordo não corresponde a uma inovação propriamente dita e não difere, em sua essência, da colaboração premiada, mas supera a aplicação restrita da justiça penal negociada (legislada) aos

crimes de menor potencial ofensivo – por meio da transação penal ou suspensão condicional do processo descritos na Lei nº 9.099/95 – e às organizações criminosas, abarcando um sem-número de delitos, previstos no Código Penal e nas leis penais esparsas, cujas penas mínimas abstratas sejam inferiores a quatro anos – consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena – e desde que cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Ainda, no ANPP, é necessária a confissão do investigado e a estipulação das seguintes condições, cumulativa ou alternativamente: reparação do dano causado à vítima, quando houver; renúncia de instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviço à comunidade; e pagamento de prestação pecuniária.

O viés punitivo do ANPP, a seu turno, exige a presença de justa causa para a ação penal, melhor dizendo, exige a prévia colheita de elementos de prova suficientes da ocorrência do crime (materialidade) e da sua autoria, superando a hipótese de arquivamento da investigação. De tal modo que a confissão formal e circunstanciada (ainda que na fase pré-processual), como requisito expresso, não pode suprir a carência de elementos probatórios da investigação⁵. Nesse ponto, o acordo não se afasta da regra de que a confissão tem valor probatório relativo e deve ser confrontada com os demais elementos coletados tampouco se elidem as normas que regem a coleta de provas (art. 158 e art. 197 do CPP)⁶.

Calha registrar, tal como na colaboração premiada, que o ANPP deve ser submetido à homologação judicial para o crivo da legalidade e do atendimento ao pressuposto da voluntariedade. Todavia, nesse ponto, a reforma ainda autorizou a recusa do acordo pelo Magistrado quando considerar as condições inadequadas, insuficientes ou abusivas, remetendo-a às partes para que seja reformulado, merecendo as valorosas críticas doutrinárias.

5 A exigência de justa causa para o ANPP visa evitar o que muitos estudiosos chamam de “excesso da acusação” em decorrência das distorções porventura causadas pela obrigatoriedade da confissão.

6 Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

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

1. Para o Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, ao concluir sua análise sobre o novo instituto,
2. A necessidade de revisar o conteúdo produzido nas fases antecedentes e de controlar os atos praticados é um sinal inequívoco de que não compreendemos a racionalidade da justiça consensual. Nos países anglo-saxões, o magistrado verifica apenas se o acordo atendeu os requisitos mínimos. (2020)

Traçadas apenas as linhas gerais desse novo instrumento de justiça consensual no processo penal, adentramos na viabilidade de que este seja firmado nos casos de tráfico privilegiado.

Neste ponto, deve ser feita a análise pelo legítimo autor da ação penal, membro do Ministério Público, se é hipótese de tráfico privilegiado, vez que, uma vez proposta a ação penal, não caberia mais o ANPP.

Nesse sentido, entende o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da *denúncia*. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da *denúncia*. 3. O recebimento da *denúncia* encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos

antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*”.

Tese

O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*.

Decisão

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020. (HC 191464 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 11/11/2020 Publicação: 26/11/2020)”

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PROPOSIÇÃO APENAS EM PROCESSOS EM CURSO ATÉ RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. DEFENSOR DATIVO DEVIDAMENTE CIENTIFICADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O acordo de não persecução penal (ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, terá aplicação somente nos procedimentos em curso até o recebimento da denúncia (ARE 1294303 AgRED, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/4/2021).

2. “A jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, consoante o disposto no art. 392, II, do Código de Processo Penal, tratando-se de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído acerca da sentença condenatória, não havendo qualquer exigência de intimação pessoal do réu que respondeu solto ao processo (AgRg no REsp 1710551/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe de 3/10/2018).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 661.692/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 28/05/2021). (grifo nosso).

Em um primeiro plano, têm-se que o delito em comento, previsto no art. 33 da Lei de Drogas – a despeito de ter sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa –, possui pena mínima superior a quatro anos, o que, inicialmente, inviabilizaria eventual proposta de ANPP, como já entendeu o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. AUSÊNCIA REQUISITO OBJETIVO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REAVALIAÇÃO. PRAZO DE 90 DIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. É incabível o oferecimento de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes cuja pena mínima é superior a 4 anos, em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos do art. 28-A, caput, do CPP.

2. É inviável a análise acerca do reconhecimento do tráfico privilegiado e da quantidade de pena a ser eventualmente fixada em sentença condenatória, pois não é permitido, na estreita via do writ, juízo de valor antecipado sobre a condenação final.

3. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts.

312, 313 e 315 do Código de Processo Penal.

4. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas.

5. A revisão de ofício da necessidade de manutenção da prisão cautelar a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único, do CPP) cabe tão somente ao órgão prolator da decisão, ou seja, ao juiz ou tribunal que decretou a custódia preventiva.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 145.629/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 06/08/2021). (grifo nosso).

Todavia, em que pese tenha sido imputada a prática do crime de tráfico disposto no *caput* do artigo 33 da referida Lei, pela análise do caso concreto e verificação de existência de antecedentes do acusado, pode o membro ministerial averiguar se é o caso de reconhecimento de tráfico privilegiado.

Assim, também pela narrativa dos fatos, verifica-se que a conduta em tela, quando da dosimetria da pena, demandaria o reconhecimento do privilégio inculpidado no §4º do mesmo artigo.

Considerando, para tanto, a não relevante quantidade de droga apreendida, as condições pessoais do agente, notadamente primariedade e bons antecedentes, desassociados de circunstâncias que indiquem sua dedicação a atividades criminosas ou organizações criminosas, o que autoriza, *a priori*, o reconhecimento da minorante. Atente-se, contudo, que, como exposto anteriormente, mesmo que considerável a quantidade de droga apreendida e existentes inquéritos policiais e ações penais em curso, o STJ e STF já entendem por cabível a aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, para reconhecer como tráfico privilegiado.

Nesse sentido, não é demais lembrar o entendimento o Enunciado 29 do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores-Gerais) e GNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores e Centro de Apoio Criminal), o qual dispõe que, para aferição das penas mínima e máxima do delito, com vistas ao oferecimento de ANPP – cujos requisitos encontram-se listados no art. 28-A do CPP –, devem-se considerar as causas de aumento em seu grau mínimo e as causas de diminuição em seu grau máximo.⁷

Dessa forma, considerando a redutora disposta no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, tem-se que a conduta praticada se amolda aos requisitos objetivos para oferecimento de ANPP, razão pela qual cumpre ao *Parquet* avaliar a aplicabilidade deste ao caso

⁷ Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõem os Enunciados Sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

concreto, quando da análise do inquérito policial, e não aguardar a sentença de primeiro grau.

CONCLUSÃO

A consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro veio para ficar, com respaldo na Constituição Cidadã de 1988, não escapando dela o direito sancionador, aí incluídos os sistemas penais e extrapenais de responsabilização pela prática de atos ilícitos.

A guinada para a solução consensual dos conflitos, abandonando a concepção de supremacia da intervenção estatal na resolução dos litígios, não foi repentina, mas construída ao longo das últimas décadas, com raízes nos negócios jurídicos processuais típicos entre particulares e nos compromissos de ajustamento de conduta, tomados pela Administração Pública, com vistas à cessação do ato ilícito e à adequação da conduta do infrator às exigências legais.

No direito sancionador, a mudança foi mais tardia, influenciada pelos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e impulsionada pela falência do modelo de judicialização (dispendioso e moroso) de toda e qualquer demanda para responsabilização, ainda que desprovidas de gravidade concreta a conduta.

Superando os dogmas doutrinários que enxergam no princípio da indisponibilidade do interesse público a impossibilidade de negociação pelo poder público, no exercício do seu poder punitivo, do conteúdo das sanções penais, civis, administrativas e de improbidade administrativa, vários diplomas normativos, com supedâneo na Constituição, introduziram instrumentos de composição, os quais se traduzem em negócios jurídicos híbridos, já que tocam o processo em si (provas, prazos, ritos etc.) e também o direito material em jogo.

Ainda, no peculiar enfrentamento do endêmico fenômeno de tráfico de drogas no Brasil, é sentida a relevância do pacote anticrime (recém-aprovado) que introduziu, no microssistema anticorrupção, os acordos de não persecução penal e não persecução civil. Ambos os institutos romperam os marcos legais que somente admitiam a

composição no direito sancionador brasileiro, de modo expresso, nos delitos de pequeno potencial ofensivo ou na criminalidade organizada.

O posicionamento dos tribunais superiores sobre a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas impulsiona o entendimento de que essa análise da existência de tráfico privilegiado deve ser feita pelo legitimado pela propositura da ação penal pública incondicionada, qual seja, o Ministério Público, antes de proposta a denúncia, vez que não já se pacificou o entendimento de que não cabe oferecimento de ANPP uma vez oferecida a denúncia.

Assim, obtém-se um resultado mais célere, e, uma vez que o acordante de ANPP não pode firmar outro pelos próximos cinco anos⁸ e uma vez descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, cf. §10 do art. 28-A do CPP.

Portanto, se de fato detiver envolvimento no tráfico de drogas e novamente for descoberto, não só responderá a ação penal, se o ANPP já não tiver sido finalizado, como também pode vir a responder por uma ação penal pelo novo delito. Isso pode impulsionar a busca pela não reincidência, ou, se esta ocorrer, até ensejar uma prisão preventiva, alcançando-se, assim, um resultado prático para o aprimoramento do Sistema de Segurança brasileiro.

Além disso, é importante frisar que cabe ao juiz o exame da justa causa para evitar abusos processuais quando não for proposto o ANPP, tal como ocorre na transação penal, quando se encontrem preenchidos os requisitos: “A atuação judicial é fundamental para filtrar as acusações e impedir os abusos, tolhendo a iniciativa do Ministério Público naqueles casos em que não há justa causa para a ação penal.”⁹

Vê-se, pois, que, uma vez adotada essa prática, entende-se que se terá resultados práticos, com menos encarceramento cautelar

8 “Art. 28-A. (...)”

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo **não** se aplica nas seguintes hipóteses:
(...)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e”

9 PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108.

ou definitivo, contudo ainda é uma linha de atuação que encontra resistência entre muitos membros ministeriais, razão pela qual a análise em conjunto de todo o arcabouço jurisprudencial se faz necessária para que essa conduta possa ser adotada de forma mais ampla e unificada pelo Ministério Público, o que, inclusive, já foi objeto de alguns enunciados e demonstra que não é um entendimento ainda pacífico, quais sejam: enunciado 51 do MPSP¹⁰ e Enunciado 2 do MPPI¹¹.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**. Bahia: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

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**. Vol. 4. 2012. 26p. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2022.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA – CAOPAM. **Enunciados Acordo de não persecução cível**. Mar/2020. Disponível em: <<http://infomail.mpba.mp.br/wp-content/uploads/2020/03/enunciados-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-c%C3%ADvel-2.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório - Metas Nacionais do Poder Judiciário. Abril/2020**. Disponível em: <<https://www>>.

10 Enunciado PGJ-CGMP n.º:51. O crime de tráfico ilícito de drogas privilegiado ou minorado, previsto no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06, embora desprovido de caráter hediondo, não prescinde da análise, no caso concreto, das circunstâncias do fato, de maneira a verificar se estão presentes os requisitos subjetivos exigidos para a formulação do acordo e não persecução penal.

11 Enunciado 2 aprovado no I Ciclo de Debates Criminais – Acordo de não Persecução Penal: É possível a celebração do Acordo de Não Persecução Penal nos crimes de Tráfico Privilegiado, devendo os requisitos para a configuração do privilégio estarem devidamente comprovados, bem como presentes os pressupostos da confissão formal e circunstanciada do fato e de se tratar de medida apta a prevenir e reprimir a prática de crimes.

cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Relatorio_de_Metas_Nacionais_do_Poder_Judiciario_2019_2020_04_30.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2022.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Ebook.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado**. livro eletrônico – Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero – 3ª edição – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução: um novo começo de era(?). **IBCCRIM**. Boletim - Ano 28 – n. 331 – Jun/2020, p. 9-12. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-01-06-2020-13-55-53-567613.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2020.

MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal Ano 3** - n.º 7, fevereiro/2020. p.11-12. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/03/TRINCHEIRA-FEVEREIRO-2019.2.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 103-108. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/a-transacao-penal-quinze-anos-depois/>>. Acesso em: 8 ago. 2022.

A OBRIGATORIEDADE DE VACINAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: ANÁLISE DA RELAÇÃO ESTADO E FAMÍLIA

MANDATORY CHILDREN AND ADOLESCENTS VACCINATION: CONSIDERATIONS REGARDING THE LIMITS OF PRIVATE AUTONOMY IN THE FACE OF STATE IMPOSITIONS

Taciana Menezes Vieira Iaquina

Mestranda em Direito Civil pela Universidade São Paulo (USP). Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Escola Paulista de Magistratura em convênio com a Escola Juciária Eleitoral Paulista (EPM/EJEP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Analista Jurídica do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP).
vieira.taci@gmail.com

Como citar este artigo:

IAQUINTA, Taciana M. V. A obrigatoriedade de vacinação das crianças e dos adolescentes: análise da relação Estado e família. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 297 - 338.

Enviado em: 14/7/2022 | Aprovado em: 12/9/2022

Resumo: Este trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre a relação entre Estado e Família na garantia da saúde das crianças e dos adolescentes, analisando os limites da autonomia privada em face das imposições estatais. A temática central do texto versará sobre vacinação, que merece especial atuação em razão a pandemia da Covid-19, a qual reacendeu debates nessa esfera. Para tanto, entre outros pontos, será examinada a tese fixada e o julgamento do Tema 1103 do Supremo Tribunal Federal, o qual enfrentou a problemática relacionada à obrigatoriedade de vacinação imposta pelo estado e a liberdade das convicções pessoais dos pais e responsáveis. Por fim, na conclusão, serão apontadas algumas sugestões sobre a aplicabilidade da tese e o cuidado que se deve ter com a imposição de medidas indiretas e punições para que não afetem as próprias crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente; Proteção integral; Poder familiar; Intervenção estatal; Vacinação.

Abstract: *This work presents a study on the relation between State and Family in terms of ensuring adequate health conditions to children and youngsters, while analyzing the limits of private autonomy in face of state discretionary power. The paper analyzes the theme of vaccination measures due to the recent Covid-19 pandemic. In this context, in addition to other matters, the paper analyzes the ruling of Theme 1103 by the Brazilian Federal Supreme Court, which assessed the issue involving mandatory vaccination by the Brazilian government in face of the rights to freedom of personal convictions attributed to parents and guardians of children. Finally, as a conclusion, the paper brings some considerations about the effectiveness of such thesis and the caution needed on such matters in order not to bring negative effects to those who are being protected – children and youngsters.*

Keywords: *Brazilian Statute of the Child and Adolescent; Protection of children; Parental authority; State power; Vaccination.*

Sumário: Introdução; 1. Sujeito de direitos: dignidade em sua completude; 2. Relação Estado e Família – Intervenção e Autonomia; 2.1. Poder-dever familiar; 2.2. Análise sobre a autonomia à luz da bioética. 3. Vacinação das crianças e dos adolescentes e o Tema 1103, do Supremo Tribunal Federal (Julgamento conjunto Adin 6586, 6587 e ARE 1.267.879); 3.1 Evidências médico-científicas favoráveis; 3.2. Breves considerações sobre o termo de consentimento informado na vacinação das crianças e adolescentes; 4. Medidas indiretas e meios coercitivos: o rigor excessivo e o risco constante de uma “Nova Revolta da Vacina”; 4.1. Atuação do Ministério Público; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

De modo inequívoco, a pandemia mundial da Covid-19 trouxe inúmeros novos temas para debate, mas também é certo que reacendeu discussões sobre assuntos há muito tempo presentes, tal como aquelas relacionadas à vacinação. Entre elas, encontra-se a discussão relacionada à obrigatoriedade ou à compulsoriedade da vacinação.

Em síntese, os argumentos contrários à obrigatoriedade ou à compulsoriedade da vacina fundam-se, em sua maior parte, na *liberdade de consciência* e na *autonomia privada*. Por sua vez, os favoráveis relacionam-se ao *direito à vida* e à *saúde da coletividade (saúde pública)*, enxergando a vacina como um verdadeiro *pacto social*.

Se essa celeuma, por si só, já é capaz de gerar discussões profundas, é bem verdade que a temática ganha contornos próprios ao adentrar no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, o qual é o objeto deste estudo.

Sabe-se que, nos termos do ordenamento civil, as crianças e os adolescentes não possuem capacidade civil plena para exercício de seus atos, de modo que a tomada de decisão será exercida por seus pais e responsáveis legais, os quais, porém, atuarão como verdadeiros *representantes*, sendo mister diferenciar, no presente escopo, as escolhas *sobre si* das escolhas *sobre a vida e a saúde de outrem*, ainda que esse “outro” seja sua prole ou esteja sob a sua responsabilidade. Para tanto, enxergar o poder (dever) familiar mais como múnus do que como poder em si é essencial.

A autonomia, ademais, para além do âmbito civil, deve ser analisada com base principiológica da disciplina da Bioética, bem como relacionada ao princípio da beneficência, visto que ambos auxiliam no alcance de uma conclusão sobre o tema.

Compreender a posição ocupada pelas crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, enfatizando a busca pelo seu *melhor interesse* em sua completude, é compreender, reflexamente, a responsabilidade constitucionalmente prevista ao Estado, à Família e à Sociedade na proteção integral das crianças e adolescentes, com absoluta prioridade.

Nesse sentido, o presente artigo visa, como objetivo principal, analisar os *contornos da relação entre Estado e Família na garantia da saúde das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada em face das imposições estatais*, delimitação esta que foi colocada de forma acertada como norte no julgamento, com repercussão geral, do Tema 1103 pelo Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, a problemática da relação entre Estado e Família não é atual nem mesmo se limita ao âmbito da saúde das crianças e dos adolescentes, mas, como o debate sobre a vacinação ganhou um novo capítulo com a pandemia da Covid-19 e, por consequência, encontra-se em notória evidência, merece atenção da comunidade jurídica para colaborar na orientação e conscientização da sociedade, haja vista que

se acredita ser a *informação* uma das importantes ferramentas nessa temática.

1. SUJEITO DE DIREITOS: DIGNIDADE EM SUA COMPLETUDE

Atualmente, não há dúvidas – ao menos no sentido positivado – de que as crianças e os adolescentes ocupam posição protetiva privilegiada. A utilização do postulado do *melhor interesse da criança e do adolescente* é constantemente citada na elaboração de políticas públicas e propostas legislativas, bem como é verdadeira diretriz nas decisões judiciais brasileiras.

Sabe-se que, a despeito disso, a realidade ainda é bastante dissociada de tal perspectiva. Todavia, em passado não muito distante, os direitos das crianças e dos adolescentes foram gravemente negligenciados para além da realidade prática, mas também ideologicamente.

A ideologia da situação irregular, presente no Código de Menores de 1927 (denominado Código Mello Mattos), bem como o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.667/79), não fazia diferenciação entre o “menor infrator” e aquele que era, de fato, vítima da pobreza, do abandono, de maus-tratos etc. Ademais, o tratamento era pautado na segregação dos abandonados ou delinquentes, mas não em sua inclusão e atenção.

O artigo 1º do Código de Mello Mattos estabelecia que: “*O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.*” (grifo nosso). Já o artigo 2º do Código de Menores de 1979 definia o que seria a situação irregular:

Artigo 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular, o menor: I – privado de condições essenciais à sua saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus – tratos ou castigos imoderados,

impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inaptidão familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal. (grifo nosso).

Todavia a doutrina da situação irregular no Brasil já se encontrava, naquele momento, em dissonância do cenário internacional, uma vez que, antes mesmo da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a necessidade de proteção especial ao ser humano nas primeiras etapas da vida, infância e juventude (pessoas em desenvolvimento) já se encontrava em evidência.

Em linhas gerais, nesse contexto, pode-se elencar : i) a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança (*Enuncia que todas as pessoas devem às crianças: meios para seu desenvolvimento; ajuda especial em momentos de necessidade; prioridade no socorro e assistência; liberdade econômica e proteção contra exploração; e uma educação que instile consciência e dever social.*); ii) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (*Artigo 25 preconiza “cuidados e assistência especiais” e “proteção social” para mães e crianças.*); iii) a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959 – ONU (*Reconhece, entre outros direitos, os direitos das crianças à educação, à brincadeira, a um ambiente favorável e a cuidados de saúde.*); iv) o Pacto San José da Costa Rica de 1969 (*“Art.19 – Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.*); v) a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1989 – ONU – (*Conquista histórica dos direitos humanos, reconhecendo os papéis das crianças como atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais*).¹

No Brasil, a superação desse período deu-se com a adoção da denominada doutrina da proteção integral da criança e do adolescente pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, tendo sido, posteriormente, materializado na Lei nº 8.069/90, o conhecido

¹ UNICEF. **História dos direitos da criança**. Disponível em: <unicef.org>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Estatuto da Criança e do Adolescente². Convém destacar o contido no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

Assim, verifica-se que a referida previsão consagrou, expressamente, a doutrina da proteção integral, alocando-se as crianças, os adolescentes e os jovens em posição de absoluta prioridade, comando que prevê um dever constitucional não só para Família, mas também para toda a Sociedade e o Estado – *em verdadeira obrigação solidária* – na busca pela tutela dos direitos das pessoas em desenvolvimento.

Trata-se de mudança em consonância e atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual encontra-se previsto constitucionalmente tanto como direito fundamental (artigo 5º, incisos V e X, Constituição Federal) como fundamento do Estado Democrático brasileiro (artigo 1º, inciso II, Constituição Federal).

Doutrinariamente, tal momento é tido como uma efetiva *mudança de paradigma*, uma vez que as crianças os adolescentes passaram, a partir de então, a ser *tratados finalmente como sujeito de direitos, e não mais objeto de direitos*.

Sobre a expressão *sujeito de direito*, merecem destaque as lições de Maíra Zapater³:

A expressão sujeito de direito é o termo que designa a pessoa reconhecida pelo Direito enquanto tal e, assim sendo, suas características dependerão de como o Direito (e, portanto, o Estado que produz esse Direito) a descreve. Mas sujeito é também o autor da ação, é aquele que age, o

2 Art. 4º, parágrafo único, ECA. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

3 ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.p.25

protagonista da narrativa: dessa forma, quando o Direito nomeia e descreve o sujeito, tem-se que o Estado está a reconhecer quem são as pessoas consideradas autoras de suas ações e protagonistas de suas existências. A passagem da noção de pessoa para a de sujeito é mediada pela articulação do indivíduo com o Estado, sendo um elemento central para a construção da relação jurídica estabelecida pelas Declarações de Direitos entre os indivíduos e o Poder posto. (grifo nosso)

Fato é que a superação da doutrina da situação irregular e, conseqüentemente, da legislação menorista representou grande conquista no Brasil, de modo que esse ponto deve ser considerado verdadeira *premissa* para a análise de qualquer tema que possua relação com as crianças, adolescentes e jovens. Insta destacar conclusão bastante elucidativa de Karyna Batista Sposato:⁴

Como já mencionado, **o art. 227 da CF/1988 (LGL\1988\3) é um dos pilares da constitucionalidade do novo Direito que tomava forma e implicava a deslegitimação do velho Direito do Menor, presente na legislação anterior (o Código de Menores de 1979).** (...)

Pode-se falar, portanto de uma **constitucionalização do Direito da Criança** fundada em **dois aspectos principais**: o quantitativo, relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; e o qualitativo, relacionado à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes. **Ambos aspectos aparecem de forma inequívoca nas regras elencadas pelo art.227 da CF/1988 (LGL\1988\3).** (grifo nosso).

Assim, com a constitucionalização dos direitos das crianças e adolescentes e a instrumentalização de tais direitos no Estatuto da Criança e do Adolescente, há o inequívoco reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e os direitos fundamentais a ela correlatos. Nesse sentido, o artigo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente prevê que:

4 SPOSATO, Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol.80/2009. p.80/118 – Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol.4. p.641/676.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (grifo nosso).

E, de forma bastante explicativa, o mencionado diploma elenca no “*Título II – Dos Direitos Fundamentais*” os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, alocando-as da seguinte forma: Direito à Vida e à Saúde (artigos 7º ao 14); Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade (artigos 15 ao 18); Direito à Convivência Familiar e Comunitária (artigos 19 ao 24); Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer (artigos 53 ao 59); Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho (artigos 60 a 69).

Em relação ao tema vacinação, escopo do presente trabalho, evidentemente, merece primordial atenção o *direito à vida e à saúde* das crianças e dos adolescentes. *Todavia deve-se atentar que qualquer prejuízo ao direito à vida e à saúde das crianças e dos adolescentes afetará, indiretamente, os outros âmbitos de proteção.*

Afinal, a título de exemplo, o desrespeito ao calendário oficial de vacinação pode afetar a questão da educação se considerada sua necessidade para a regularização da matrícula ou, no caso de uma pandemia não controlada, como foi o caso da Covid-19, a impossibilidade de frequentar aulas presenciais, o que, para além da educação, afeta o direito à convivência comunitária.

Ou seja, para além de se garantir a vida, faz-se necessário garantir a *vida com dignidade* das crianças e dos adolescentes, ou seja, tê-los como sujeito de direitos de forma global, possuindo dignidade em toda sua completude, e não sujeito de direitos de uma ou outra categoria.

2. RELAÇÃO ESTADO E FAMÍLIA – INTERVENÇÃO E AUTONOMIA

Conforme exposto, tem-se que a garantia da *vida com dignidade*⁵ da criança e do adolescente é dever e responsabilidade do Estado, da Sociedade e da Família. Porém, a compatibilização de tais esferas não é tarefa fácil, gerando inequívocas tensões políticas, jurídicas e sociais.

A família é constitucionalmente prevista como base da sociedade com especial proteção estatal, mas verifica tratar-se de uma *proteção-intervenção*, conforme se depreende do contido no artigo 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Assim, a relação entre Estado e Família pode ser definida na dicotomia *intervenção x autonomia*.

Ocorre que a ausência estatal diariamente criticada, quando transformada em intervenção, também não está imune a críticas. Os pais e responsáveis legais desejam comprometimento estatal, mas, muitas vezes, desde que não afetem sua autonomia parental e a sua atuação como *representantes* enquanto os menores de 18 (dezoito) anos não atinjam a capacidade plena do exercício dos seus direitos e a sujeição dos deveres em âmbito civil.

Nos termos das previsões iniciais do Código Civil, nos artigos 3º, 4º e 5º, tem-se que os menores de 16 (dezesesseis) anos são considerados *absolutamente incapazes* de exercer pessoalmente os atos da vida civil, e os maiores de 16 (dezesesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos são *relativamente incapazes* ao exercício de certos atos ou à maneira de exercê-los, o que significa que os primeiros deverão ser *representados* e os segundos serão *assistidos* por seus representantes legais (pais ou tutores).

Nesse aspecto, verifica-se que os pais ou responsáveis atuam como verdadeiros *representantes* das crianças e dos adolescentes. O que se deve ter em mente, porém, é que, durante a sua atuação, somente

5 Art. 7º, ECA - “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

poderão agir de modo a beneficiar os *representados*, mas nunca para prejudicá-los.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, na parte direcionada ao direito à vida e à saúde da criança, é possível enxergar referida diretriz em alguns trechos. Destaca-se, a título exemplificativo, o teor do artigo 8º, §9º, do mencionado estatuto, o qual dispõe que: “*A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto*”.

Ora, é possível notar em referido artigo que as normas de proteção da criança e do adolescente, desde a própria gestação, já trazem uma verdadeira *relativização* da autonomia da mãe gestante, não deixando a seu livre arbítrio a realização de consultas de pré-natal e de pós-parto, sendo necessária a intervenção da atenção primária caso isso ocorra. Afinal, a decisão de não iniciar ou abandonar os atendimentos não possui consequências apenas sobre si, mas, principalmente, sobre outrem: seus próprios filhos.

Nesse sentido, a relação entre pais e filhos possui, de forma inerente, tanto direitos como deveres. E, nas situações como a exemplificada, na qual a atuação deles se mostre em prejuízo e não em benefício dos menores, a responsabilidade por zelar pela proteção de tais sujeitos será do Estado e a da Sociedade, que não poderão se furtar de cumprir essa *função-obrigação* atribuída constitucionalmente. Ou seja, a *intervenção*, em determinadas situações, acabará restando como indispensável.

2.1. Poder-dever familiar

Conforme exposto, há diversas relações que se entrelaçam na busca, sempre, do melhor interesse da criança e do adolescente. Neste trabalho, duas relações principais merecem atenção. A primeira, que fora mencionada, é a relação Estado e Família, e a segunda é a relação direta existente entre os pais e seus filhos.

Nesse sentido, desde logo, colaciona-se a definição de *poder familiar* trazida pelos autores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf⁶:

O poder familiar é um múnus público; representa um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige enquanto durar a menoridade de seus filhos.

Sua natureza jurídica é de um **poder-dever** exercido pelos pais em relação aos filhos, visando sua educação e desenvolvimento. **Representa ainda um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros.**

Traduz-se num complexo de deveres e direitos concedidos aos pais por cumprirem um dever. Aos pais foi concedida ou atribuída uma **função semipública**, que se inicia com o nascimento do filho e se perpetua numa série de direitos e deveres, de caráter moral e legal, enquanto perdurar sua incapacidade. (grifo nosso)

E, na mesma direção, enfatizando a natureza jurídica de um *poder-dever* familiar, merece destaque a síntese obtida por Oswaldo Peregrina Rodrigues, o qual o define como: “Um múnus público: irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e indivisível”⁷ (grifo nosso).

A conclusão é acertada, uma vez que o artigo 1.634 e seguintes do Código Civil e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente não deixam dúvidas de que o pleno e adequado exercício do poder familiar se dá com cumprimento e atenção a diversas obrigações e deveres, prevendo até mesmo a eventual perda ou suspensão de tal poder caso ele seja exercido em desacordo. Destaca-se:

Código Civil

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art.

6 MALUF, Carlos Alberto; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito da Família**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

7 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Poder familiar na atualidade brasileira**. IBDFAM, 17 abril. 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

1.584; **III** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; **IV** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; **V** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; **VI** - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; **VII** - **representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;** **VIII** - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; **IX** - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.(...)

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 22, ECA. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm **direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.** (grifos nosso)

Os aludidos artigos deixam claro os atributos inerentes ao poder familiar, impondo aos genitores ou responsáveis diversas obrigações, os quais, nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo, “*não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos.*” (grifo nosso)⁸

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI *In* PELUSO, Cezar (co-ord.) **Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência; Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 11.ed. Barueri, SP: Manole, 2017. p.1722.

A propósito, convém enfatizar o contido no inciso VII do artigo 1.634 colacionado acima, pois estabelece que o pleno exercício do poder familiar consiste quanto aos filhos, entre outros, em “*representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.*” Porém, conforme já indicado, tal direito de representação e assistência possui como dever que se dê em benefício das crianças e adolescentes, respeitando o dito *múnus público*, em atenção aos titulares dos deveres.

Nesse sentido é que a terminologia poder familiar – alteração de certa forma recente trazida com o Código Civil de 2002 ao antes intitulado “*pátrio poder*” – possui críticas, uma vez que se trata, na realidade, de um *poder-dever*. Paulo Luiz Netto Lôbo indica, inclusive, a utilização do termo “*autoridade parental*” em interessante comentário⁹:

(...) **autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada.** ‘Parental’ destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. (grifo nosso)

Compartilhando de entendimento comum, os autores Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira¹⁰ lecionam que:

Foi por este motivo que o referido instituto passou a ser denominado pelo Código Civil de poder familiar, **também designado, com maior precisão, como autoridade parental, que melhor reflete o conteúdo democrático da relação, além de espelhar preponderantemente a carga de deveres em relação à de poderes atribuído aos pais.**

9 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias: Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2008. In RODRIGUES, Oswaldo Pe-regrina. **Poder familiar na atualidade brasileira**. IBDFAM, 17 abril. 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

10 TEPEDINO, Gustavo, e Ana Carolina Brochado Teixeira. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. v.6, 3 ed. São Paulo: Editora Forense, Grupo GEN, 2022.p.309

Desse modo, pretende-se que o filho, no âmbito do processo educacional, tenha seu desenvolvimento e autonomia garantidos por meio de estruturação biopsíquica adequada, que o capacite para os desafios da vida adulta. Por esse motivo, **o vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por traduzir a ideia de função, e instrumentalizar a noção de poder.** Já o termo parental representa a relação de parentesco por excelência, presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade. (grifo nosso).

De fato, há de se concordar que o vocábulo *poder* possa trazer uma ideia equivocada, pois aparenta, em primeiro olhar, não abranger todos os deveres relacionados, mas apenas os *poderes* como um sinônimo distorcido de *direitos*. Todavia o sistema jurídico atual e as previsões expressas dos artigos trazem de forma clara as obrigações correlatas a tal poder, restando evidente o múnus existente.

Portanto conclui-se que as crianças e adolescentes são os *titulares* dos deveres, de modo que a *autonomia* dos genitores e responsáveis é limitada, encontrando-se como baliza os direitos dos próprios filhos e, sobretudo, seus *melhores interesses*.

2.2. Análise sobre a autonomia a luz da bioética

A aludida relativização da autonomia dos pais ou responsáveis legais frente aos interesses da criança e do adolescente permeia por todos os âmbitos da vida destes. Todavia o presente artigo possui como ponto fulcral o *direito à vida e à saúde* das crianças e dos adolescentes no âmbito da vacinação, de modo que se mostra de grande valia ao estudo que sejam traçadas, ao menos, linhas gerais sobre a disciplina da *bioética*.

O termo bioética foi utilizado pela primeira vez em 1970, em um texto publicado pelo

norte-americano Van Rensselaer Potter na revista *Perspectives in Biology and Medicin*” e, posteriormente, em 1971, no livro *Bioethics: bridge to the future*, em que propunha uma nova área de

conhecimento, por meio da ética, tendo em vista conflitos existentes entre a ciência e humanidades. Ao longo dos anos, houve a ampliação e o amadurecimento da disciplina, podendo-se destacar que, já em 1975, na Universidade de Washington, Andre Hellegers institucionalizou o termo como área do conhecimento acadêmico e mostrou-se incisivo em um movimento transdisciplinar.¹¹

Sem pretensão de aprofundar-se demasiadamente no tema, tem-se que, no *estado da arte* adequadamente demonstrado por Edna Raquel Hogemann¹², pode-se conceituar que a Bioética é parte da Ética, ramo específico da filosofia, que se preocupa com as questões relativas à vida humana, considerada a ocorrência de uma mudança da perspectiva fundamentalmente religiosa do homem em perspectiva científica. Nesse sentido, a autora explica que:

Até o incremento do desenvolvimento biotecnológico da presente época, a ética tradicional fundava-se em alguns pressupostos inter-relacionados, entre os quais: a própria condição humana, determinada pela natureza do ser humano e das coisas que o rodeiam; sendo certo que, desde esta base, poder-se-ia estabelecer o que seria o bem e o mal para a humanidade; o alcance da ação humana e da responsabilidade dela derivada era rigidamente definido.

O avanço técnico e a secularização dos valores levaram à afirmação de uma nova cultura, na qual a ética do caráter sagrado da vida, baseada na concepção desta como um dom divino e conseqüente com a finitude objetiva e natural, enfrenta a ética da busca da qualidade de vida, baseada no respeito à autonomia da vontade na escolha.

A Ecoética e a Bioética revelam essas formas novas da ética aplicada que caracterizam a sociedade, a cultura e os valores morais da civilização contemporânea. **A bioética tenta focalizar a reflexão ética no fenômeno vida. Configura-se como um saber interdisciplinar que reflete sobre os problemas**

11 COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer D. **Bioética, direito e medicina**. Editora Manole, E-book. ISBN 9788520458587. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520458587/>>. Acesso em: 11 set. 2022. p. 32/33

12 HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues S. **Conflitos Bioéticos: clonagem humana**, 2ª Edição. Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502183377. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502183377/>>. Acesso em: 10 set. 2022. p.21/24.

relativos à vida humana em sua plenitude. Nela intervêm a filosofia, a biologia, a medicina, o direito, a religião, a economia, a política e a sociologia. (grifo nosso).

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf¹³, por sua vez, traz ensinamentos de que:

Bioética é um neologismo construído a partir das palavras gregas *bios* (vida) + *ethos* (relativo à ética). Utiliza um paradigma de referência antropológico moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade, liberdade e autonomia que impõem ao homem diretrizes morais diante dos dilemas levantados pela biomedicina. Envolve um **diálogo interdisciplinar** que tem por finalidade a compreensão da realidade, por meio de sua complexidade física, biológica, política e social, analisando até onde vão os limites da interferência humana em questões que envolvem os seres vivos. (...)

Nesse sentido, observa-se que a bioética abrange um conhecimento complexo que visa dar respostas a situações concretas, visando sempre uma autonomia determinada. Tem natureza pragmática que se apoia nos quatro princípios, aplicada aos questionamentos morais suscitados pelas decisões clínicas e pelos avanços científicos tecnológicos. (grifo nosso).

Nota-se, assim, que a Bioética, enquanto disciplina, possui relevância no presente tema, tendo em vista sua *interdisciplinaridade* intrínseca e, sobretudo, a *valorização* da questão da *autonomia* do ser humano e sua relação com a *valores supremos* como a sua própria dignidade.

Nesse contexto e tendo em vista que os argumentos contrários à obrigatoriedade ou à compulsoriedade da vacina, tema a ser aprofundado no tópico a seguir, fundam-se, em sua maior parte, na *liberdade de consciência* e na *autonomia privada*, é de mister importância analisar a autonomia sobre o viés bioético.

A Bioética pode-se dizer que possui três princípios gerais, sendo eles: *princípio da autonomia*, *princípio da justiça* e *princípio da*

13 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Bioética, Biodireito e Cuidados Paliativos**. Londrina, PR: Thoth, 2022. p.31/33

beneficência; sendo que alguns autores incluem, ainda, o *princípio da não maleficência*.

Sobre a Bioética do principialismo, destaca-se a obra de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em sua obra *Princípios da ética biomédica*, a qual é sintetizada abaixo no trabalho de Cláudio Oliveira Cohen e Reynaldo Ayer de Oliveira¹⁴:

Entende-se por **não maleficência** a obrigação de não causar dano intencionalmente, reportando-se ao *primum non nocere*. A palavra **beneficência** expressa a realização de atos de misericórdia, bondade e caridade e se relaciona com a benevolência, traço de caráter ou a virtude que dispõe de agir beneficentemente em favor de outros, reportando-se ao *sedare dolorem divinum est*. **A não maleficência e a beneficência são consideradas as raízes éticas do paternalismo hipocrático.** A **autonomia** trata da capacidade que as pessoas têm para se autodeterminar, livre tanto de influências externas que as controlem como de limitações pessoais que as impeçam de fazer uma genuína opção, de tal forma que o indivíduo autônomo age livremente de acordo com um plano de ação que ele mesmo escolheu, podendo responsabilizar-se por essa escolha. Por fim, a **justiça** tem a ver com o que é devido às pessoas, com aquilo que de alguma maneira lhes pertence ou lhes corresponde. (grifo nosso)

No âmbito da criança e do adolescente, evidentemente, o *princípio da autonomia* sofre alguma alteração, tendo em vista que os menores não possuem autonomia e discernimento pleno para decidirem de que modo que seus representantes deverão fazê-lo. Todavia, como já destacado no início do capítulo, a autonomia de escolha deverá levar em conta o melhor interesse do representado e não do representante, por não se tratar de uma decisão sobre si.

No mais, não só os pais ou representantes terão esse dever, bem como os profissionais de saúde em geral, visto que, relacionando-se com o *princípio da beneficência*, só poderão atuar para o bem do paciente e nunca para o mal. Na síntese de Adriana Caldas do Rego

¹⁴ COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer D. **Bioética, direito e medicina**. Editora Manole, E-book. ISBN 9788520458587. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520458587/>>. Acesso em: 11 set. 2022. p.37.

Freitas Dabus Maluf, “*a regra de ouro do princípio da beneficência é não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos.*”¹⁵

E, em que pese o presente artigo não se voltar à análise de tratamentos de saúde, mas sim de vacinação como prevenção, tais pontos serão relevantes para melhor compreensão do tópico a seguir, no que tange à diferenciação das escolhas existenciais *sobre si (autorreferentes)* das escolhas *sobre vida e saúde de outrem*; no tocante à problemática relativa ao termo de consentimento informado; e, sobretudo, para compreender a vacinação segura como um caminho em que há a efetiva *minimização* de riscos de doenças frente a uma *maximização* de proteção.

3. VACINAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E O TEMA 1103, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (JULGAMENTO CONJUNTO ADIN 6586, 6587 E ARE 1.267.879)

De início, em breve síntese, cumpre distinguir a *obrigatoriedade* da *compulsoriedade* de vacinação. A *obrigatoriedade* possui relação com a criação da obrigação em si (dever), enquanto a *compulsoriedade* se relaciona com a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas diretas ou indiretas para compelir ao cumprimento da obrigação criada.

No Brasil, a *obrigatoriedade* de atenção ao calendário de vacinação é uma realidade, e não é atual.

Nesse sentido, a Lei nº 6.259/1975 já dispõe sobre o Programa Nacional de Imunizações com definição das vacinas de caráter obrigatório. O Decreto nº 78.231/1976 regulamenta e prevê a *obrigatoriedade* da vacinação, inclusive para as crianças que estejam sob a guarda do responsável; e a Lei nº 6.437/1977 tipifica infrações em caso de descumprimento do Programa Nacional de Imunizações, cominando inclusive pena de multa.

Ademais, o Código Penal tipifica o crime de infração de medida sanitária preventiva no caso de ser infringida determinação do poder

¹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Bioética, Biodireito e Cuidados Paliativos*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 33.

público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa com pena de detenção e multa.¹⁶

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda, há previsão expressa sobre a temática – e, portanto, antes de qualquer discussão trazida com a pandemia da Covid-19 – *inexistindo dúvida acerca da obrigatoriedade de vacinação das crianças e adolescentes no Brasil nas situações recomendadas*. Tem-se o seguinte cenário na leitura conjunta dos artigos 14, §1º, e 249 do mencionado diploma:

Art.14, §1º - É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

Art.249 - Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Há praticamente um *microsistema legal e regulamentar*, restando inequívoca obrigatoriedade da vacinação quando há recomendação oficial das autoridades sanitárias. Nesse contexto, é dever dos pais e responsáveis na vacinação dos filhos, demonstrando, nessa seara, uma preponderância do direito à saúde das crianças e adolescentes frente às convicções pessoais dos responsáveis, caso sejam em sentido diverso.

Isso ocorre uma vez que a vacinação é medida de proteção e prevenção, concluindo ser ilegal a privação da imunização dos filhos, expondo-os aos riscos da doença e de seus possíveis agravamentos na hipótese de que a recusa se dê por motivos estritamente relacionados à consciência e crença de seus responsáveis. Analisando essa temática, destacam-se lições de André de Carvalho Ramos¹⁷:

A **liberdade de consciência** consiste no direito de possuir, inovar, expressar ou até desistir de opiniões e convicções, assegurando-se o direito de agir em consonância com tais valores. A **liberdade de pensamento** abarca a liberdade de consciência, mas

16 Art. 268, CP - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

17 RAMOS, André de C. **Direitos humanos na pandemia: desafios e proteção efetiva**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

sua especificação na Constituição realça a importância de se assegurar a livre formação e exteriorização de convicções e valores. **A liberdade de crença e religião** é faceta da liberdade de consciência, consistindo no direito de adotar ou não qualquer crença religiosa ou abandoná-la livremente, bem como praticar seus ritos, cultos e manifestar sua fé, sem interferências abusivas. Há um duplo aspecto da liberdade de crença ou religião: no sentido positivo, tal liberdade assegura o direito de professar uma fé; no sentido negativo, assegura o direito de não possuir uma fé ou ainda de não ser exposto indevidamente ao proselitismo religioso. (...)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”) garante, em seu artigo 12, a liberdade de consciência e de religião a toda pessoa. A Convenção explicita que esse direito implica na liberdade de conservar ou mudar sua religião ou suas crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como privadamente. Nesse sentido, não se pode submeter qualquer pessoa a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudá-las, e os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Essa liberdade pode ficar sujeita apenas às limitações previstas em (i) lei e que se façam necessárias para proteger (ii) a segurança, (iii) a ordem, (iv) a saúde ou (v) a moral pública ou (vi) os direitos e as liberdades das demais pessoas. (...)

Contudo, **a recusa vacinal não põe somente o direito à saúde e à vida daquele que a recusa em risco, mas também de terceiros.**

Diferente do caso da recusa à transfusão de sangue aqui mencionado, não se pode aqui reconhecer a prevalência da liberdade de escolha e do direito à autodeterminação, pois há inegável impacto negativo nos direitos de terceiros. A escolha individual de alguém que decidiu não se vacinar (ou não usar máscara, bem como qualquer outra medida de proteção) não pode resultar em violação ou frustração de direitos de terceiros,

expondo-os à contaminação e risco de morte. **Por isso, no cotejo entre ambos os direitos, o direito à autodeterminação baseado na liberdade de consciência ou de crença deve ser preterido em prol do direito à saúde e à vida dos membros da comunidade.** No que tange à vacinação, há também um espaço de tensão entre a liberdade de consciência e crença e os direitos da criança (entre eles, o direito à saúde). **No caso, a liberdade dos pais seguem suas convicções íntimas que os levam a negar vacinas a seus próprios filhos (consolidando o direito dos pais de criarem seus filhos de acordo com suas convicções) entra em colisão com o direito à saúde da criança, maximizado pelo princípio que zela pela observância do seu melhor interesse (best interest of the child) previsto na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança⁵⁸. (...)** (grifo nosso).

Ocorre que, a despeito de as previsões legais e conclusões expostas parecerem evidentes, sabe-se que não se trata de tema livre de discussões e tensões – *pelo contrário*.

Por essa razão é de grande valia a análise do recente julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e 6587 e do ARE 1.267.879 pelo Supremo Tribunal Federal, *sobretudo no contexto da pandemia da Covid-19, a qual mais uma vez demonstrou que uma sociedade conscientizada possui papel fundamentação no controle de uma doença*.

O STF, ao apreciar o Tema 1103 com repercussão geral, definiu a tese de que:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de

convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (grifo nosso)¹⁸

Cumprido esclarecer que o Recurso Extraordinário em questão discutia, à luz do artigo 5º, incisos VI, VIII e X, da Constituição Federal, se os pais, com fundamento em convicções filosóficas, religiosas e existenciais, poderiam deixar de cumprir o calendário de vacinação determinado pelas autoridades sanitárias.

Adicionalmente, em julgamento conjunto, foram julgadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e nº 6587, as quais foram julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação, conforme a Constituição, ao artigo 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020¹⁹, nos termos abaixo:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e **(i)** tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, **(ii)** venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, **(iii)** respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, **(iv)** atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e **(v)** sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e **(II)** tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.²⁰

Nota-se, assim, que o mencionado julgamento abordou tanto a questão da vacinação em relação aos contornos da responsabilidade

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 1267879**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870>> Acesso em: 3 set. 2021.

19 As Leis nº 13.979/2020 e nº 14.125/2021 foram regramentos criados em razão da pandemia da Covid-19. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020 que: “*Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (...) III - determinação de realização compulsória de: (...) d) vacinação e outras medidas profiláticas.*”

20 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2021.

do Estado e dos pais quanto a temática envolvendo a possibilidade da vacinação obrigatória para enfrentamento da Covid 19, de modo que se trata de definição de grande importância ao país em diversos âmbitos de interesse.

O *caso concreto* do ARE 1. 267. 879 abordava a situação na qual pais veganos, que, portanto, possuem uma filosofia de vida de proteção e de respeito aos animais e de não consumo, nem na alimentação nem em outros aspectos, de produtos de origem animal, recusaram-se a submeter o filho às vacinas consideradas como de caráter obrigatório pelo Programa Nacional de Imunização. Por essa razão, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou contra os genitores uma ação civil pública com o objetivo de obrigá-los a regularizar a vacinação de seu filho.

O trâmite da ação foi o seguinte: em primeiro grau, o pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo foi julgado improcedente. Da sentença, houve uma apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que a reformou, determinado aos pais a regularização da vacinação de seu filho. O Supremo Tribunal Federal, então, por unanimidade, apreciando o Tema 1103 em questão, negou provimento ao recurso extraordinário com fixação da tese anteriormente colacionada.

De forma bastante didática, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso do ARE 1.267.879 dividiu o seu voto em três partes, sendo elas: na *primeira parte*, um histórico das epidemias e o papel decisivo das vacinas na sua erradicação; na *segunda parte*, os interesses em colisão; e, na *terceira parte*, foi apresentado um resultado da ponderação de tais interesses. Convém destacar referido voto, pois abordou de forma sucinta e satisfatória a temática.

Em breve síntese, na *primeira parte*, foram abordados os surtos epidêmicos no Brasil, tais como da varíola, da febre amarela, da difteria, da tuberculose, da coqueluche, da poliomielite, do sarampo, da rubéola, da meningite e da influenza. Feito isso, foi destacado o papel da vacinação como instrumento fundamental na erradicação ou controle dessas doenças, o que se deve ter em mente quando tratado esse assunto.

Nesse ponto, ainda, reforçou-se que a vacinação obrigatória no Brasil não é uma novidade, destacando-se o Código de Posturas do Município do Rio de Janeiro, de 1832, como sendo o primeiro ato normativo com estipulação e previsão expressa de aplicação em crianças. E de crucial lembrança é o contexto da denominada Revolta da Vacina, quando, em 1904, a Lei nº 1.261 tornou obrigatória a vacinação e a revacinação contra a varíola, sendo regulamentada pelo Decreto nº 5.156, que estabeleceu o Plano de Regulamentação da Aplicação da Vacina.

Sequencialmente, na *segunda parte*, foram delimitados os interesses em conflito, tal como na primeira parte deste artigo, sendo eles: a liberdade de consciência e convicção filosófica, de um lado; o direito à vida e à saúde da coletividade e o melhor interesse das crianças, do outro.

Por fim, na *terceira parte*, como resultado da ponderação, concluiu pela precedência do direito à vida e à saúde coletivas e à proteção prioritária da criança, merecendo destaque o seguinte trecho:

Impõe-se aqui, portanto, Presidente, a **distinção entre a objeção de consciência levantada por um adulto em relação aos tratamentos a que ele próprio tenha que se submeter, de um lado, e, de outro lado, a oposição desse mesmo adulto a uma providência médica essencial à saúde ou à vida de um menor sob sua responsabilidade e que ainda não é capaz de manifestar a sua própria vontade.**

E é muito fácil perceber a distinção entre as escolhas existenciais que alguém faça para si e as escolhas existenciais que alguém faça como responsável por outrem, como é o caso dos pais em relação aos filhos menores. Na primeira hipótese, quando pessoas adultas fazem escolhas para si, sob determinadas circunstâncias, é possível dar prevalência à autonomia individual como expressão da sua dignidade, desde que isso não repercuta ilegitimamente sobre a esfera jurídica de terceiros. (...)

Ao fazer a ponderação entre esses direitos, que não são hierarquizados abstratamente, mas que, em concreto, para decidir a questão, é preciso definir qual vai ter precedência, estou decidindo pela **precedência do**

direito à vida e à saúde coletivas e à proteção prioritária da criança, por essas três razões que enunciei: **porque é possível, em certos casos - e este é um deles -, proteger a pessoa contra si mesma; porque, aqui, o interesse da coletividade deve prevalecer, posto que, no fundo, estamos falando do direito à vida e à saúde de cada pessoa individualmente ; e, por fim, a Constituição manda cuidar prioritariamente do interesse da criança, e toda a ciência médica entende que a vacinação é vital ou altamente relevante para a proteção da saúde das crianças. (...).**²¹(grifo nosso).

Verifica-se que a decisão é pautada no sentido de que as escolhas existenciais sobre si (autorreferentes) não se podem confundir com as escolhas sobre os outros, sobretudo se os sujeitos são pessoas vulneráveis que dotam de proteção especial constitucionalmente prevista e internacionalmente reconhecida.

E, no âmbito da vacinação, nem mesmo a escolha autorreferente, pautada na *autonomia* e no livre arbítrio do adulto, justificar-se-ia frente à saúde coletiva, visto que, a despeito da possibilidade de recusa do cidadão, não se reconhecendo a vacinação forçada, tem-se por possível a implementação de medidas coercitivas indiretas, tais como a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes.

Demais disso, concluiu-se que *a recusa vacinal deve ser interpretada de forma diversa da recusa terapêutica* prevista no artigo 15 do Código Civil²² ao menos por duas razões: i) a recusa terapêutica ocorre no contexto de recusa de um tratamento, já existente uma moléstia, enquanto a vacinação é forma de prevenção, e não de tratamento; ii) a recusa terapêutica afeta apenas a esfera do próprio indivíduo – análise do princípio da autonomia por meio da bioética –, e a recusa vacinal afeta a saúde alheia, pois descumpre a realização de

21 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&text=.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2021.

22 Artigo 15, CC. “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico, ou a intervenção cirúrgica”

uma política pública voltada para a sociedade como um todo, quando analisada a dupla face do direito à saúde.²³

Portanto, em sendo a obrigatoriedade de vacina registrada incluída no Programa Nacional de Imunizações, em lei ou em determinação dos entes federados com base em consenso médico-científico, pode o Estado se sobrepor à decisão dos pais ou responsáveis, justificando-se o paternalismo estatal sem que isso signifique violação ao poder familiar ou à liberdade de consciência dos pais.

3.1. Evidências médico-científicas favoráveis

Muito além da Covid-19, o intitulado *Movimento Antivacina* encontra-se presente pelas mais variadas razões tanto no Brasil quanto no mundo. Viu-se que, no caso concreto do Recurso Extraordinário supramencionado, a recusa vacinal decorria da ideologia vegana, mas há também recusas pelo receio de efeitos colaterais, por desinformação, por vivências mais naturalistas e infundáveis outras motivações. Em estudo apresentado em Encontro de Divulgação de Ciência e Cultura (Edicc-Unicamp), Natielly Rallo Shimizu expôs análise interessante sobre o movimento e analisa a mudança de adesão da sociedade brasileira à vacinação em geral:

Embora o Movimento Antivacina seja considerado pequeno no Brasil e não se possa estabelecer uma relação direta de causa e efeito, a adesão a esses grupos preocupa o Ministério da Saúde à medida que se percebeu uma queda no índice de cobertura de alguns imunizantes oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). **Em 2016, apenas 76,7% da população tomou a segunda dose da vacina tríplice viral, quando a meta estipulada era de 95%. Naquele ano, houve surto de caxumba no país, e registrou-se a menor taxa de vacinação contra a poliomielite em 12 anos – doença erradicada do Brasil desde 1994 - com uma cobertura de apenas 84%. (BRASIL, 2017) Segundo dados divulgados pelo Programa Nacional de Imunizações (PNI) na mídia², o**

²³ FÜRST, Henderson. Recusa Terapêutica e Recusa Vacinal: Notas sobre a Regulação Jurídica da Vacina de Covid-19 e Direitos dos Pacientes. Blog Gen Jurídico.com.br, de 14 dez 2020. In BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. 2020.p.152/153.

ano de 2017 teve o menor índice, em 16 anos, de cobertura vacinal em crianças; 312 cidades tiveram baixa cobertura contra a poliomielite3, o que pode provocar a reintrodução do vírus no país; e estados como o Amazonas e Roraima sofrem com surtos de sarampo. (grifo nosso)²⁴

E, ano após ano, os debates sobre a queda da vacinação crescem. Exemplificativamente, em notícia recente, segundo informes divulgados pela Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), o Brasil passou parte de uma lista de países com alto risco de volta da poliomielite em razão da baixa taxa de vacinação, visto que “*Em 2020, cerca de 1 milhão de crianças brasileiras não receberam as doses de vacina contra a poliomielite.*”²⁵

A evidência positiva da vacinação está na própria história. O Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento analisado, sintetizou de forma acertada a temática ao afirmar que “*A história da humanidade é também a história das epidemias*”²⁶. E assim segue:

Com a evolução da ciência, surgiram as primeiras vacinas na virada do século XVIII para o século XIX, e progressivamente a vacinação foi se revelando um método eficaz de prevenção de uma série de doenças, muitas delas fatais, como **varíola, febre amarela, difteria, tuberculose, coqueluche, poliomielite, sarampo, rubéola, meningite e influenza. A verdade é que graças ao desenvolvimento das vacinas, boa parte dessas doenças já está erradicada ou sob controle, o que faz com que muitas pessoas - notadamente as pessoas mais jovens - nem sequer se deem conta da ameaça que elas já representaram para a humanidade e que representam se houver a sua recidiva.** (grifo nosso).

Apesar disso, não se refuta a possível ocorrência de eventos adversos em geral pós-vacinação (EAPV), o que, considerado o âmbito das crianças e adolescentes, é ainda mais temido.

24 SHIMIZU, Natiely Rallo. Movimento Antivacina: A memória funcionando no/ pelo (per) curso dos sentidos e dos sujeitos na sociedade urbana. **Revista do Edicc**. Disponível em: <<https://revistas.iel.unicamp.br/index.php/edicc/article/viewFile/5963/7310>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

25 BBC NEWS Brasil. **Como o Brasil entrou em lista de alto risco de volta da pólio**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59646001>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. 2020. p.53.

O EAPV pode ser conceituado como “qualquer ocorrência médica indesejada após a vacinação, não possuindo necessariamente uma relação causal com o uso de uma vacina ou outro imunobiológico (imunoglobulinas e soros heterólogos).”²⁷

No presente artigo, porém, não se pretende analisar a responsabilidade civil por tais riscos, uma vez que fugiria ao escopo inicial.

Todavia o que se deve ter em mente é que o julgamento analisado considera a obrigatoriedade só, e somente só, se a vacina (i) estiver registrada no órgão de vigilância sanitária, que (ii) tiver sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (iii) tiver sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iv) for objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico.

Assim, há a construção de uma estrutura segura, dentro do possível, de modo que a existência de evidências médicas científicas é considerada pressuposto. Nesse sentido, a denominada *vacinação segura* é conceituada no seguinte sentido:

Vacinação segura significa toda política, ações e procedimentos em saúde pública relacionados à administração de vacinas, com a finalidade de minimizar os riscos de transmissão de doenças e de maximizar a efetividade das vacinas. Engloba todo o espectro de eventos desde a produção de uma vacina até a sua correta administração.²⁸

Portanto, no caso em que as evidências médico-científicas forem favoráveis à inclusão de determinada vacinação e todos os ritos procedimentais forem respeitados, com a devida transparência e

27 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. **Manual de vigilância epidemiológica de eventos adversos pós-vacinação** [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. – 4. ed. – Brasília: em Saúde, Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. – 4. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2020. p. 46. Disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_vigilancia_epidemiologica_eventos_vacinacao_4ed.pdf>. Acesso em: 11 set. 2009.

28 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. **Manual de vigilância epidemiológica de eventos adversos pós-vacinação** [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. – 4. ed. – Brasília: em Saúde, Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. – 4. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2020. p. 43.

informação à sociedade em geral, ter-se-á situação na qual o melhor interesse da criança e do adolescente – *minimização de exposição aos riscos de doenças e maximização da proteção de sua saúde (princípio da beneficência)* – será justificável à conclusão pela obrigatoriedade da vacinação de forma segura, sem que haja violação à autonomia dos pais ou responsáveis legais. Destacando, porém, que *forma segura* não significa ausência total de riscos nem teria como ser – esta é a chave do *pacto social*.

3.2. Breves considerações sobre o termo de consentimento informado na vacinação das crianças e adolescentes

Em alinhamento com o destacado princípio da autonomia de matriz bioética e, ainda, com o direito de informação, tem-se o denominado termo de consentimento informado ou de consentimento livre e esclarecido, o qual tem condão, de um lado, de informar e, de outro, colher e ter ciência da vontade do paciente.

Na seara médica, o consentimento, além do direito à informação previsto na Constituição Federal e no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa ao Consumidor²⁹, encontra-se previsto em resoluções do Conselho Federal de Medicina, destacando-se o Código de Ética Médica.

Ademais, a Lei nº 8.080/1990 dispõe necessidade de reconhecimento da autonomia pessoal nas ações e serviços de saúde, públicos e privados, na defesa de sua integridade física e moral (artigo 7º, III). E, a Portaria nº 1.820/2009 do Ministério da Saúde, no mesmo sentido, estabelece que toda pessoa deve ter garantido:

Artigo 5º, inciso V - O consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida,

²⁹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;

Considerando tais diretrizes, entende-se que, no âmbito da vacinação, o termo de consentimento informado também se mostra como um instrumento necessário. Nesse viés, a própria ementa do julgamento conjunto Adin 6586, 6587 e ARE 1.267.879 traz como *“flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas.”*³⁰

No julgamento é trazida a ideia de que tal consentimento informado da população deve ser buscado por meio de campanhas de conscientização e divulgação, demonstrando uma máxima relacionada ao direito de informação. Ou seja, tem-se uma abordagem mais relacionada ao livre convencimento informado como premissa e pouco menos como documento.

Seja de um modo ou de outro, certo é que, conforme explicitado no *item 2* deste texto e diante de toda coerência sistêmica existente em relação às crianças e adolescentes, na hipótese de exigência de apresentação de termo de consentimento envolvendo-os, que não detém capacidade civil plena, consentimento informado deverá ser elaborado e direcionado de forma diversa.

Nesse sentido, no caso dos menores de 16 (dezesseis) anos, via de regra, a vacinação deve ser ministrada sob consentimento dos responsáveis, sob *representação*. Já em relação aos maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos, a vacinação deve ocorrer mediante o consentimento do adolescente, sob *assistência dos representantes*.

Todavia, conforme amplamente alertado ao longo do texto, tanto a representação quanto a assistência devem ser interpretadas por regras e princípios atinentes ao direito da criança e do adolescente.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. 2020. p.2.

4. MEDIDAS INDIRETAS E MEIOS COERCITIVOS: O RIGOR EXCESSIVO E O RISCO CONSTANTE DE UMA “NOVA REVOLTA DA VACINA”

A despeito de ser possível alcançar uma solução em sentido teórico sobre o tema, como alcançou o Supremo Tribunal Federal no julgamento, com repercussão geral, do Tema 1103, tem-se que a sua *aplicabilidade é um ponto de tensão*.

Nesse cenário, as medidas indiretas e os meios coercitivos de vacinação passam a ser instrumentos essenciais.

Como já aludido, o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar pode acarretar a suspensão do poder tal como previsto no artigo 1637 do Código Civil. Além disso, é possível a aplicação de penas pecuniárias, como previsto no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há, ainda, a possibilidade de considerar a vacinação como condição para o acesso ou exercício de certas atividades. Nesse sentido, por exemplo, há previsão legal de obrigatoriedade de apresentação da Carteira de Vacinação da criança como condição para percepção de benefícios como o bolsa família e até para a matrícula em escola.

Ocorre que, sem deslegitimar o papel dessas medidas, faz-se necessário atentar-se a dois pontos.

O primeiro ponto é perceber o risco concreto de uma revolta social. Em análise histórica dos argumentos apresentados na Revolta da Vacina (1904), é possível verificar grande similaridade ao discurso atual, sendo necessário analisar o passado para que sejam evitadas consequências desastrosas. A veiculação de informações oficiais e verídicas é primordial nesse contexto. Sobre esse ponto, Nicolau Sevcenko analisa a truculência e o rigor dos métodos aplicados em 1904 sem preparação psicológica da população, uma soma que pode ser danosa. Colacionam-se

Os termos eram extremamente rígidos, abrangendo desde recém-nascidos até idosos, impondo-lhes vacinações, exames e reexames, ameaçando-os com

multas pesadas e demissões sumárias, limitando as oportunidades de recursos, defesas e omissões. O objetivo era uma campanha maciça, rápido, sem nenhum embaraço e fulminante: o mais amplo sucesso, no mais curto prazo. **Não se cogitou da preparação psicológica da população, da qual só se exigia a submissão incondicional. Essa insensibilidade política e tecnológica foi falta para a lei da vacina obrigatória. Infelizmente, não só para ela.**³¹ (grifo nosso)

Assim, para que sejam evitadas reações sociais iguais, devem ser tomadas atitudes políticas diferentes, haja vista que os discursos são extremamente similares.

O segundo ponto é que as consequências da recusa dos pais ou responsáveis em vacinar os filhos devem ser direcionadas aos pais ou responsáveis e não aos filhos, os quais já se encontram, em tese, prejudicados pela recusa em si. A afirmação parece dotada de obviedade, mas não é, pois os filhos acabam quase sempre sendo indiretamente afetados pela imposição das medidas.

Ora, por exemplo, condicionar o recebimento de auxílio assistencial à vacinação afeta a sobrevivência do lar como um todo, e não só os responsáveis. No mesmo sentido, é a aplicação de multa ou mesmo de astreintes para compelir genitores a cumprir decisão judicial. Nesse contexto também é impedimento da criança frequentar algum espaço público ou mesmo a escola, visto que ela restará com seu direito de ir e vir e a convivência restritos.

Não é tarefa simples sopesar os direitos envolvidos para se alcançar a medida coercitiva adequada. Um exemplo de correta aplicação são as leis, que exigem a *apresentação* da Carteira de Vacinação como requisito para a regularização da matrícula, e não como requisito para *efetivação*, não havendo impedimento de o aluno assistir aula. Notoriamente, a medida é direcionada ao sujeito certo.³²

31 SEVCENKO, Nicolau. A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 27. In BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>> Acesso em: 3 set. 2021. p.154/155.

32 Exemplos: SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Lei nº 17.252/2020, de 17 de março de 2020** - Artigo 4º - A falta de apresentação do documento exigido no artigo 1º desta lei ou a constatação da falta de alguma das vacinas consideradas obrigatórias não impossibilitará a matrícula, po-

Nesta análise, é claro perceber que a suspensão do poder familiar e a busca e apreensão da criança pelo Conselho Tutelar para regularização vacinal são, sem dúvidas, as opções mais traumáticas para as crianças e adolescentes.

Evidentemente, trata-se de meio lícito e possível, porém é mister que seja adequadamente aplicado, indicando-se tê-lo como uma *ultima ratio* entre os mecanismos possíveis, valendo-se de uma gradação das medidas.

Para garantir a *vida com dignidade* em sua completude para as crianças e adolescentes, é essencial que haja harmonização dos direitos, sem que para a efetivação de um haja o colapso de outro. E, sobretudo, que não gere traumas desarrazoados aos próprios sujeitos que devem ser protegidos.

Portanto são essenciais programas e orientação, ações preventivas das autoridades locais, campanhas educativas, posturas não autoritárias e até empáticas de todos os atores envolvidos nesse processo, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Conselho Tutelar, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, as entidades e demais entes.

4.1. Atuação do Ministério Público

Sabidamente, o Ministério Público possui função essencial na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente³³.

Sem pretensão de adentrar nas ações e procedimentos específicos do Ministério Público, visto que estes se encontram expressamente previstos, faz-se importante, no presente artigo, destacar o modo de atuação adequado, tendo em vista as problematizações trazidas relacionadas à vacinação das crianças e adolescentes e a eventual incompreensão dos pais ou responsáveis legais.

rém a situação deverá ser regularizada em um prazo máximo de 60 (sessenta) dias, pelo responsável, sob a pena de comunicação imediata ao Conselho Tutelar para providências. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17252-17.03.2020.html>>. Acesso em: 12 nov. 2021.
BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1429/2019 e apensos**– Proposta em andamento que torna obrigatória a apresentação da carteira de vacinação da criança para a realização de matrícula de alunos com idade até 9 anos em escolas públicas e privadas. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193777>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

33 Artigo 200 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre esse ponto, é interessante trazer as informações contidas na Nota Técnica Conjunta nº 02/2022, elaborada pelas Comissões Permanentes de Defesa da Saúde; da Infância e Juventude; da Educação e da Pessoa com Deficiência e Idoso, integrantes do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPGE) sobre a vacinação de crianças de 5 a 11 anos contra a Covid-19.

Referida Nota Técnica traz um modo de atuação pautado na solução extrajudicial, na capacidade de diálogo e na postura resolutiva e empática do Ministério Público, postura que ora se defende como ideal. Destaca-se:

Assim, mostra-se importante traçar algumas possibilidades de atuação do órgão de execução do Ministério Público, sempre respeitada a independência funcional.

Com a chegada dessa notícia de fato na Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, que tem atribuição para atuar na hipótese, caberá ao membro a análise detida do caso, recomendando-se a **prevalência da atuação extrajudicial em primeiro plano, para somente após buscar a judicialização.**

Nesse sentido, a **Carta de Brasília 20, documento lançado pelo Conselho Nacional do Ministério Público** em 2016, orienta que os membros da Instituição devem adotar uma **postura resolutiva**, que exige **capacidade de diálogo** para a construção de consenso emancipador que valorize os direitos e as garantias constitucionais fundamentais, com a utilização racional do mecanismo da judicialização.

O mesmo documento traz ainda diretriz no sentido da **utilização prioritária de mecanismos de resolução consensual**, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução de conflitos, controvérsias e problemas.

Assim, cabe ao órgão ministerial a tentativa de resolução pacífica do conflito, mediante a notificação dos pais ou dos(as) responsáveis na Promotoria de Justiça, a fim de entender os motivos da resistência oferecida, identificarse há

alguma contraindicação médica à vacina, entre outros pontos. Da mesma forma que recomendado ao Conselho Tutelar, os(as) Promotores(as) de Justiça devem se munir das informações oficiais prestadas pelos órgãos de saúde do país, a exemplo das notas técnicas da Secovid do Ministério da Saúde, da Anvisa, da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia (SBPT), Sociedade Brasileira de Infectologia (SBI), Sociedade Brasileira de Imunologia (SBI) e Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) dentre outros, mantendo uma **postura empática (e não autoritária, embora alertando as consequências de eventual descumprimento desse dever inerente ao poder familiar) com relação a eventuais dúvidas de boa-fé dos pais ou responsáveis.**³⁴ (*grifo nosso*)

Nesse raciocínio, ainda, enumera as providências, sem atentar à independência funcional ou mesmo sem pretensão de elencar medidas de forma restrita, o que merece atenção:

A primeira providência se relaciona com a infração administrativa prevista no art. 249 da Lei 8.069/1990 e o(a) membro(a) deverá se informar sobre a (pré)existência de demanda nesse sentido.

Se não houver, caberá o ajuizamento de **representação com base na obrigatoriedade prevista no art. 14, § 1º, da Lei nº 8.069/1990, que gera um dever inerente ao poder familiar, valendo-se eventualmente, ainda, do descumprimento da medida de proteção aplicada pelo Conselho Tutelar.**

Nessa mesma ação, a fim de dar efetividade ao requerimento judicial realizado, tendo em vista que em alguns casos a multa prevista no ECA pode ser insuficiente para o fim que se destina, **mostra-se possível, juridicamente, a cumulação de pedido de obrigação de fazer**, em tutela antecipada, para o alcance de uma decisão impondo a obrigação de os pais ou responsáveis vacinarem seus(suas) filhos(as), sob pena de sanções a serem aplicadas pelo(a) magistrado(a) no curso do processo, inclusive astreinte em valor

³⁴ CNPG. **Nota Técnica Nº 02/2022.** Disponível em: <<https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2022/01/-1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

suficiente para compelir os envolvidos a cumprirem a ordem judicial.

Embora seja juridicamente possível (artigo 129, incisos VIII, IX e X, do ECA), não se recomenda, salvo se associado à outra violação de direito de caráter grave que impossibilite a convivência familiar, que esta ação venha acompanhada de pedido de troca de guarda, acolhimento institucional, destituição ou mesmo suspensão do poder familiar, uma vez que existem outros meios mais eficazes e proporcionais para o alcance da medida 23.

Importante destacar, ainda, que **não se vislumbra a possibilidade jurídica de, mesmo em decisão judicial, haver a determinação de vacinação forçada**, seja em crianças ou em adultos, conforme bem decidiu o STF na ADI 6586/DF, quando fixou a seguinte tese: (...)

Dessa forma, **não há falar em medidas como busca e apreensão de crianças e adolescentes para vacinação forçada, a *manu militari*, mas em atos de coerção indireta visando ao alcance do resultado pretendido, de proteger a vida e a saúde dos infantes. Por fim, como última possibilidade para os casos de resistência ao cumprimento do dever familiar, pode-se cogitar a requisição de inquérito policial para apurar a prática do crime do art. 268 do Código Penal, o que passará a ser objeto de análise no tópico a seguir.**³⁵ (*grifo nosso*)

Portanto nota-se que a tomada de medidas de forma empática, gradativa e proporcional deve ser tida como diretriz, visto que, desta forma, será atingida a finalidade da atuação, qual seja a vacinação e proteção da saúde, sem que sejam atentados outros direitos de modo impositivo ou traumatizante, postura que não se coadunaria com a proteção especial e primazia absoluta das crianças e adolescentes.

35 CNPG. Nota Técnica Nº 02/2022. Disponível em: <<https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2022/01/-1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CONCLUSÃO

O direito à vida e à saúde das crianças e dos adolescentes deve ser compreendido pela premissa de que não se deve garantir apenas a vida *de per se*, mas sim a vida com dignidade, em uma leitura consentânea da constituição.

Nesse ponto, demonstrou-se que a vacinação – como política pública de saúde e como método de prevenção de doenças – é um ponto de tensão, haja vista que a decisão dos pais ou responsáveis quanto à vacinação de seus filhos não pode ser vista como uma decisão simples de autonomia privada.

Nesse aspecto, o poder familiar deve ser mais bem compreendido como um *poder-dever*. Além disso, entender as crianças e adolescentes como seres autônomos, e não extensão dos pais, é de mister importância para análise da presente temática.

É certo que a atuação conjunta dos pais, sociedade e Estado inequivocamente acabará gerando certos conflitos, os quais, como se viu, devem ser solucionados sopesando os direitos envolvidos e sempre em busca do melhor interesse da criança.

O julgamento do Tema 1103 pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de não colocar fim às discussões entre Estado e Família nesse âmbito, traz um norte a ser seguido e que demonstra corroborar com os princípios constitucionais e as diretrizes do direito da criança e do adolescente em sede nacional e internacional.

Nesses termos, conclui-se como adequada a tese fixada de que é constitucional a obrigação de imunização por meio de vacina registrada em órgão de vigilância sanitária, em determinadas situações (esteja incluída no Programa Nacional de Imunizações; aplicação obrigatória determinada em lei; objeto de determinação dos entes federados com base em consenso médico-científico), não havendo violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco violação ao poder familiar.

A despeito disso, destacou-se, ao longo do presente artigo, o cuidado que se deve ter com a aplicação desse entendimento, o qual

é importante que ocorra com ampla informação, posturas adequadas, resolutivas, não autoritárias, evitando-se uma “nova revolta da vacina”. A vacinação é, de fato, um pacto social. Porém, sabe-se que há tempos há parte relutante na sociedade em tal pacto.

No caso de imposição de penalidades ou medidas indiretas, deve-se ter em mente que, no caso das crianças e dos adolescentes, a consequência pela recusa não pode recair neles próprios, mas sim nos seus pais ou responsáveis. O elo entre tais personagens é tamanho que dificulta aplicar uma medida em um sem afetar o outro. Nesse sentido, há de se ter cuidado em penalizar em multa ou restrição de benefício assistencial uma família já hipossuficiente financeiramente ou dificultar o acesso da criança a lugares públicos e de lazer, afetando o direito à convivência ou, até mesmo, aplicando a suspensão do poder familiar, tendo em vista tratar-se de medida inequivocamente traumática para os filhos. A imposição de medidas gradativas é um caminho razoável e proporcional a ser seguido.

No campo da família e das crianças e adolescentes, espaço fundado em amor e afetividade, deve-se ter especial cautela na aplicação e imposição de medidas, valendo-se de estratégias pertinentes, inteligentes e razoáveis, pois, em sendo a família base da sociedade, tem-se por merecer o devido cuidado, ainda quando necessária a utilização – lícita – da intervenção estatal.

REFERÊNCIAS

COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer D. **Bioética, direito e medicina**. Editora Manole, E-book. ISBN 9788520458587.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520458587>>.

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues S. **Conflitos Bioéticos: clonagem humana**, 2ª Edição. Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502183377. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502183377/>>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI *In* PELUSO, Cezar (coord.) **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**; Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 11.ed. Barueri, SP: Manole, 2017.

MALUF, Carlos Alberto; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito da Família**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Bioética, Biodireito e Cuidados Paliativos**. Londrina, PR. Thoth, 2022.

RAMOS, André de C. **Direitos humanos na pandemia: desafios e proteção efetiva**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

SEVCENKO, Nicolau. **A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. *In* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&text=.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. v.6. 3 ed. São Paulo: Editora Forezen, Grupo GEN, 2022.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p.25

Periódicos:

SHIMIZU, Natiely Rallo – Movimento Antivacina: A memória funcionando no/ pelo (per) curso dos sentidos e dos sujeitos na sociedade urbana. **Revista do Edicc** - Disponível em: <<https://revistas.iel.unicamp.br/index.php/edicc/article/viewFile/5963/7310>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SPOSATO, Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um

neoconstitucionalismo aplicado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol.80/2009. p.80/118 – Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol.4. p.641/676.

Notícias eletrônicas:

BBC NEWS Brasil. **Como o Brasil entrou em lista de alto risco de volta da pólio**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59646001>>. Acesso em: 8 jul.2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias: Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2008. *In* RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Poder familiar na atualidade brasileira**. IBDFAM, 17 abril. 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

FÜRST, Henderson. Recusa Terapêutica e Recusa Vacinal: Notas sobre a Regulação Jurídica da Vacina de Covid-19 e Direitos dos Pacientes. Blog Gen Jurídico.com.br, de 14 dez 2020. *In* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 e 6587**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2021.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. **Manual de vigilância epidemiológica de eventos adversos pós-vacinação** [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Imunizações e Doenças Transmissíveis. – 4. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_vigilancia_epidemiologica_eventos_vacinacao_4ed.pdf>. Acesso em: 11 set. 2009.

CNPG. **Nota Técnica Nº 02/2022**. Disponível em: <<https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2022/01/-1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Poder familiar na atualidade brasileira**. IBDFAM, 17 abril. 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

UNICEF Brasil. **História dos direitos da criança**. Disponível em: <[unicef.org](https://www.unicef.org)>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Referências jurisprudenciais:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6586 E 6587**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 1267879**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso Brasília, 17 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870>> Acesso em: 3 set. 2021.

A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA E A IMPOSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR *EX OFFICIO*

PRELIMINARY DETENTION IN FLAGRANTE DELICTO AND ITS FURTHERING BY MEANS OF PREVENTIVE DETENTION: THE IMPOSSIBILITY OF SUCH DETENTION WITHOUT A FORMAL REQUEST

Camila de Luar Fausto de Sá

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFACID Wyden. Assessora de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Ademar Rosado – FAR.
cdebruar@gmail.com

Como citar este artigo:

SÁ, Camila de L. F. de. A conversão da prisão em flagrante em preventiva e a impossibilidade da decretação da prisão cautelar *ex officio*. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 339 - 358.

Recebido em: 31/3/2021 | Aprovado em: 2/8/2022

Resumo: O presente artigo tem como escopo fomentar o debate no âmbito do Grupo de Estudos e Pesquisa “Ciências Criminais em Debate”, realizado pelo Ministério Público do Estado do Piauí, diante da atualização legislativa, precisamente por ocasião da Lei nº 13.964/2019, intitulada de Pacote Anticrime. De certo, uma das mudanças significativas foi a alteração do artigo 311 do Código de Processo Penal, o qual teve a supressão da expressão “de ofício” de sua redação. Nesse aspecto, a atuação do magistrado foi modificada, posto que, atualmente, a este é vedado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem prévio requerimento do Ministério Público, do querelante e do assistente, ou representação da autoridade policial. Há que se destacar, ainda, a atuação ministerial e da autoridade policial acerca da decretação da prisão preventiva, vez que o papel do magistrado se restringiu a deferir ou não a conversão daquela

prisão. Analisando o tema, verificou-se que a doutrina majoritária possui semelhante entendimento, bem assim o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que, recentemente, manifestaram-se no sentido de negar ao Juiz competência para imposição, *ex officio*, da privação cautelar de liberdade individual do indivíduo. Em síntese, com o advento da Lei Anticrime, a regra atual é não admitir a conversão da cautelar, de ofício, pelo magistrado, mas tão somente em casos excepcionais.

Palavras-chave: Prisão em flagrante; Prisão preventiva; Prisão cautelar; Impossibilidade de decretação de ofício; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: *This article aims to foster the debate within the Study and Research Group “Criminal Sciences in Debate”, that is carried out by the Public Prosecution Service in the State of Piauí, Brazil, regarding the legislative update brought by Federal Law n. 13.964 of 2019, commonly referred to as “Anti-crime package” (pacote anticrime). One of the most relevant changes that were established by such law is the amendment of Article 311 in the Brazilian Code of Criminal Procedure, where it excluded the expression “ex officio” (de ofício) in its wording. Therefore, this caused a change in the nature of the judges’ power of arrest, as judges are now prohibited to determine preventive detention without a prior request by either the Public Prosecutors’ Office, the plaintiff with its assistant, or even by a legal claim brought by the police authority. It is also important to highlight the expansion of relevance to the actions of both the Prosecutor and Police Authority, since the role of the judge was restricted to merely establishing the detention upon a formal request of such parties in the legal procedure. Analyzing the theme, we found the majority of Brazilian legal doctrine has a similar understanding in the sense that judges can no longer establish a preventive detention without a previous request, while such rationale has been also applied by the Brazilian Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, which recently analyzed the theme. In summary, as the Anticrime Act has been put into effect, the current rule corresponds to the impossibility of preventive detention without a previous request, unless in exceptional circumstances.*

Keywords: *Detention in flagrante delicto; Preventive detention; Pre-trial arrest; Impossibility of preventive detention without request; Federal Supreme Court of Brazil; Brazilian Superior Court of Justice.*

Sumário: Introdução; 1. O reflexo do sistema acusatório no art. 311 do CPP; 1.1 Da prisão em flagrante e preventiva; 1.2. A introdução do sistema acusatório no CPP; 2. O art. 311 do CPP – uma inovação?; 3. Da atuação da autoridade policial e do órgão ministerial; 4. O posicionamento do STF e do STJ; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Com o propósito de aumentar a eficácia no combate à corrupção, ao crime violento e ao crime organizado, aperfeiçoando, por conseguinte, a legislação penal e processual penal, em 24 de dezembro de 2019 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Tais propósitos são inclusive consagrados no art. 1º da aludida Lei: “Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”.

Ocorreram muitas alterações no Código Penal (CP) e no Código de Processo Penal (CPP), dentre as quais destaca-se como tema do presente artigo a alteração do artigo 311 do CPP, que teve a expressão “de ofício” retirada de sua redação, atualmente assim disposto: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Essa mudança abriu margem para ampla discussão na doutrina, que indicava o entendimento no sentido de que a interpretação legislativa vedava ao magistrado a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício, sem o prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Nesse sentido, embora o Código Penal tenha aumentado a pena de muitos de seus crimes, entende-se que a prisão não é a regra, mas exceção, sendo a liberdade do indivíduo, inclusive, um princípio reitor do processo penal. Assim, para assegurar a efetividade do Estado e a proteção da sociedade, existe a prisão cautelar (ou provisória), que pode decorrer do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal).

Essa modalidade de prisão cautelar – que se subdivide em flagrante (ou pré-cautelar, para parte da doutrina), preventiva e temporária – é assim denominada pois, nas palavras de Aury Lopes

Júnior¹, busca “garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.”

Ocorre que, por força da concessão de Liminar nas Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo Ministro Luiz Fux, no dia 22 de janeiro de 2020, institutos e avanços importantíssimos para o processo penal tiveram sua eficácia suspensa, sem prazo, a exemplo do sistema acusatório (art. 3º-A), que possui direta ligação com o art. 311 do CPP, posto que requer do magistrado sua total imparcialidade quanto ao procedimento da conversão do flagrante em preventiva. Portanto, mediante tal cenário fático legislativo, questiona-se: como restou a “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva?

Embora a demanda esteja suspensa até ulterior análise pelo pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), o objetivo deste estudo perfaz-se em uma breve análise das decisões que levaram ao atual posicionamento dos Tribunais Superiores quanto ao tema e que, além de ser um entendimento majoritário na doutrina, foi, também, decidido pelo próprio STF e acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para tanto, a metodologia consistirá essencialmente em pesquisa explicativa e bibliográfica, por meio da análise e interpretação da legislação, tendo por base a doutrina e jurisprudência atualizada, da qual se extraem as balizas para o efetivo exercício de um sistema processual penal brasileiro de perfil democrático.

1. O REFLEXO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO ART. 311 DO CPP

1.1. Da prisão em flagrante e preventiva

Para nortear o leitor acerca do tema do presente artigo, imperioso conceituar as prisões em flagrante e preventiva. *A priori*, tratam-se de prisões cautelares, que, nas lições de Renato Brasileiro de Lima²,

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 906.

² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Sal-

são uma espécie de prisão “decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal”.

Sobre o flagrante, Eugênio Pacelli³ leciona:

Embora por flagrante se deva entender a relação de imediatidade entre o fato ou evento e sua captação ou conhecimento pelo homem, o art. 302 contempla também situações em que não é mais possível falar-se em ardência, crepitação ou flagrância, expressões normalmente utilizadas na doutrina a partir da expressão latina *flagrare*.

A Carta Magna de 1988, ao consagrar a prisão em flagrante o *status* constitucional de prisão cautelar, manteve a possibilidade da sua existência, impondo, entretanto, limites a esse modelo de prisão, de modo que aplicá-la de forma indiscriminada violaria direitos e princípios constitucionais de alta relevância, podendo incorrer em abuso de autoridade e ilegalidade da prisão.

Fernando Capez⁴ analisa como uma “medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção”.

Já a prisão preventiva tem como prerrogativa garantir o pleno desenvolvimento e futuro provimento da jurisdição e busca “impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo”⁵.

Poderá ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, até mesmo após a sentença condenatória recorrível ou na fase recursal, em caso de real necessidade, com fundamento na garantia da

vador: JusPodivm, 2020, p. 974.

3 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge77onio-pacelli---2017-1.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2020.

4 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

5 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge77onio-pacelli---2017-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

aplicação da lei penal. Contudo, como já mencionado, somente será decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, por meio de prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da Autoridade Policial.

1.2. A introdução do sistema acusatório no CPP

É notório que a novel Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) introduziu no Código de Processo Penal brasileiro o sistema acusatório, consagrado em seu art. 3º-A, que fomentou mudanças consideráveis e de suma importância para a prática forense penal, veja-se: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Embora o citado dispositivo atualmente esteja com eficácia suspensa, já são notórias as consequências dessa edição legislativa, especialmente no tocante ao assunto do presente artigo: a impossibilidade jurídica de o magistrado converter, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida aos atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial).

Uma das características do sistema acusatório é a imparcialidade do juiz, sendo este alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova. Nesse sentido, afirma Aury Lopes Júnior⁶:

Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se

6 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 58-59.

efetivo. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

Dessa forma, entende-se que a alteração do art. 311 do CPP, que suprimiu a expressão “de ofício”, trata-se de um reflexo da consagração desse sistema, visto que o aludido artigo encontra-se vigente. Nas palavras do professor Renato Brasileiro⁷:

Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Antes do Pacote Anticrime, a jurisprudência e os próprios Tribunais entendiam que o magistrado, após receber o auto de prisão em flagrante, poderia, *ex officio*, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. A referida conclusão baseava-se na redação do art. 310, inciso II, do CPP:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

O artigo supradito confere ideal situação jurídica à prisão em flagrante, classificando-a como uma prisão cautelar com fundamento disposto na Constituição Federal (art. 5^a, inciso LXI), e impõe ao juiz fundamentá-la com base nos requisitos da prisão preventiva.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 946-947.

Contudo a interpretação do art. 310 deve ser feita à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, todos do CPP, quando o juízo poderá converter a prisão em flagrante em preventiva tão somente quando houver requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação ou representação da autoridade policial, isso em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

Nesse sentido, ratifica Renato Brasileiro⁸:

De acordo com a nova redação do art. 310, II, do CPP, verificada a legalidade da prisão em flagrante, o juiz poderá fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, hipótese em que deverá ser expedido um mandado de prisão. Para tanto, é indispensável que seja provocado nesse sentido, pois jamais poderá fazê-lo de ofício, sob pena de violação aos arts. 3º-A, 282, §§2º e 4º, e 311, todos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19.

Portanto, antes da Lei nº 13.964/2019 e considerando a antiga redação do § 2º do art. 282 do CPP, na fase do inquérito policial, ao juiz não era facultado conceder medidas cautelares de ofício, ante a indispensabilidade de pedido ou requerimento. A exceção ocorria

8 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1052.

quando da conversão do flagrante em prisão preventiva. Todavia, na fase judicial, era cabível, tal qual expressava o citado artigo.

Sobre o assunto, a doutrina majoritária entende que a possibilidade de decretação de qualquer prisão *ex officio* estaria superada com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), haja vista a nova redação do § 2º do art. 282 do CPP.

2. O ART. 311 DO CPP – UMA INOVAÇÃO?

A princípio, necessário relembrar que, antes mesmo do Pacote Anticrime, a Lei nº 12.403/2011 vedava ao magistrado decretar a prisão preventiva de ofício apenas durante a fase investigatória.

Pode-se dizer que a Lei de 2011 era contraditória ao proibir a decretação da prisão preventiva de ofício, quando da fase investigatória, mas a permitia durante a instrução e, ao mesmo tempo, determinava que o juiz convertesse a prisão em flagrante em preventiva. Esse foi o entendimento que alguns operadores do direito trouxeram à tona quando da inovação legislativa do Pacote Anticrime.

Mesmo assim, Guilherme de Souza Nucci⁹ concluiu não haver nenhuma alteração no cenário da conversão do flagrante em preventiva. Nas palavras do autor e magistrado:

O indiciado está preso legalmente, porque a CF autoriza, em face do flagrante; o magistrado analisa essa medida cautelar (ou pré-cautelar, como alguns preferem, o que tanto faz para esse fim) e conclui ser indispensável manter a segregação cautelar (note-se: manter o que já existe e não inovar, retirando o sujeito da liberdade e colocando-o na prisão de ofício), porque presentes os seus requisitos (toda prisão-cautela, hoje, precisa ser baseada nos requisitos do art. 312 do CPP). Em suma, o magistrado nada mais faz do que manter a prisão em flagrante convertendo-a em preventiva (comutar, permutar, trocar uma coisa por outra), mas não significa inovar (realizar algo novo ou inédito). (...) Essa lei simplesmente vedou a decretação da preventiva, sem

9 JUSBRASIL. **Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício**. Julho de 2020. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/875328911/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-deoficioutm_campaign=newsletterdaily_20200716_10318&utm_medium=email&utm_source=newsletter> Acesso em: 8 nov. 2020.

requerimento da parte interessada, durante a instrução. Nada mais. Creio nem ser preciso lembrar que a conversão do flagrante em preventiva ocorre durante da fase pré-processual.

Como já mencionado, houve a supressão da expressão “de ofício” do art. 311 do CPP, quando da decretação da prisão preventiva pelo juiz. Tem-se, portanto, o entendimento de que a atualização legislativa garantiu a impossibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado em qualquer fase da persecução criminal. Dessa forma, recebido o auto de prisão em flagrante, segundo o disposto no art. 310 do CPP, o juiz pode relaxar a prisão em flagrante, se considerada ilegal; converter a prisão em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP (se não forem cabíveis medidas cautelares diversas da prisão); ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tomadas as devidas providências mencionadas, acredita-se, também, que não houve nenhuma inovação no que atine a uma possível decretação da prisão de ofício. A conversão em si não traz consigo nenhuma inovação, isso porque trata-se de uma prisão cautelar para outra prisão cautelar, que ocorre na fase pré-processual, e o que o Pacote Anticrime abrangeu foi a vedação da prisão preventiva de ofício pelo juiz durante a instrução.

3. DA ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL E DO ÓRGÃO MINISTERIAL

O Delegado de Polícia possui relevante função social no ordenamento brasileiro jurídico, pois, por vezes, é o primeiro a garantir da legalidade e da justiça, como afirmou o Ministro aposentado Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 84.548/SP¹⁰.

Importante a análise do Delegado de Polícia no âmbito do preenchimento dos requisitos legais para a prisão preventiva e sua Representação, pois pode ocorrer de o responsável pela prática do crime ter a possibilidade de ser solto no momento de sua conversão,

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84548 SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 04/03/2015. DJe: 10/04/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>> Acesso em: 8 nov. 2020.

tendo em vista que a Audiência de Custódia nem sempre ocorre no devido prazo legal ou que, em determinadas situações, o membro do Ministério Público possa estar presente, haja ou não motivo justificado.

Nesse sentido, Guilherme Nucci¹¹ e Renato Brasileiro¹², respectivamente, lecionam:

É o modo pelo qual essa autoridade faz ver ao juiz a necessidade de realização de alguma diligência ou de decretação de alguma medida indispensável, no interesse da investigação criminal, sem que, com isso, adquira o direito de questionar, depois, a decisão tomada pela autoridade judiciária. Assim, caso seja desacolhida a proposta, nada resta ao delegado fazer.

A despeito dessa posição de parte da doutrina, é dominante o entendimento, sobretudo na jurisprudência, no sentido de que o Delegado de Polícia pode representar pela decretação de qualquer medida cautelar na fase investigatória, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, porém, previamente à decisão judicial. Raciocínio semelhante a este, aliás, já é feito pelos Tribunais quando se discute a legitimidade da Polícia para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada.

O Ministério Público, titular da ação penal pública e fiscal da lei (art. 129, inciso I, da CF e art. 25, inciso II, da Lei Orgânica do Ministério Público), por sua vez, detém importante papel quando da decretação da prisão preventiva. É o *Parquet* a parte legítima acusatória que, ao verificar a inviabilidade de manter o réu solto, requer ao magistrado a conversão da prisão cautelar.

O órgão ministerial, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, conforme dispõe o *caput* do art. 306 do CPP, poderá requerer ao juiz as medidas que entender adequadas, independentemente de vista promovida pelo julgador, conforme destaca Renato Brasileiro¹³:

De acordo com o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular da ação penal

11 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.145.

12 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 950.

13 *Ibid.*, p. 949.

pública. Essa titularidade também diz respeito a todas as demais medidas de natureza cautelar. Com efeito, devido ao caráter instrumental das medidas cautelares em relação à ação principal, devem elas ser pleiteadas pelo próprio titular da ação de acordo com a estratégia processual considerada eficiente e adequada para viabilizar a ação principal. Assim, a nosso ver, só pode se admitir o manejo das medidas cautelares por parte daquele que esteja na legítima condição de parte para o processo principal.

Logo, visto como a autoridade que detém legitimidade de postular medida cautelar para fins de instrumentalizar futura ação penal pública, o Ministério Público deve analisar se o perigo gerado pelo *status libertatis* do indivíduo é real ou não, com suporte probatório e fático suficientes para legitimar o requerimento de tal medida.

4. O POSICIONAMENTO DO STF E DO STJ

Logo após a edição do Pacote Anticrime, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prolatou decisões admitindo ao magistrado a possibilidade da conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Em 5 de maio de 2020, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 120.281/RO, a Quinta Turma¹⁴ assim se manifestou:

O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no artigo 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade.

Após o julgado citado, em 15 de setembro de 2020, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a controvérsia no *Habeas Corpus* nº 583.995/MG, chegando a diferenciar a prisão preventiva, que é oriunda de decisão judicial sem a existência de conversão de prisão em flagrante, da decisão judicial que advém dessa conversão.

¹⁴ JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 120281 RO 2019/0335613-5**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 05/05/2020. DJe: 15/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855173942/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-120281-ro-2019-0335613-5>> Acesso em: 8 nov. 2020.

Nessa decisão, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz afirmou ainda não ser possível o juiz decretar, *ex officio*, a prisão em preventiva se essa não decorrer da conversão do flagrante. Todavia admitiu ser possível a decretação, independentemente de provocação ministerial ou da autoridade policial, em situações de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Frisaram-se alguns trechos da decisão do Ministro Schietti¹⁵:

É preciso, portanto, considerar que a praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto. As idiossincrasias de nosso país e do sistema de justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade. [...] Logo, destoa das funções do magistrado – mais ainda na fase das investigações –, exercer qualquer atividade que possa caracterizar um reforço à atividade investigatória estatal, ou um interesse particular em obter provas que possam servir ao titular da ação penal para provocar a jurisdição. Daí a pertinência do novel art. 3º-A do CPP (com vigência suspensa, todavia), ao dispor que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. [...] Há de se pontuar, no entanto, a diferença, que em meu entender se mostra visível, entre a decisão judicial que decreta uma prisão preventiva, ou qualquer medida cautelar, pessoal ou probatória, e a que converte, por força de comando legal, a prisão em flagrante em alguma(s) medida(s) cautelar(es), inclusive a prisão preventiva, a mais gravosa entre todas. [...] Não considero, assim, existir propriamente uma atividade oficiosa do juiz nesta hipótese, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), que tocará ao juiz, após ouvir o autuado, de

15 JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 583995 MG 2020/0122296-6**. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz. Data do Julgamento: 15/09/2020. DJe: 07/10/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101139424/habeas-corpus-hc-583995-mg-2020-0122296-6/inteiro-teor-1101139453>> Acesso em: 5 ago. 2022.

que adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagrante preso, já agora sob o título da prisão preventiva. [...] Se a audiência de custódia não se realizar, ou se, instalada, o representante do *Parquet* não se fizer presente, poderá o juiz adotar uma das seguintes alternativas: [...] III. Decidir, com as balizas dos art. 282 e 312 do CPP, pela conversão do flagrante em prisão preventiva (ou em alguma das cautelas a ela alternativas), e encaminhar os autos, imediatamente em seguida, ao Ministério Público, promovendo, assim, o contraditório diferido. [...] A alternativa 3 não é, efetivamente, o modelo ideal, mas, diante da anomalia procedimental (constatada ausência da audiência de custódia ou do representante do Ministério Público), atende, minimamente, aos interesses envolvidos (interesses do indivíduo e interesses processuais ou sociais), decidindo, como determina a lei, no prazo legal, acerca de uma das providências indicadas no art. 310 do CPP.

Já em 6 de outubro de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *Habeas Corpus* nº 188.888, posicionou-se pela impossibilidade de o magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. O aposentado Ministro Celso de Mello¹⁶ expôs:

Impossibilidade, de outro lado, da decretação “*ex officio*” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia (ou de apresentação), sem que se registre, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Recente inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que alterou os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do Código de Processo Penal, suprimindo ao magistrado a possibilidade de ordenar, “*sponte sua*”, a imposição de prisão preventiva. Não realização, no caso, da audiência de custódia (ou de apresentação). Conversão, de ofício, mesmo assim, da prisão preventiva. Impossibilidade de tal ato, seja em face da ilegalidade dessa decisão, seja, ainda, em razão de ofensa a um direito básico – o de realização da audiência de custódia – assegurado

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 188888 MG 0098645-73.2020.1.00.0000**. Rel. Min. Celso de Mello. Data do Julgamento: 06/10/2020. DJe: 15/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>> Acesso em: 5 ago. 2022.

a qualquer pessoa pelo ordenamento doméstico e por convenções internacionais de direitos humanos. [...] A Lei nº 13.964/19, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “*ex officio*” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.

Seguindo o entendimento do STF, em 20 de outubro de 2020, a Quinta Turma do STJ julgou o *Habeas Corpus* nº 590.039/GO, modificando seu entendimento anterior, e definiu, por fim, que o magistrado não pode decretar, *ex officio*, a prisão preventiva decorrente da conversão da prisão em flagrante, pois isso violaria a efetivação do sistema penal acusatório.

Em 29 de outubro de 2020, o Ministro Edson Fachin¹⁷ concedeu *Habeas Corpus* em favor de um homem que teve a sua prisão em flagrante convertida em preventiva pelo juiz, sem que tenha havido pedido do Ministério Público ou da autoridade policial, e que não foi submetido à Audiência de Custódia, em razão da pandemia de Covid-19. Na decisão, referindo-se à interpretação dos artigos 282, §§ 2º e 4º, e 311, todos do CPP, o Ministro afirmou que:

[...] esses dispositivos legais, em atenção ao sistema acusatório elegido pela Constituição Federal de 1988, não deixam dúvida quanto à impossibilidade de imposição de medida cautelares pessoais pelo juiz de ofício, seja na fase pré-processual, seja na fase processual.

A Terceira Seção do STJ, em decisão de 24 de fevereiro de 2021, deu provimento ao Recurso em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO, invalidando a conversão automática feita pelo Judiciário, após prisão de suspeito em flagrante.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Concedido HC a homem que teve prisão em flagrante convertida em preventiva por iniciativa do juiz**. Novembro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454741&tip=UN>> Acesso em: 8 nov. 2020.

Diante de tais decisões, observa-se que tanto a jurisprudência como a doutrina têm se alinhado ao entendimento consubstanciado no artigo 311 do CPP. Em que pese a eficácia suspensa de alguns dispositivos da Lei Anticrime, o sistema acusatório está notadamente sendo um reflexo aos demais dispositivos do CPP.

Não obstante os Tribunais Superiores tenham divergido em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento jurisprudencial fundamentado na ideia de que as alterações do Pacote Anticrime denotam a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório, garantindo às partes do processo a total imparcialidade do juiz quanto à decretação da prisão preventiva, pois, sem autorização constitucional e legal para tanto, restou-se impossibilitado de realizá-la de ofício.

Em seguida, observa-se a visibilidade, a autonomia e a indispensabilidade garantida ao Ministério Público e da Autoridade Policial para se apresentar em Juízo e requerer a decretação da prisão preventiva do agente, verificada a imprescindibilidade da privação da liberdade do réu ou em caso de imposição de medida cautelar diversa da segregação pessoal.

Entende-se que tal autonomia requer especial atenção do Ministério Público e da Autoridade Policial, pois confere a estes a obrigação de se estruturarem de modo a atender aos novos deveres impostos, devendo indicar, em tempo hábil e de forma precisa, os elementos concretos que justificam o encarceramento preventivo do agente.

Por conseguinte, com a edição do Pacote Anticrime, a hermenêutica do art. 310, inciso II, do CPP deve ser primorosamente realizada em conformidade e em conjunto com os arts. 282, § 2º, e 311, do mesmo Código, o que garante efetivamente todo o exposto mencionado alhures.

CONCLUSÃO

Ao fim das discussões travadas no Grupo de Estudos e Pesquisa “Ciências Criminais em Debate” do Ministério Público do Piauí, galgou-se o entendimento que, de fato, atualmente o sistema acusatório está presente na legislação processual penal brasileira, embora o art. 3^a-A do CPP permaneça com eficácia suspensa.

Percebeu-se que as decisões atuais apontam a configuração do sistema acusatório e, em consequência disso, afastam o Estado-juiz da atividade instrutória, garantindo sua imparcialidade e esvaindo o sistema inquisitório que insiste em permear o processo penal brasileiro.

A reforma legislativa advinda do Pacote Anticrime acarretou a imparcialidade do magistrado ao impedi-lo de converter a prisão em flagrante em preventiva de ofício e trouxe à autoridade policial, ao Ministério Público, ao querelante e ao assistente maior visibilidade em suas atuações no momento da análise acerca da privação de liberdade cautelar do indivíduo para requerer a medida.

Destacando ainda a atuação ministerial, concluiu-se que o princípio do *ne procedat iudex ex officio* – característica do sistema acusatório, pois consolida um sistema processual fundado na democracia e na imparcialidade – é, também, fortalecedor do princípio republicano e garante a autonomia constitucional do Ministério Público.

A análise dos julgados apontou que, seja no contexto da Audiência de Custódia ou fora dele, é reconhecida a impossibilidade jurídica de o magistrado decretar, de ofício, a prisão preventiva de uma pessoa submetida a atos de persecução criminal.

Assim, não há mais que se falar na ideia de que impor uma prisão cautelar sem a devida provocação pela autoridade responsável é admissível em razão do poder geral de cautela do magistrado. Em outros termos, não se aplica atualmente apenas exarar uma decisão judicial fundamentada na garantia da ordem pública ou os maus antecedentes para prender preventivamente um indivíduo sem prévio requerimento do Ministério Público enquanto *dominus litis*,

representação da Autoridade Policial ou requerimento do querelante ou do assistente da acusação.

Portanto espera-se que, após tais significativas mudanças na legislação penal brasileira, bem como quando os artigos ainda suspensos passem a vigor dentro do ordenamento jurídico brasileiro, seja o direito penal efetivamente aplicado por seus operadores, a fim de que esse direito possa, conseqüentemente, exercer sua função primordial de proteção aos bens jurídicos essenciais e às finalidades preventivas da sanção penal, tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Concedido HC a homem que teve prisão em flagrante convertida em preventiva por iniciativa do juiz**. Novembro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454741&tip=UN>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84548 SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 04/03/2015. DJe: 10/04/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 188888 MG**. Rel. Min. Celso de Mello. Data do Julgamento: 06/10/2020. DJe: 15/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>> Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 120281 RO 2019/0335613-5**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 05/05/2020. DJe: 15/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855173942/recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-120281-ro-2019-0335613-5>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 590039 GO 2020/0146013-9**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 20/10/2020. DJe: 29/10/2020 Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113818491/habeas-corporum-hc-590039-go-2020-0146013-9/inteiro-teor-1113818544>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 583995 MG 2020/0122296-6**. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz. Data do Julgamento: 15/09/2020. DJe: 07/10/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101139424/habeas-corporum-hc-583995-mg-2020-0122296-6/inteiro-teor-1101139453>> Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pacote anticrime:** a interpretação do STJ no primeiro ano de vigência da nova lei. Janeiro 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07022021-Pacote-Anticrime-a-interpretacao-do-STJ-no-primeiro-ano-de-vigencia-da-nova-lei.aspx>> Acesso em: 16 jul. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIZER O DIREITO. **O juiz não pode, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva**. Outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/10/o-juiz-nao-pode-de-oficio-converter.html>> Acesso em: 8 nov. 2020.

JUSBRASIL. **Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício**. Julho de 2020. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/875328911/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio?utm_campaign=newsletter>

daily_20200716_10318&utm_medium=email&utm_source=newsletter> Acesso em: 8 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime – Comentário à Lei 13.964/19 – artigo por artigo**. 1. ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEU SITE JURÍDICO. **O pacote anticrime acaba por revelar mais ainda a importância do delegado de polícia no ordenamento jurídico, dentro do sistema de persecução penal**. Outubro de 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/30/o-pacote-anticrime-acaba-por-revelar-mais-ainda-importancia-delegado-de-policia-no-ordenamento-juridico-dentro-sistema-de-persecucao-penal/>> Acesso em: 8 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge770nio-pacelli---2017-1.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2020.

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E ATUAÇÃO CARTORIAL

THE CONTROL OF POLICE ACTIVITY BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

João Gaspar Rodrigues

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Autor do livro: Atividade policial, direitos fundamentais e controle externo. Promotor de Justiça. joaorodrigues@mpam.mp.br

Como citar este artigo:

RODRIGUES, João G. Controle externo da atividade policial e atuação cartorial. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 359 - 392.

Enviado em: 3/6/2022 | Aprovado em: 31/8/2022

Resumo: O presente estudo elabora uma profunda reflexão sobre a relação entre meios (recursos materiais, humanos, logísticos e operacionais) e fins constitucionalmente atribuídos ao Ministério Público no controle externo da atividade policial. A metodologia adotada foi, essencialmente, a análise da literatura especializada, com ênfase na revisão bibliográfica sobre principiologia institucional, com o intuito de alcançar uma conclusão científica capaz de compreender as dificuldades inerentes ao controle externo da atividade policial e, com base nisso, superar as deficiências.

Palavras-chave: Controle externo da atividade policial; Meios insuficientes de trabalho; Princípio da proteção insuficiente; Resolutividade.

Abstract: *The present study analyzes the relationship between the material, human, logistical and operational resources attributed to the Public Prosecutor's Office, as well as its constitutional mission, while dealing with the control of police activity. The methodology adopted is mainly bibliography review on institutional principles, with the aim of reaching a scientific conclusion that is capable of understanding the difficulties inherent to the control of police activity and, based on that thought, to overcome the issues that have been verified.*

Keywords: *Control of police activity. Insufficient means of work. Principle of insufficient protection. Effectiveness.*

Sumário: Introdução; 1. A correlação entre fins e meios estruturais de atuação; 2. O poder estruturante da norma constitucional (art. 129, VII); 3. Atuação entrópica/cartorial do CEAP e déficit de recursos; 4. A atuação cartorial do CEAP e a proibição da proteção insuficiente; 5. Engajamento institucional na alocação de recursos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio é uma tentativa de responder se o exercício funcional do Ministério Público no controle, dito “externo” (ou extracorporativo), da atividade policial, tem se revelado efetivo e resolutivo, no sentido de entregar os fins que, constitucionalmente, foram conferidos à guarda da instituição. A atribuição constitucional tem sido levada a cabo de forma adequada e suficiente, de modo a atender às expectativas sociais? Os meios materiais e estruturais entregues aos respectivos órgãos de execução especializados são compatíveis com a amplitude das exigências e das atribuições conferidas?

O esforço para responder a essas indagações nos leva, inevitavelmente, a outras questões de índole eminentemente prática, na medida em que se relacionam com as angústias vivenciadas, diariamente, pela população brasileira. Fenômenos sociais como violência, criminalidade, letalidade policial, tortura e outros meios de violação dos direitos fundamentais não têm apresentado reduções sustentáveis ao longo dos últimos anos. Infelizmente, o movimento é o contrário: índices sempre crescentes e sempre entre os mais elevados do mundo civilizado.

Muitos desses fenômenos, senão em sua integralidade e em suas causas mais profundas, recebem um primeiro enfrentamento do aparato policial que, aparentemente, não tem se mostrado à altura do desafio¹. Cenário que amplia as expectativas em torno do mecanismo criado pela Constituição para exercer um controle externo sobre a atividade

¹ Para confirmar isso, basta uma vista d’olhos nas diversas edições do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (espécie de relatório publicado anualmente pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anuário-brasileiro-seguranca-publica/>>). Os números têm força e revelam, ano a ano, uma inefetividade do trabalho policial no enfrentamento da violência, da criminalidade e da insegurança pública. Ademais, na prática, o princípio orientador da atividade policial é a força bruta ou justiceira.

policial. Se a função controlada não desempenha bem seu papel, sempre restará algum tipo de censura sobre a função controladora.

Nessa sumária investigação, por meio de uma rigorosa revisão da bibliografia produzida institucionalmente, segue-se o caminho assinalado pelas perguntas inaugurais. Estimulado por essas dúvidas e outras tantas perplexidades derivadas, o ensaio – cuja estrutura e desenvolvimento são de índole medularmente pragmática – busca reunir reflexões sobre as raízes do tema, apontando, ao final, possíveis alternativas para dotar o controle extracorporativo das polícias com uma forma de atuação consistente, efetiva e resolutiva, capaz de entregar o que a sociedade carece.

1. A CORRELAÇÃO ENTRE FINS E MEIOS ESTRUTURAIS DE ATUAÇÃO

Agentes públicos de cuja ação se espera a consecução de qualquer *fim* devem dispor dos *meios* pelos quais possam atingi-lo. É um axioma universal de fácil aplicação ao assunto que ora nos ocupa. A adequação dos meios aos fins é um elemento dominante ou orientador na obtenção de resultados socialmente relevantes. Sem esse elemento, não há efetividade no desempenho de qualquer encargo, seja legal ou constitucional.

Atribui-se ao CEAP² o encargo de investigar (ou acompanhar a investigação, solicitada por si ou instaurada de ofício por diverso órgão) todos os ilícitos penais (dos de menor potencial ofensivo, como abuso de autoridade e prevaricação, até os de grande potencialidade ofensiva, como tortura, execução extrajudicial, homicídio etc.) e de improbidade administrativa (incluindo também a prática de tortura por agente público) cometidos por policiais no exercício da atividade-fim? Agrega-se-lhe a missão de, periodicamente, inspecionar todas as unidades policiais (polícia judiciária, penal, militar e técnico-científica) corrigindo inconsistências e ilegalidades de cunho estrutural? Se essas *finalidades* tão amplas e abrangentes são conferidas a órgãos

² Toda vez que, ao longo do texto, fizermos referência ao controle externo da atividade policial, será usada a abreviatura “CEAP”.

de execução, a eles devem ser conferidos os *meios* técnicos, logísticos, humanos e materiais adequados para lograr alcançar resultados com “vigor e êxito”. É supérfluo tentar provar essa afirmação.

Como diz Alexander Hamilton³:

Os *meios* devem ser proporcionais aos *fins*; as pessoas de cuja ação se espera a consecução da qualquer *fim* devem dispor dos *meios* pelos quais o atingem (...).

Deixar de atribuir, em cada caso, um grau de poder correspondente ao fim importaria em violar as regras mais evidentes de prudência e conveniência e entregar imprudentemente os grandes interesses da nação a mãos incapazes de geri-los com vigor e êxito.

Madison⁴, outro autor do “the federalist papers”, apresenta idêntico entendimento: “Sempre que o fim o exige, o meio está autorizado; sempre que se confere poder geral para algo executar, qualquer poder particular necessário para levá-lo a efeito está compreendido”.

Os meios devem ser proporcionais à grandeza e à amplitude das atribuições a executar. A robustez desses meios é determinada, basicamente, por duas circunstâncias: 1- o berço originariamente constitucional do CEAP (art. 129, VII, da Constituição Federal); 2- a magnitude e a amplitude concreta das atribuições a serem executadas (refletidas pelo nível de insegurança pública vivida pela sociedade). Sem a substância desses meios, a função constitucional continuará sendo letra morta (ou mecanismo “lítero-poético-recreativo”, na impiedosa visão de Gilmar Mendes).

De que vale estabelecer *fins* elevados na Constituição sem os *meios* adequados para fazê-los observar? Tanto é verdade na arquitetura quanto nas instituições jurídicas, que o valor da obra, em qualquer andar superior, depende da solidez dos alicerces. Deve existir sempre uma estrutura própria e adequada para emprestar eficiência aos dispositivos constitucionais e aos objetivos que eles lançam à execução infraconstitucional. A responsabilidade por um encargo constitucional

3 HAMILTON; MADISON; JAY. Sobre a Constituição dos Estados Unidos. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da democracia”, n. 26, 1964, pp. 17/18.

4 HAMILTON; MADISON; JAY. Sobre a Constituição dos Estados Unidos. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da democracia”, n. 26, 1964, pp. 52-53.

deve vir acompanhada de amplo poder de promovê-lo satisfatoriamente no comércio ordinário da vida. É princípio justo que o CEAP possua todos os meios necessários de pôr em vigor os resultados esperados de sua atuação controladora, fazendo com que assuma o centro de seu próprio horizonte. Os *fins* não podem ser erguidos ou sustentados sem um alicerce firme e sólido de *meios*.

De que adianta ser encarregado da defesa de uma lista densa de direitos fundamentais (CF, art. 5º e seus 78 incisos)⁵ sem estar provido dos recursos e dos meios necessários ao fiel cumprimento dessa missão? Principalmente, considerando o fato de que, no polo oposto da equação, temos o Estado-polícia armado e dotado do monopólio de usar diretamente a *vis coactiva* e a violência legítima⁶, que lhe permite falar e atuar superiormente em nome e por conta da sociedade, detendo a capacidade de dominar e reduzir as resistências individuais.

Fins sem meios equivalem a, por exemplo, instituir, na Constituição, o direito fundamental da propriedade sem criar, paralelamente, os meios de garanti-lo. Sem instituições legislativas, judiciárias e administrativas, esse direito seria absolutamente ignorado e incapaz de ser garantido e observado na prática. De outro lado, qual o valor de uma lei aprovada e desacompanhada de sanção? É essencial à ideia de lei que ela venha acompanhada de sanção para restabelecer seu império, caso seja violada⁷. É da natureza das coisas humanas contar com meios complementares para fazer observar instituições, direitos e proposições comportamentais. É o plano B (tutela jurídica dinâmica) que se segue (ou é imanente) ao plano A (tutela jurídica estática).

A insuficiência de estrutura e de recursos dos órgãos especializados responsáveis pelo CEAP reduz a feição constitucional dos fins que lhe

5 Teoricamente, o CEAP foi criado para ser uma sentinela desperta estacionada à porta de cada direito fundamental dessa imensa lista, quando em ação a atividade-fim das polícias, para verificar se qualquer policial cruza o limiar deste reino sem observar as deferências mínimas.

6 RODRIGUES, João Gaspar. **Atividade policial, direitos fundamentais e controle externo**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 26.

7 É essencial à ideia de lei que ela venha acompanhada de sanção, ou, em outras palavras, de penalidade ou castigo por desobediência. Se à desobediência não se seguir penalidade, as resoluções ou as ordens que pretendem ser leis não importarão em nada mais do que conselho ou recomendação (HAMILTON; MADISON; JAY. Sobre a Constituição dos Estados Unidos. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, Col. "Clássicos da democracia", n. 26, 1964, p. 28).

foram atribuídos, rompendo o próprio projeto constitucional pensado para a referida supervisão civil da atividade policial⁸. A tendência resolutiva atual é elevar as atribuições e a respectiva estrutura ao nível da função constitucional, ou seja, não deve haver distinção possível entre meios e fins, ambos devem ser dispostos de modo equivalente, correlativo e simétrico: para fins elevados, meios igualmente agraçados.

O meio não é nada se não tiver um fim em vista; e o fim é vazio e inalcançável se não dispor de meios adequados para sua concretização, para sua realização plena. A correlação racionalmente sustentável entre ambos é uma imposição lógica, antes de ser prática. Os dois termos estão de tal forma unidos e indissolúvelmente conjugados que onde um deles se realiza, o outro, de igual modo, alcança (ou já alcançou) concreção⁹.

Um órgão de execução bem provido de recursos é, potencialmente, mais industrioso e resolutivo. Meio e fim estão um para o outro como causa e efeito. A relação estabelecida entre os dois é ingrediente primário na resolutividade orgânica de qualquer instituição. Uma insuficiência de meios leva ao desaparecimento de reinos inteiros de fins ou objetivos projetados. Em ambas as direções há uma simultaneidade de causa e efeito: se o órgão é dotado de meios suficientes (causa), há efetividade em sua atuação (efeito); se os meios são insuficientes (causa), há inefetividade em sua atuação funcional (efeito). Simples assim¹⁰.

Infelizmente, está fora do alcance humano e institucional interferir produtivamente na engenharia social desprovido de materiais e de recursos necessários, assim como não se constrói ou reforma uma casa sem dispor dos meios adequados. Não há parâmetro lógico

8 VÁSQUEZ, Pablo Contreras.; ALLENDE, Ricardo Montero.; PIZARRO, Sebastián Salazar. Carabineros y autonomía policial en Chile: Una aproximación legal-institucional. Santiago (Chile): **Revista de Derecho Público**, núm. 94 (2021), pp. 69-97. Disponível em: <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/64241/67872>>.

9 Devidamente encaixada, a equação fim + meio encerra o poder de fazer evoluir, de si mesma, toda uma gama de atribuições. Uma equação impulsionadora do progresso.

10 Obviamente, não somos ingênuos ao ponto de acreditar que a relação causa-efeito ocorre aos pares, o que levaria à conclusão de que cada efeito tem apenas uma causa, e cada causa apenas um efeito. Ou ainda, que causas iguais produzem efeitos iguais. Não é bem assim. Cada efeito decorre de um número múltiplo de causas, e uma causa pode desencadear efeitos diversos.

possível para alcançar uma finalidade constitucionalmente estabelecida por meio de recursos insuficientes, inadequados ou desproporcionais.

Os elementos estruturais dos órgãos de execução são o fundamento e os pré-requisitos para a respectiva atuação funcional; são a travessa. A relação é diretamente proporcional e facilmente apreensível. Quanto mais estruturado ou provido de recursos é o órgão, mais a atuação funcional se faz efetiva e resolutiva; quanto menos provido de recursos, menor é a resolutividade. Os meios e os recursos (que desbordem dos meramente formais e cartoriais) disponíveis ao órgão de execução são condicionantes e formativos, como fator de ação efetiva. Logo, no CEAP, estrutura e função são variáveis indispensavelmente complementares e interdependentes. A função pressupõe a estrutura, o meio; e a estrutura é redutível ao exercício da função.

Detentor apenas de mecanismos legais formais e cartoriais, o CEAP se perfila como depositário inseguro e impróprio do interesse público na supervisão dos serviços policiais. Dispondo somente de requisições, ofícios, notificações e memorandos, o órgão de execução já não pode ser viável como unidade eficaz de controle e de fiscalização, podendo até trair os interesses tuteláveis. E se permanece com o pomposo título é apenas e tão-só por uma questão nominalística e acacianista. O risco não se limita à prestação ineficiente do encargo constitucional, mas também a uma completa adulteração do seu sentido e perda de qualquer convicção de finalidade ou de perfeição.

A equação, em sua insuficiência e desproporcionalidade, é muito simples e intuitiva: de um lado, temos objetivos importantíssimos entregues constitucionalmente ao Ministério Público (defender os direitos fundamentais dos indivíduos em face do serviço policial do Estado e assegurar que esse serviço seja prestado de modo a contribuir, decisivamente, para reduzir a criminalidade, a violência e o cenário de insegurança pública); e de outro, meios e recursos insuficientes e de estreita efetividade, os chamados “meios cartoriais”, como os clássicos ofícios, memorandos, requisições e notificações. O resultado matemático disso tudo é um produto dotado de baixíssima resolutividade.

Esse modelo de atuação cartorial pernicioso e notório é replicado de norte a sul do país, como se o controle do aparato policial brasileiro pudesse ser exercido somente com boa vontade e uma pitada extra de empenho pessoal, acompanhados da indefectível “improvisação caso a caso” ou correndo o risco de as reações emocionais colorirem o assunto em causa. Além disso, preso a essas individualidades e ao sabor das circunstâncias, o mecanismo de tutela tem sua sorte projetada pelo irracional e pelo acaso, e não por um esforço reflexivo de fazer alguma coisa com base em um modelo conceitual sólido. Mas, como diz Laboulaye¹¹, passou-se o “tempo dos heróis, que veem e fazem tudo por si mesmos; hoje, só uma organização, um sistema, pode dar a unidade de meios e de vontade”. O exercício desse controle sem os meios adequados degrada o próprio caráter conceitual de controle, como assinalado de forma pejorativa pelo referido ministro do STF, além de entregar um trabalho entrópico à sociedade, sem impacto considerável ou duradouro.

A forma de atuação, mais incisiva ou menos incisiva, forma-se na eleição dos meios adequados ao atingimento dos fins impostos não só, formalmente, pela Constituição, mas, principalmente, pela dura realidade que se apresenta cotidianamente em nossas cidades e em nossas ruas. A inadequação dos meios cartoriais/demandistas, diante do cenário em que é chamado a atuar, é comparável a esperar que um cirurgião realize uma intervenção cirúrgica delicada com ferramentas de carpinteiro – serrotes, formões e escopros.

Que é a faculdade ou a função conferida à guarda do MP pelo inciso VII do art. 129 da CF, senão a aptidão ou o poder de executar o disposto no comando? Que é aptidão para algo fazer senão o poder de utilizar os *meios* necessários à realização? Essas duas perguntas fornecem-nos, de forma imediata, condições de julgar da verdadeira natureza da incumbência referida. Leva-nos à verdade tangível de que a atribuição de controlar externamente a atividade-fim das polícias corresponde à condição fática de deter todos os *meios necessários e adequados* para o exercício pleno de tal poder.

¹¹ LABOULAYE, Édouard. O Estado e o Indivíduo. Tradução de Líbero de Rangel Andrade. Rio de Janeiro: Vecchi, **Coleção “Os Grandes Pensadores”**, n. 6, [s.d.], p. 61.

Não pode existir uma ética funcional de resultados, se o agente público responsável não dispuser de autonomia de meios e de adequada provisão de recursos (humanos, logísticos, materiais) para cumprir os fins. Inclusive, em estudo assaz interessante, Marcelo Goulart¹² vincula o controle de efetividade (ou a “ética funcional de resultados”) pelos órgãos correccionais internos, entre outras coisas, à existência de recursos humanos e materiais suficientes para o desenvolvimento das atividades da Promotoria de Justiça.

2. O PODER ESTRUTURANTE DA NORMA CONSTITUCIONAL (ART. 129, VII)

Todo escalonamento normativo se engaja no esforço para maximizar o potencial estruturante do marco constitucional objeto de concretização. O texto fundamental deve ser interpretado de modo a garantir a máxima efetividade de suas normas, dado que todas gozam da mesma hierarquia. Assim, as normas infralegais tendentes a concretizar o inciso VII do art. 129 devem atender a esse compromisso, induzindo uma política gestora compatível (devidamente engajada e comprometida com a matéria – *vide* item 6).

Qualquer função atribuída ao MP deve, na sua execução, ser interpretada à luz do art. 127, *caput*, da CF (“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, **do regime democrático** e dos **interesses sociais** e individuais indisponíveis”). O CEAP, portanto, inferido e lido sob a perspectiva do comando constitucional transcrito, vai além da mera fiscalização, garantindo, em igual medida, o “regime democrático” e os “interesses sociais”, que constituem seu senhor, seu oráculo, seu deus.

Em que ponto o CEAP tangencia a “defesa do regime democrático” ou dos “interesses sociais” inculpidos no art. 127? Quando arrola entre seus fins, primeiro, a garantia da observância dos direitos fundamentais pelas polícias, numa proteção adequada e suficiente; segundo, quando,

12 GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público Resolutivo. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

por meio dos mecanismos a si disponibilizados, busca aperfeiçoar a atividade-fim policial, mais intimamente ligada à temática da segurança pública.

Como parece provar, muito claramente, a história recente em diversos países submetidos a regimes de exceção, o poder do Estado-polícia sem controle ou com controle inefetivo é uma das forças mais dinâmicas e agressivas do universo. Essa força e esse poder, além da agressividade, compartilham outro atributo: a expansividade. Tendem a estender-se até encontrar algo que os contenham¹³ e os tornem funcionais a um propósito legítimo.

É sabido que o catálogo dos direitos fundamentais constitui o núcleo vital e intangível de qualquer regime democrático¹⁴ (“o fundamento lógico de toda a ordem jurídico-política”¹⁵), e, garantindo-o em todas as dimensões, o MP e o CEAP cumprem, com rigor, o art. 127¹⁶. De acordo com o art. 60, §4º, V, da CR/1988, os direitos e as garantias individuais são cláusulas pétreas, assimiláveis como bens fundamentais de uma sociedade moderna. A incumbência de garanti-los coloca o CEAP, em tese, em face às polícias, como o “cão de guarda dos direitos constitucionais” (“the watchdog of constitutional rights”) e como um mecanismo de tutela (“custódio das liberdades públicas”), com a capacidade efetiva de limitar a arbitrariedade do poder estatal e neutralizar ou reduzir a violência exercida pelo poder persecutório do Estado-polícia.

13 Para esclarecer o princípio da expansividade do poder, vale a pena a imagem criada por BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. Tradução de Vicente Herrero. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 18: “Como o gás ou a energia elétrica, o poder tende a estender-se ou avançar até onde pode chegar – até que se construa ao seu redor um limite ou um recipiente que não possa ser transposto nem perfurado”. A semelhança como o poder político, ideológico, econômico etc., é desconcertante. Também HAURIUO, André. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Tradução de José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1971, p. 170: “... todo poder siente la tentación de no soportar ninguna traba”.

14 Não há democracia política sem a garantia constitucional das liberdades fundamentais (RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 1ª. ed., 2ª. tiragem, 2003, p. 06; DOUGLAS, William O. Uma carta viva de direitos. Tradução de Wilson Rocha. São Paulo: Ibrasa, **Col. “Clássicos da democracia”**, n. 8, 1963, p. 60; Habermas, 2002, p. 156). Os direitos fundamentais garantidos na Constituição figuram como as distinções específicas entre uma sociedade livre e um estado policial.

15 CAMPOS, Carlos. **Sociologia e filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Cardal, 1961, p. 53.

16 Há quem afirme que, com a CF/88, o MP foi convertido em “verdadeiro corregedor dos poderes estatais, quanto à observância dos direitos fundamentais” (NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. São Paulo: RT, 9. ed., 2012, p. 542).

Junta-se essa nobre função constitucional de controle a outros órgãos públicos na desafiadora missão de conferir ao poder de polícia uma justificação puramente positiva e de proteger o indivíduo, em sua dignidade humana e em sua liberdade física, em face ao arbítrio da referida forma de expressão do poder estatal. Reduzir seu alcance, seja por insuficiente estruturação normativa ou material, significa trair os fundamentos mesmos da doutrina democrática nos seus indispensáveis processos homeostáticos.

Ao zelar pelo respeito aos direitos fundamentais diante do trabalho policial, o objetivo do CEAP não é, obviamente, facilitar as coisas aos criminosos e dificultar os esforços da polícia, e, sim, proteger os inocentes¹⁷. A experiência ensina que a melhor maneira de proteger o inocente é insistir sobre uma norma de lei para todos – cidadãos particulares, policiais e juízes. O meio é tão importante quanto o fim.

De igual modo, contribuindo para a melhoria dos serviços policiais prestados a todos os cidadãos e à sociedade atende-se a um direito fundamental de proteção, de inegável interesse social ou público. A prova verdadeira de um controle efetivo consiste na aptidão de atender plenamente a esses dois objetivos descritos acima.

O controle externo da atividade policial sempre existiu (talvez até implícita ou inconscientemente) sob a alçada do Ministério Público como desdobramento de sua condição de *dominus litis* (titular da ação penal pública) e destinatário imediato da atividade-fim policial (aliada à sua condição, à época, de “fiscal da lei”). Ao dispor a Constituição, expressamente, sobre encargo implicitamente pertencente à instituição ministerial, quis que a temática fosse abordada sob nova luz, dentro de um espírito totalmente novo despertado pelos fins autoimpostos de um ambiente democrático. Sob essa nova luz, o CEAP não se configura apenas como uma consequência lógica do posicionamento jurídico e funcional do MP frente à polícia (em regra, um receptor passivo dos elementos de convicção da persecução penal), mas como um fim consciente a ser alcançado com efetividade e resolutividade.

17 DOUGLAS, William O. Uma carta viva de direitos. Tradução de Wilson Rocha. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da democracia”, n. 8, 1963, pp. 60-61.

É importante ressaltar que o art. 129, VII, que expressa o CEAP não cria os objetivos da supervisão policial, foi antes criado por eles. O fundamento precede o fundado (afinal, *nihil fit sine ratione* – nada acontece sem razão). A necessidade de controlar a atividade-fim das polícias se impôs, como fundamento, ao constituinte que, por sua vez, moldou e fundou o referido mecanismo. Logo, para a sua devida estruturação, basta identificar, restaurar, resgatar e atualizar a relação meio/fim.

É fato incontroverso que, entre os homens, o modo habitual de fazer revela o modo de ser. Também nas instituições, a sua forma de atuação (de ser) se define pelos fins atribuídos e os meios disponibilizados. Os fins imprimem os meios, assim como toda realidade reclama sua verdade. Para entender a locução constitucional do inciso VII do art. 129, a noção de contexto é essencial. E, nesse sentido, a locução não é uma coisa, nem se deixa reificar, adquirindo um significado no contexto fático que se apresenta. E esse não é outro senão o descalabro da segurança pública e a discutível qualidade do serviço prestado pelo aparato policial. É dentro desse cenário que o comando constitucional deve ser lido, apreendido, interpretado e aplicado.

Embora a Constituição, em linhas gerais, não ofereça nenhuma novidade radical, ela, ao catalogar uma especial locução verbal, impôs algo novo: alcançar efetividade no desempenho de uma missão marcada expressamente com selo constitucional (que antes era subentendida, não expressa em comandos). E, nesse sentido, a locução “controle externo da atividade policial” é uma afirmação franca de um novo mecanismo de tutela externa da atividade policial.

A expressa previsão constitucional conferiu uma nova dignidade ao CEAP, diferenciando-o, fornecendo condições de concretizá-lo, insuflando-lhe racionalidade e tornando-o, portanto, significativo e valioso (a requerer um novo olhar atento do legislador). Não é mera proclamação verbal ou simples *bluff* retórico, tanto que o texto constitucional se preocupa com a estruturação normativa da referida função controladora, quando remete a sua regulamentação à lei: “...na

forma da lei complementar mencionada no artigo anterior” (art. 129, inc. VII). Não é uma função constitucional difusa (como a de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” – art. 129, inc. V), mas algo concreto e com maior densificação, a exigir a atenção específica, conformadora e estruturante do legislador infraconstitucional¹⁸.

O controle extracorporativo das polícias não realiza, simplesmente, um salto para a vida como um mecanismo de tutela já feito e acabado, sem que o legislador infraconstitucional “arregace as mangas” e leve adiante o projeto constitucional do art. 129, VII, da CF. No Direito, assim como em todos os problemas sérios, nenhuma realização é final. Cada ator nesse drama não se limita a dar novas respostas a antigas interrogações, precisar rever essas mesmas interrogações.

Em um governo republicano e democrático¹⁹, os legisladores assemelham-se a um espelho que reflete as feições morais dos eleitores, bem como suas demandas mais urgentes. Daí resulta que o enfrentamento do cenário absurdo de insegurança pública e de violência institucionalizada que não disponha de mecanismos de controle bem providos de meios e de recursos bem escolhidos e eficazes para a solução desses problemas agudos constitui a experiência mais imprudente e temerária.

A Constituição insufla uma força ascensional em torno do novo mecanismo de controle, mas essa nova visão é embaraçada e insuficientemente assimilada por conta de uma longa cultura institucional de demandismo e de fiscalização difusa/indiferenciada²⁰. E como, na origem de toda coisa, nada permite distinguir a verdade do erro, essa função constitucional persiste encontrando dificuldades em sua estruturação normativa e material.

De acordo com a hermenêutica constitucional, não existem palavras inúteis lançadas no texto fundamental. Se, no senso comum,

18 Há um elemento de arbítrio na transição entre a previsão constitucional e a regulamentação legal que, atualmente, responde pela fragilidade do CEAP em todo o país.

19 MANN, Horace. A educação dos homens livres. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da democracia”, n. 3, 1963, p. 112.

20 Essa reserva tradicional da fiscalização difusa ou indiferenciada é autenticamente uma brecha em qualquer tentativa de traçar um novo modelo de CEAP, dotado de um perfil mais assertivo e efetivo.

as palavras se destinam a exprimir ideias, no texto fundamental elas têm por fim emitir e fixar comandos²¹. A linguagem constitucional expressa sempre relações, funções e referências à realidade social. A Constituição não se constitui de uma simbologia lançada no vácuo ou de operações simbólicas vazias. O real é condição essencial de sua gramática mandatária. Ao determinar que compete ao Ministério Público exercer o “controle externo da atividade policial”, na forma da lei, o constituinte criou uma dimensão dessa atribuição a reclamar maior densificação. Densificação esta que deixou a cargo do legislador infraconstitucional, dentro dos limites plásticos que definem a função legislativa.

A norma constitucional é penetrada de tendência, de modo a tornar-se algo definido e a adquirir o máximo de densificação possível, captando e dispondo sobre a realidade. Ademais, nenhuma expressão verbal carece de conteúdo significativo²². E, quando um texto normativo²³, de qualquer natureza (constitucional ou legal), não é acompanhado de uma definição dos termos empregados, reputa-se que foi escrito na linguagem corrente ou usual (*ordinary language*). Ele deve, portanto, ser interpretado segundo o sentido natural comum ou usual dos termos empregados. Assim, o nosso art. 129, VII, e sua famosa expressão liga-se, essencialmente, ao desejo – expresso de forma direta e coloquial – da sociedade democrática brasileira de exercer um controle civil extracorporativo sobre a atividade policial.

Ao longo dos últimos anos, certas teorias relativas à interpretação de um texto literário exerceram alguma influência sobre a interpretação de um instrumento jurídico. Por mais instrutiva que seja, semelhante analogia não poderia ser estendida à aplicação do direito (em especial, o constitucional). O que distingue essa de qualquer forma de interpretação literária ou estética é a atração, no sentido gravitacional do termo, exercida pelo contexto fático (social, comunitário, pessoal).

21 O art. 129, VII, da CF, contempla três componentes essenciais: conteúdo significativo, intenção mandamental e motivação histórica. E a realidade normativa que ele instaura não é realidade pelo simples fato de ser um comando constitucional, mas por ser norma fundada nos dados primordiais da razão e da consciência.

22 NICOL, Eduardo. **Crítica de la razón simbólica**. México: Fondo de cultura económica, 2001, p. 62.

23 RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. 1ª. ed., 2ª. tiragem, Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 52/57.

Uma coisa é interpretar um texto com referência aos preceitos de uma hermenêutica, à subjetividade do intérprete, a critérios estéticos, ao gosto, à sensibilidade de uma determinada época, seja ela a do autor da obra ou a de seu leitor; outra coisa é aplicar o direito a uma situação existencial. Esta tem exigências, uma lógica própria, que vão além, que se mantêm aquém, mais exatamente, de uma interpretação extraída desse tipo de contingência. A diferença essencial é que a hermenêutica não jurídica parte do texto a ser decifrado, ao passo que a aplicação do direito parte do contexto fático, tem nele seu ponto inicial. Assim, a regulamentação e a aplicação do art. 129, VII, da CF são inseparáveis dos interesses, necessidades e exigências sociais por uma polícia mais garantidora, menos violenta e mais efetiva na prestação de seus serviços. A interpretação desse comando constitucional deve partir desse cenário fático-social e de um sentimento de urgência (postulado inevitável da vida social), e não de uma locução verbal solta e solitária, sem contexto nenhum.

3. ATUAÇÃO ENTRÓPICA/CARTORIAL DO CEAP E DÉFICIT DE RECURSOS

O mecanismo de supervisão externa das polícias, em sua constituição e desenvolvimento, exigiu (ou exige, dado ser um *continuum*), basicamente, quatro passos ou causas básicas²⁴: 1- a existência de um anseio ou necessidade social por uma polícia *garantidora*²⁵ e não *violadora*; 2- a recepção do anseio de uma sociedade emancipada numa expressa previsão constitucional (art. 129, VII); 3- uma forma específica de exercício ou um modelo de atuação montado com base no comando constitucional; 4- um elemento final consistente no exaurimento ou atendimento do anseio social, mediante

24 Se remontássemos à filosofia grega, teríamos as quatro causas *archai*: 1- causa eficiente (*causa efficiens*): anseio social; 2- causa material (*causa materialis*): CF, art. 129, VII; 3- causa formal (*causa formalis*): modelo de atuação (forma); 4- causa final (*causa finalis*): efetividade do controle (cumprir o fim atribuído que se atualiza no objeto em desenvolvimento). Ao não estabelecer um equilíbrio dinâmico entre essas causas, o CEAP expressa a si mesmo de um modo muito incoerente.

25 Entre suas múltiplas funções relacionadas à investigação de delitos e prevenção da criminalidade, as polícias devem assegurar os direitos individuais e as liberdades das pessoas, bem como zelar pela vigência do Estado de Direito (ROMÁN, Víctor Beltrán. Reforma policial: Aproximación a la supervisión ciudadana de las policías en Estados Unidos. Santiago (Chile): **Revista de Derecho Público**, núm. 93 (2020), pp. 1-31. Disponível em: <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/58321/64386>>. Acesso em: 24 jan. 2022).

um mecanismo de controle efetivo, contribuindo para forjar uma *polícia garantidora*.

Há, pelo menos, quatro dimensões (todas interligadas e interrelacionadas) nas quais o CEAP firma suas raízes: 1- teórica ou conceitual; 2- normativa; 3- estrutural; 4- institucional. O alinhamento harmônico dessas dimensões garante solidez, vigor e um viço de atualidade ao mecanismo de controle. É preciso reunir essas quatro condições para o CEAP adquirir plena efetividade. Sem uma delas, as possibilidades não se convertem totalmente em realidade.

É óbvio que a ideia do controle externo da polícia não surge do nada, nem da inefetiva fiscalização difusa do Ministério Público, mas sim de um movimento reivindicativo de uma sociedade recém-egressa de uma ditadura militar que tinha, na polícia, um mecanismo de tortura e de violência política. A reivindicação social se consolidou numa pauta positiva resultando no multicitado comando constitucional do art. 129, VII, reafirmando antiga lição de que o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico não se encontra na legislação, na ciência jurídica ou nas decisões dos tribunais, mas na própria sociedade.

Existe uma crença compartilhada de que o art. 129, VII, é apenas a constitucionalização expressa de um encargo já exercido difusamente pelo Ministério Público (daí, talvez, a sobrevivência de uma modalidade indefinível de controle difuso²⁶ constante na Resolução nº 20/2007, do CNMP). Essa crença prejudica (e muito) uma efetiva institucionalização do CEAP em moldes estruturalmente sólidos e impede a sua compreensão em todo o seu rigor conceitual. A CF/88, em verdade, pretendeu inaugurar algo inteiramente novo no cenário jurídico, pois, se assim não fosse, não teria tido a preocupação de expressamente prever o referido controle, sendo suficiente aceitar a suposta realidade do controle difuso e indiferenciado. Efetivamente, nosso texto fundamental antecipou-se em vários anos ao movimento de supervisão externa de instituições importantes, que viria a ser consolidado com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, por meio da EC nº 45, de 2004.

²⁶ Falta-nos a palavra ou o termo, porque não temos a coisa. Até hoje não se logrou definir, com razoável precisão, o sentido de “controle difuso”.

Não é fácil reconciliar uma forma moderna e própria de CEAP, ainda em gérmen, com as noções vulgares e tradicionais. Estas noções pioneiras não transferiram nenhum potencial valioso, salvo a essência fiscalizadora da instituição, que se propaga, simplesmente, pela inércia da repetição. Não há nisso qualquer progresso, que pressupõe a substituição do bom pelo melhor, e não apenas a substituição do mau pelo bom²⁷. O movimento adequado é simplesmente de superação ou de rompimento de paradigma, pois o desafio de estabelecer uma ponte sobre o abismo que separa esses dois modelos não tem se revelado produtor. Um novo paradigma pensado e criado com peso e valor faz, naturalmente, o velho modelo sucumbir a ele.

Aqui, estamos numa *terra incognita*, sem qualquer referência histórica ou institucional, abrindo-se, quando muito, caminho às cegas. É necessário, portanto, descobrir uma nova bússola com a qual orientar-se, já que a velha nunca funcionou; e revelar também um modelo capaz de produzir possibilidades, e não apenas realidades estacionárias. Definitivamente, não se aplica o princípio histórico de que o futuro há de se assemelhar ao passado e o desconhecido ao conhecido. Atacar o problema por meio dessa fiscalização difusa não é apenas falso, mas não tem sentido algum.

Sem meios estruturais adequados – voltamos a repetir – e dotado apenas de uma limitada atuação cartorial, independentemente do modelo adotado (minimalista ou maximalista), o CEAP permanecerá um projeto inacabado e preso na mesma tradição que deve superar, ou seja, numa inércia ruinosa e dissipativa. O espectro dessas noções tradicionais impede que o “elemento de modernidade” impulse a estruturação normativa e material dos órgãos de execução que exercem o controle. Como ensina Plekhanov²⁸, “a força da tradição é a força da inércia, da dissipação”. E, efetivamente, o antigo “modelo” difuso fiscalizatório funciona como uma “prisão mental” para os atuais membros atuantes na área. E deve ser apreciado como um retrato de

27 COLLINGWOOD, R. G. **A ideia de história**. Tradução de Alberto Freire. Lisboa: Editorial Presença, s.d.[b], p. 481.

28 PLEKHANOV, Gueorgui. **O papel do indivíduo na história**. Tradução de Geraldo Martins de Azevedo Filho. São Paulo: Expressão popular, 2003, p. 95.

época em um museu ou, no melhor dos casos, como um pálido esboço – afirmando-se pelo contraste – na busca por um modelo efetivo.

A longa experiência institucional com a fiscalização difusa – espécie de “feudalidade controladora” – criou no espírito dos membros ministeriais hábitos de pensamento que aceitam, como coisa natural, uma atuação cartorial e demandista.

A fiscalização difusa e indiferenciada das polícias não é, nessa altura, senão um tema marginal e esquecido (ou, pelo menos, tendente ao esquecimento), cuja única relação útil é a de contraste. Constituiu-se em forma de atuação não desenvolvida de controle externo. O determinante é o novo cenário e as novas possibilidades que se estabelecem com o inciso VII do art. 129 da CF, que deve ser explorado não só pelos legisladores (na estruturação normativa) como pelos gestores locais (na estruturação material dos órgãos de execução respectivos). A estruturação normativa forma um primeiro semicírculo, que é complementado com a necessária estruturação material.

O Conselho Nacional do Ministério Público, atento em fechar esse círculo (estruturação normativa + estruturação material), na Proposição nº 1.01297/2021-90²⁹ (proposta de resolução que regulamenta, no âmbito do Ministério Público, a tutela coletiva de segurança pública e o controle externo da atividade policial), feita pelo Conselheiro Marcelo Weitzel Rabello de Souza, prevê, no art. 10, inciso II, que o controle externo concentrado da atividade policial será feito por órgãos especializados dotados “de condições materiais, técnicas e operacionais necessárias e compatíveis para o exercício dessas atribuições”. Previsão absolutamente necessária, mas inexistente na vigente Resolução CNMP nº 20/2007.

Não há, rigorosamente, dois modelos em discussão, pois a fiscalização difusa e indiferenciada pré-88 não se adéqua como um modelo de atuação funcional, com método e objetivo definidos. Temos, portanto, de um lado, noções vulgares e dispersas (fiscalização difusa) e, de outro, o modelo expresso (ou sugerido) pela CF (art. 129, VII). Há uma completa dissociação entre os dois “modelos”: a extremidade

²⁹ Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROP_RES_TUTELA_COLETIVA_SEG_PUBLICA.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

terminal do difuso não toca a extremidade germinal do outro. Em decorrência, sequer é possível falar que o novo surgiu do velho, pois não há uma linha de continuidade histórica ou um processo de desenvolvimento institucional. O novo ainda está à espera dos meios adequados e proporcionais à amplitude do desafio.

O apelo da tradição responde pela atual ambiguidade do CEAP, tanto em termos de estruturação normativa quanto, principalmente, de estruturação material. Esse sistema ou modelo difuso herdado da tradição fiscalizadora do MP já não oferece a possibilidade de ideias novas. Daí porque, mais que uma infusão de força nova no sistema antigo, requer-se uma transformação sistemática dependente de um projeto específico de atuação institucional. Sem esse projeto de reforma, não há situação de mudança: só confusão e paralisia.

O olhar retrospectivo em nada auxilia na moldagem de uma nova estruturação normativa e material do controle externo, salvo no propósito de evitar erros pretéritos. O movimento da vida institucional consiste em superar as antigas soluções, não se permitindo simplesmente retornar a elas³⁰. Garantir a viabilidade concreta do mecanismo exige muita atenção aos meios estruturais disponibilizados para alcançar os fins que a sociedade depositou aos cuidados da instituição ministerial.

A falta de continuidade histórica obriga o Ministério Público a ser original na regulamentação do CEAP ou, pelo menos, a não repetir erros do passado. Aprender com o passado já é um grande passo rumo à inovação. A originalidade pode, muito simplesmente, residir em uma reflexão sobre si mesmo, sobre a posição histórica da instituição perante os apelos da segurança pública e da defesa dos direitos fundamentais da população atemorizada.

Nas situações extremas vividas pela sociedade – elevada criminalidade e persistente insegurança pública –, que se conectam, quer direta ou indiretamente, à atividade policial em toda sua extensão, potencializa-se ainda mais a consciência em torno da supervisão civil sobre o serviço policial. Suas fragilidades e suas contradições aparecem

³⁰ EUCKEN, Rudolf. *El hombre y el mundo*. Tradução de Eduardo Ovejero Y Maury. Madrid: Editor Daniel Jorro, 1926, p. 39.

na proporção em que resultados positivos são demandados e não são entregues na mesma velocidade.

O CEAP (e claro, o Ministério Público), enquanto não era confrontado por exigências sociais cada vez mais recorrentes e prementes, podia dar-se ao luxo de ser exercido com uma consciência atenuada de si mesmo e de suas responsabilidades nesse contexto entrópico, sem refletir sobre os meios adequados de levar a cabo os fins (ou na pior das hipóteses, as expectativas) a si atribuídos. Mas o tempo de letargia e de indiferença há muito ficou para trás. O que era aceitável para essa quadra histórica pouco exigente, agora coloca-se, vivamente, como inadmissível.

Atualmente, a contingência de repensar esse mecanismo de tutela se impõe de maneira imediata e urgente, em face à necessidade de ações efetivas e de resultados tangíveis. É impossível seguir como até agora se fez (ou não se fez). Hoje, mais que antigamente, para seguir, não pode ser como até agora, pelo mesmo caminho inercial. Aqui, definitivamente, não é possível avançar voltando para trás. O modelo cartorial, difuso e indiferenciado de atuação impede que o mecanismo de controle explore e esgote suas imensas possibilidades de inserção social.

A impossibilidade de seguir com um modelo de fiscalização difusa, dentro de uma tradição demandista que esgotou seus recursos, é tão evidente como a necessidade de prosseguir sob novas vestes (normativas e materiais). A impossibilidade (do caduco e do disfuncional) contém ou abre, naturalmente, a possibilidade do novo e do emergente, impondo uma reforma interna capaz de acomodar os novos tempos com suas novas demandas. Desditosamente, embora esse “modelo” difuso já tenha exaurido seus discutíveis recursos, seu espectro continua a influenciar o atual modelo de controle externo³¹.

31 “Quando as ideias já estão mortas, acontece normalmente que os seus espectros gostam de andar a passear por aí fora” (COLLINGWOOD, R. G. **A ideia da natureza**. Tradução de Frederico Montenegro. Lisboa: Editorial Presença, s.d.[a], p. 213). São como “prisões mentais”. Em consequência, somos todos prisioneiros de uma fiscalização indiferenciada – fragmentada e repleta de vazios – que conserva as velhas certezas e nos torna cegos para as novas opções. Vide HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 76.

Quando livramos o nosso raciocínio da magia dos preconceitos e das tradições mal compreendidas (e pior ainda executadas), e submetemos à frieza analítica o inciso VII do art. 129, nos aparece todo um plexo de possibilidades ainda não concretizadas. Mas isso não é para desesperar (apesar da urgência dos problemas de segurança pública), pois, como ocorre na natureza, em que por todo lado atua pelas fases sucessivas de um processo geral, fazendo uma coisa antes de fazer a seguinte, também a evolução do CEAP se dá de maneira semelhante. As conquistas e os aperfeiçoamentos vêm em fases, às vezes, é preciso reconhecer, intoleravelmente lentas. Das fases, a primeira é a solidez conceitual e teórica³²; depois, a estruturação normativa; em seguida, uma contínua estruturação material, humana, logística (que pressupõe um “permanente projeto de fortalecimento”) etc.

Por conta desse exercício funcional burocrático, cartorial e pouco efetivo, os agentes titulares de órgãos especializados no CEAP podem se encontrar numa situação vitalmente crítica de uma desconfiança esperançosa. Há um fio de esperança quando se vislumbra a possibilidade de avanços e de aperfeiçoamentos institucionais; já o véu da desconfiança, por sua vez, é tecido das incertezas em relação às efetivas mudanças engendradas por um valioso – e quase sempre inalcançável – engajamento institucional. O lado negativo de tudo isso é que uma incerteza conduz a outra e se acumulam viciosamente no dia a dia funcional, produzindo desalento e uma tentação capciosa de desistir.

Obviamente, o mecanismo de tutela não cumprirá sua missão constitucional e social enquanto permanecer mergulhado em dúvidas, incertezas e indagações. A tarefa intimidada, não só pelo tema profundamente sensível (já destacado ao longo deste estudo), mas porque este não pode sequer ser colocado sem reconhecer a própria insuficiência (conceitual, normativa, material e institucional), a

³² Em ciência social se conhece um objeto quando podemos defini-lo. Mas o que devemos fazer para dotar uma palavra ou uma locução verbal (como a que ora nos ocupa: “controle externo da atividade policial”) com significado? Devemos estabelecer, para um certo número de pessoas, que irão usar a locução ou a palavra, uma maneira definitiva de entendê-la (AJDUKIEWICZ, Kazimierz. **Problems and theories of philosophy**. Tradução de K. Skolimowski e A. Quinton. New York: Cambridge University Press, 1975, p. 33). Resulta disso a importância inafastável de consolidar um núcleo conceitual em torno do mecanismo de controle, de modo a estabelecer, minimamente, uma maneira homogênea de entendê-lo (e aplicá-lo).

desmedida limitação de meios e de recursos para um tratamento adequado dos fins fixados.

Não é exagero imaginar que a sociedade, por um movimento espontâneo de insatisfação, possa chegar à conclusão da superfluidade do CEAP, dada a insuficiência de seus resultados. Afinal, a evolução social não é uma progressiva supressão do inservível? É uma verdade incontestável e continuará sendo, apesar de incômoda. Não existe mecanismo institucional perene³³. E, quando o é, depende da continuidade de seus préstimos sociais³⁴. A única solução plausível é tornar-se funcional, confiável e útil aos anseios sociais, protegendo a sociedade inerme dos problemas que a atenazam: criminalidade, violência e insegurança pública.

O futuro do mecanismo de controle policial somente estará garantido se os meios e os fins se combinarem e se mantiverem em equilíbrio na estrutura institucional de maneira inteligente, aliado a uma estratégia de atuação homogênea, varrendo para um plano secundário uma maneira de pensar (e agir) atomística e improvisada caso a caso. O raciocínio sobre o tema deve se desenvolver em vários níveis (conceitual, normativo, estrutural e institucional), sob pena de reduzir o mecanismo a uma coisa inerte. De outro lado, é postulado de justiça que uma função pública não pode repousar sobre o erro e a ineficiência, pois encontra, na natureza das coisas, resistências que não pode vencer.

4. A ATUAÇÃO CARTORIAL DO CEAP E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Como já dissemos neste estudo, a insuficiência de estrutura e de recursos dos órgãos especializados responsáveis pelo CEAP

33 A sociedade não permanece em repouso. Os momentos de satisfação e imobilidade são muito breves, surgindo em seguida novas forças que discutem ou negam a validade das coisas tal como existem (BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. Tradução de Vicente Herrero. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 196). Evoluir para sobreviver, eis o mantra absoluto. Sobre a perenidade das corporações, são instrutivas as lições de SICHES, Recásens Luis. **Wiese**. México: Fondo de cultura económica, 1943, p. 147.

34 Justamente por isso é que “toda instituição é chamada a esclarecer seus objetivos e inventar processos que possam oferecer esperança de concretizá-los” (HEELY, Allan V. A escola particular na educação americana. In: BEREDAY, George Z. F.; VOLPICELLI, Luigi (orgs.). Educação Pública nos Estados Unidos. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da Democracia”, n. 07, 1963, p. 68).

que os obrigam a uma atuação meramente cartorial reduz a feição constitucional dos fins que lhe foram atribuídos, frustrando o dever de proteção dos direitos fundamentais. Ao atuar aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos, por falta dos meios necessários e proporcionais, a função constitucional em estudo faz incidir o que se convencionou chamar, por influência da doutrina alemã, o princípio da *proibição da proteção insuficiente* (ou seja, insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado).

O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada e, como tal, efetiva³⁵. Quando o constituinte remete a regulamentação do CEAP à seara legislativa, ele transfere algo bem mais complexo que simplesmente amontoar normas num diploma. Transfere o dever de determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção decorrente da função constitucional. Neste mister, o legislador deve observar a proibição da proteção insuficiente e por ela pautar seu trabalho de normatização e de estruturação material.

O princípio da vedação ou proibição à proteção insuficiente (ou deficiente) atua como parâmetro de controle das omissões do Estado, principalmente na asseguaração dos direitos fundamentais. Como destaca Feldens³⁶, na hipótese de um imperativo de tutela, a justificação há de se estabelecer em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.).

O legislador infraconstitucional (ou o administrador/normatizador, como parece ser a regra em todo o país) está limitado em sua liberdade de conformação legislativa (ou normativa) do mecanismo de tutela pelo princípio aludido. Ou seja, não pode criar lei (ou ato infralegal) que, sob o argumento de organizar o CEAP, reduza, na prática, a proteção adequada dos direitos fundamentais frente à atuação das polícias. E a

35 STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

36 FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 91.

forma mais clara de inviabilizar a função constitucional controladora é negar-lhe os meios e os recursos necessários.

A proibição da tortura por imposição constitucional e convencional, por exemplo, impõe ao Estado a obrigação de, prontamente, investigar, processar, julgar e reparar a prática. E, no Ministério Público, uma das portas de entrada das alegações de tortura e maus-tratos, a exigir imparcial e célere investigação, são os órgãos de execução especializados no controle externo da atividade policial. Fluxo este, contínua e crescentemente, alimentado pelas audiências de custódia. Sem os meios e os recursos adequados, as investigações não terão a capacidade de oferecer as respostas necessárias à proteção suficiente desse especialíssimo direito fundamental absoluto.

Se o CEAP tem, entre seus objetivos, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos face à atuação policial (e entre estes, o direito fundamental absoluto da vedação da tortura), e se, em decorrência dos meios e dos recursos necessários, não consegue se desincumbir da atribuição, há uma clara violação do princípio em análise. A sua ineficiência como mecanismo de tutela dotado de um piso mínimo de proteção, acaba deixando os direitos fundamentais em condição de vulnerabilidade, resultando em índices sempre crescentes de criminalidade e um clima de insegurança pública que já beira o caos.

O modelo de controle externo adotado deve ser capaz de, pelo menos, oferecer respostas aos problemas mais agudos e tormentosos, vez que a complexidade estrutural da questão policial impede soluções matemáticas prontas e definitivas. É um tema que evolui sob o princípio constante da autocorreção (um teatro de contínua modificação).

5. ENGAJAMENTO INSTITUCIONAL NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS

Dissemos, no item 2 (“O poder estruturante da norma constitucional...”), que o texto constitucional se preocupa com a estruturação normativa do CEAP quando remete a sua regulamentação à lei: “...na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior” (art. 129, inc. VII). Não é uma função constitucional difusa (como a de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações

indígenas” – art. 129, inc. V), que pode vir prevista em atos normativos infralegais ou em uma já estabelecida rotina demandista, mas algo concreto e com maior densificação, a exigir a atenção específica, conformadora e estruturante do legislador infraconstitucional.

Aqui verifica-se um primeiro grande embaraço na estrutura normativa: a quase totalidade das unidades do Ministério Público regulamenta a função por meio de atos administrativos (alguns de índole unipessoal, outros de natureza colegiada). A natureza essencial e concretamente constitucional do CEAP é posta em segundo plano, e o mecanismo de tutela passa a ser tratado como uma função difusa e indiferenciada como tantas outras.

Parece faltar aos órgãos dirigentes e gestores a necessária sensibilidade e empatia para compreender a extensão do problema (ou compreendê-lo por um ângulo incompatível com as exigências primárias da sociedade). E, com essa compreensão radical (de apreender, verdadeiramente, o que está em jogo), adotar as medidas acertadas para fortalecer o mecanismo de tutela em estudo, pois, como dizia Abraham Lincoln³⁷, “onde há a vontade, há o recurso”.

Uma concepção de modelo e de meios efetivos de atuação da função controladora deve começar considerando-a como produto de ações humanas ou institucionais concertadas – numa espécie de “alinhamento de interesses”. De um lado, alinham-se os órgãos dirigentes da instituição provendo os meios e os recursos adequados dentro de um planejamento inteligente e de longo prazo; de outro, os órgãos de execução desembaraçando-se dos fins a si atribuídos de forma efetiva e resolutiva sob uma nova roupagem estrutural. Essa ação concertada destrava um processo de mútua influência funcional, muito superior em qualidade e efeitos que a solidão estrutural de um ator.

Os níveis ou estratos diretivos da instituição para honrar as elevadas expectativas sociais devem deixar-se levar a um novo plano de compreensão histórico-institucional, de modo a captar totalmente o elemento de verdade contido na supervisão policial. A persistir nessa

37 WILLIAMS, T. Harry. A mensagem de Lincoln. Tradução de Raul de Polillo. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da democracia”, n. 16, 1964, p. 73.

dinâmica irracional e irrazoável de unilateralidade, todos perdem: Ministério Público (fragilidade resolutiva e o chamado “prestígio social”); sociedade (continuamente vítima do despreparo e da violência institucional das polícias, bem como da ineficiência das instituições controladoras); e a própria instituição policial (por persistir sob o signo – nada elogiável – de instituição *violadora*, ao invés de *garantidora*, como é da sua essência num Estado democrático de direito).

É lugar comum que, com grandes poderes ou atribuições, vêm, de forma equivalente, imensas responsabilidades³⁸. Os fins constitucionais previstos no art. 129, VII, não podem ser, por pura inércia, transformados em meios, o que parece acontecer quando são formalmente atribuídos a determinados órgãos de execução e deixados cumprir sob a velha e restrita estrutura demandista (própria da outrora fiscalização difusa) ou cartorial. A atuação sob tal bandeira é aviltada de tal forma que nem percebe o próprio aviltamento. Objetivos novos (ou atualizados) exigem meios novos e compatíveis à complexidade vigente, para que o respectivo órgão possa fazer mais e melhor. Sem a assunção dessa responsabilidade gerencial e sem o efetivo engajamento da instituição na gestão dessa imensa responsabilidade assumida, a atribuição constitucional acaba sendo esvaziada e virando letra morta na prática (ou mecanismo “lítero-poético-recreativo”, ou ainda, um eterno “cheque em branco”).

Reconhece a doutrina especializada³⁹ que o desempenho insuficiente de uma Promotoria de Justiça não resulta necessariamente do insuficiente desempenho dos seus agentes. A execução deficitária dos programas e projetos pode estar ligada à carência de recursos humanos e materiais, portanto, à estrutura que a Instituição, pelos órgãos de administração superior responsáveis pela gestão, tem de oferecer aos órgãos de execução para a viabilização do seu trabalho.

38 WEIZSÄCKER, C. F. Von. **La importancia de la ciencia**. Tradução de Juan Carlos García Borrón. Barcelona: Editorial Labor, 1968, p. 22.

39 GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público Resolutivo. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

A apatia institucional, e de certo modo a social⁴⁰, talvez seja o grande inimigo da efetiva estruturação do CEAP. Eliminar esse traço, garantindo, com a efetiva prestação do serviço, a cada segmento do público (interno e externo), que seus interesses serão mais bem servidos pelo fortalecimento do referido mecanismo de tutela, afigura-se uma razoável estratégia de enfrentamento.

Se um dos problemas que mais aflige a sociedade brasileira é a criminalidade e a insegurança pública, soa contraditório restringir o CEAP, por meio de atuações cartoriais, a *player* coadjuvante inerte e pouco efetivo em cenário tão carente de controle e de supervisão, incapaz, portanto, de dar respostas e indicar rotas adequadas a uma sociedade avidamente desejosa delas. Se esse elevado interesse social representado por esses “espaços constitucionalmente protegidos” não é atendido plenamente pelo Ministério Público ou o é de maneira parcial e tímida, soa um alarme que precisa ser escutado por todos (principalmente pela gestão diretiva da instituição): mudanças substanciais são necessárias para evitar a completa estagnação da função constitucional.

Sob uma perspectiva imediata, de curto ou médio prazo, a mudança mais urgente diz respeito à estruturação humana, física, operacional e logística dos órgãos de execução com atribuições especializadas na matéria, ou seja, que exercem o chamado controle externo concentrado da atividade policial. Sem dispor desses meios efetivos, os órgãos incumbidos de desempenhar a função constitucional constituem-se em inominável caricatura e apêndices burocráticos desimportantes, incapazes de cumprir o compromisso constitucional da proibição da proteção insuficiente.

Tolerar esse estado de desconformidade (*atuação cartorial*) implica um exercício insensato e irresponsável de atribuições constitucionais conferidas ao MP. Sustenta-se pela razão? É lícito criar elevadas expectativas constitucionais (art. 129, inciso VII) e, no plano da execução, falhar fragorosamente? O desafio é imenso, proporcional

40 Exigiria um denso capítulo à part, expor o efeito corrosivo e destrutivo da apatia pública sobre a vitalidade de suas instituições.

às dificuldades enfrentadas pela sociedade⁴¹, mas o trabalho de construir uma ponte entre o ideal e o real tem de começar em algum momento.

Narrativas das mais sensatas, parafraseando Horace Mann (1963, p. 36), que não se concretizam em ação e convicções por demais gentis para exigirem realizações, são pouco mais do que inúteis. A prosperidade do mecanismo de tutela exigirá sempre certo esforço e disposição cooperativa e, muitas vezes, certo sacrifício de preferências pessoais e subordinação de pequenos propósitos a grandes. O CEAP precisa ser um trabalho de equipe, do qual participem todos os *stakeholders* internos e externos.

A qualidade e a efetividade contínuas desse indispensável mecanismo de tutela depende a curto, médio e longo prazos da mais íntima cooperação entre os órgãos de execução encarregados de exercê-lo e os órgãos diretivos da instituição. Em termos gerais e práticos, é preciso unir o interesse público com o interesse institucional no efetivo controle das más práticas policiais.

É indispensável, ademais, agir com espírito republicano de respeito incondicional aos comandos constitucionais e mover-se pelo ímpeto de torná-los efetivos para uma sociedade ansiosa pelos efeitos irradiadores benéficos.

CONCLUSÃO

O diagnóstico atual do CEAP, em todos os quadrantes do país, é de um mecanismo: 1- sem uma regulamentação normativa sólida e homogênea⁴²; 2- carente de um modelo de atuação com métodos, objetivos e propósitos definidos⁴³; 3- e com total falta (ou claramente insuficiente) de meios e de recursos para uma atuação que fuja ao

41 As dificuldades sociais no contexto da segurança pública funcionam como uma poderosa força de convencimento institucional na alocação de recursos no CEAP.

42 Apesar de todo o esforço elogiável do Conselho Nacional do Ministério Público, em especial com a edição da Resolução nº 20/2007 (o único marco normativo de caráter nacional), ainda não logramos traçar um aparato conceitual e minimamente operacional em torno desse mecanismo controlador. Falta-lhe um projeto identitário.

43 Os agentes titulares de tais órgãos de execução são como pilotos inábeis, que não apenas desconhecem o porto final, como ignoram as curvas do canal que lá conduz.

antigo padrão demandista, inercial e cartorial. O concurso infeliz dessas circunstâncias gera perplexidade em torno do mecanismo de tutela, condena seus atores a tatear no terreno insidioso da improvisação e evidencia os imensos desafios de um projeto constitucional inacabado.

O controle externo da atividade policial não é, em sua concepção original, um encadeamento de fantasias ou invenções cerebrinas, ou ainda uma confusão do acaso resultante de movimentos funcionais caóticos e improvisados, mas sim uma busca por efetividade e resolutividade sob a angústia concreta proporcionada pelo clima de insegurança pública e seus caudatários (letalidade policial, tortura, corrupção, alta violência e criminalidade etc.) vivido pela sociedade. De igual modo, não é um dado imediato e intuitivo como se passava com a fiscalização difusa e indiferenciada do Ministério Público pré-88 sobre a atividade persecutória das polícias. Exige estruturação conceitual, normativa e material. Implica ainda um novo ângulo de atuação: diferenciado, concentrado, concertado ou multilateral, propositivo e, claramente, dotado de um amplo repertório resolutivo.

O art. 129, VII, sede constitucional do controle externo, é um reservatório de possibilidades, tanto para a sociedade democrática que o deseja efetivo quanto para o Ministério Público que deve executá-lo. Mas também representa um fim e um começo. O fim equivale aos objetivos impostos, e o início corresponde aos novos meios necessários para se desincumbir do fim, sem compromisso com uma tradição que, se aceita, desfigura uma perspectiva real e moderna. O resultado desproporcional entre esses dois termos – fins e meios – parece paradoxal, contraditório em si, até o extremo do absurdo, tendo em vista o cenário de elevada insegurança pública já descrito ao longo do estudo.

A insuficiência de meios para exercer plenamente as atribuições do CEAP implica uma “negativa fértil”, ou seja, nega-se um ângulo da questão e afirma-se outro; negativa de meios robustos para o respectivo controle externo e afirmativa das atribuições de supervisão civil deficitária do aparato policial. O que conduz a um essencial fenômeno

de correlação ideal entre meios e fins, mas sem correspondência real na prática.

Com tantos e ingentes desafios, o mecanismo de controle externo policial não deve ser, simplesmente, um produtor de números e de cifras burocráticas, mas sim de resultados socialmente relevantes, transformadores (ou, pelo menos, neutralizadores). Os efeitos de seu trabalho não devem apenas alimentar relatórios e bancos de dados, mas abraçar horizontes suficientemente amplos e se fazer sentir nos fatos que ocorrem na vida real. Redução da truculência e da letalidade policial, melhor atendimento ao cidadão (com respeito religioso aos seus direitos e garantias fundamentais) e enfrentamento inteligente da violência e da criminalidade, são alguns dos objetivos que se esperam de um controle externo musculado e resolutivo, capaz de atender, plenamente, às expectativas sociais.

Suas ações, providências e movimentos funcionais devem, de alguma forma, influenciar positivamente o cenário tormentoso em que se insere a atividade policial. Neste sentido, o mecanismo de tutela em comento deve fazer parte da solução, por uma atuação profissional embasada em sólidos meios e recursos, e não se encadear como mais um elo do problema, em decorrência de uma atuação cartorial, burocrática e entrópica na supervisão policial. E, para institucionalizar-se de fato, somente é possível declarando seu próprio fundamento (fins) e reivindicando seus meios próprios de atuação (ou seja, com estruturação normativa e material), pois, somente desse modo, pode recheiar-se de significado e ser viável, transformando possibilidades em experiências reais, naturalmente criadoras de um círculo virtuoso de resolutividade.

REFERÊNCIAS

AJDUKIEWICZ, Kazimierz. **Problems and theories of philosophy**. Tradução de K. Skolimowski e A. Quinton. New York: Cambridge University Press, 1975.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. Tradução de Vicente Herrero. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1964.

CAMPOS, Carlos. **Sociologia e filosofia do Direito**. Belo Horizonte:Cardal, 1961.

COLLINGWOOD, R. G. **A ideia da natureza**. Tradução de Frederico Montenegro. Lisboa: Editorial Presença, s.d.[a].

COLLINGWOOD, R. G. **A ideia de história**. Tradução de Alberto Freire. Lisboa: Editorial Presença, s.d.[b].

DOUGLAS, William O. Uma carta viva de direitos. Tradução de Wilson Rocha. São Paulo: Ibrasa, **Col. “Clássicos da democracia”**, n. 8, 1963.

EUCKEN, Rudolf. **El hombre y el mundo**. Tradução de Eduardo Ovejero Y Maury. Madrid: Editor Daniel Jorro, 1926.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público Resolutivo. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 20. dez. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMILTON; MADISON; JAY. Sobre a Constituição dos Estados Unidos. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, **Col. “Clássicos da democracia”**, n. 26, 1964.

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

HEELY, Allan V. A escola particular na educação americana. In: BEREDAY, George Z. F.; VOLPICELLI, Luigi (orgs.). Educação Pública nos Estados Unidos. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, **Col. “Clássicos da Democracia”**, n. 07, 1963.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

LABOULAYE, Édouard. O Estado e o Indivíduo. Tradução de Líbero de Rangel Andrade. Rio de Janeiro: Vecchi, **Coleção “Os Grandes Pensadores”**, n. 6, [s.d.].

MANN, Horace. A educação dos homens livres. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, **Col. “Clássicos da democracia”**, n. 3, 1963.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2012.

NICOL, Eduardo. **Crítica de la razón simbólica**. México: Fondo de cultura económica, 2001.

PLEKHANOV, Gueorgui. **O papel do indivíduo na história**. Tradução de Geraldo Martins de Azevedo Filho. São Paulo: Expressão popular, 2003.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. 1ª. ed., 2ª. tiragem, Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRIGUES, João Gaspar. **Atividade policial, direitos fundamentais e controle externo**. Curitiba: Juruá, 2016.

ROMÁN, Víctor Beltrán. Reforma policial: Aproximación a la supervisión ciudadana de las policías en Estados Unidos. Santiago (Chile): **Revista de Derecho Público**, núm. 93 (2020), pp. 1-31. Disponível em: <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/58321/64386>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

SICHES, Recásens Luis. **Wiese**. México: Fondo de cultura económica, 1943.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

VÁSQUEZ, Pablo Contreras.; ALLENDE, Ricardo Montero.; PIZARRO, Sebastián Salazar. Carabineros y autonomía policial en Chile: Una aproximación legal-institucional. Santiago (Chile): **Revista de Derecho Público**, núm. 94 (2021), pp. 69-97. Disponível em: <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/64241/67872>>.

WEIZSÄCKER, C. F. Von. **La importancia de la ciencia**. Tradução de Juan Carlos García Borrón. Barcelona: Editorial Labor, 1968.

WILLIAMS, T. Harry. A mensagem de Lincoln. Tradução de Raul de Polillo. São Paulo: Ibrasa, **Col. “Clássicos da democracia”**, n. 16, 1964.

CRIME ORGANIZADO E MINISTÉRIO PÚBLICO: O COMBATE E A REPERCUSSÃO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ORGANIZED CRIME AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN BRAZIL: ACTION AND IMPACTS ON THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Renério José do Carmo Neto

Graduado em Direito pela UFBA. Pós-graduado em Direitos Constitucional e Humano pela UCAM. Assessor Técnico-Jurídico do GAECO/MPBA
renerio.neto@mpba.mp.br

Como citar este artigo:

CARMO NETO, Renério José do C. Crime organizado e Ministério Público: o combate e a repercussão para efetivação de direitos fundamentais. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 393 - 416.

Enviado em: 8/7/2022 | Aprovado em: 9/9/2022

Resumo: Trata o presente artigo da análise do crime organizado, sua forma de atuação, formação e consequência direta para vida em sociedade, bem como da atuação do Ministério Público no combate à criminalidade organizada, sendo apresentados suas limitações, campo de alcance e estrutura, repercutindo na efetivação de direitos fundamentais, sobretudo aos menos favorecidos, proporcionando maior acesso à educação, saúde, segurança, transporte, cultura, entre outros. Fez-se uso da pesquisa aplicada, com âmbito qualitativo, buscando a compreensão de um fenômeno e, no que se refere às técnicas, foi feita a análise de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica, com o estudo de caso envolvendo a matéria, além de dispositivos e normas legais. Inicialmente, apresentam-se o conceito, as características e o tratamento dado pelo ordenamento jurídico ao crime organizado, em sequência é exposta uma das principais classificações doutrinárias que diferenciam os atores dos ilícitos. A atuação do órgão ministerial é apresentada no tópico seguinte, em que são expostas suas limitações, organização e formas de atuação.

Em seguida, o terceiro tópico versa sobre os direitos fundamentais, conceito, classificação e previsão legal, seguido pela repercussão direta que a repressão às organizações criminosas causa na efetivação dos direitos fundamentais, tendo enfoque específico na atuação do *Parquet*. Conclui-se que não basta a criação ou o endurecimento de tipos penais, se os crimes já existentes não são combatidos de forma eficaz. Sabe-se que a criminalidade organizada está há anos luz dos órgãos de fiscalização e investigação, entretanto cabe ao Estado equipar quem a combate e adotar medidas.

Palavras-chave: Crime organizado; Ministério Público; Direitos fundamentais.

Abstract: *This paper analyzes the action of organized crime by means of its development and direct consequences in community life. It also describes the role of the Public Prosecutor's Office while dealing with organized crime, by presenting the limits and structures for action, as well as how it impacts on the effectiveness of fundamental rights – specifically in the case of poorer individuals – related to the rights of education, health, safety, transport and culture, among others. Initially, the paper presents the concept, main characteristics and the legal standards for organized crime in the Brazilian legal system, as well as legal doctrine thoughts on the subjects of crime. The role of the Public Prosecutor's Office is presented in the following chapter, where its limits, organization and means of action are presented. Then, the third chapter deals with fundamental rights, including its concept, classification and its legal ground, and an analysis on the direct impact that the fight against criminal organizations cause on the effectiveness of fundamental rights, with a specific analysis over the Public Prosecutor's Office work. The conclusion reached by the study is that either establishing new crimes in the Brazilian Criminal Code or having severe sanctions to existing crimes is not enough if those crimes are not dealt with effectively. In this sense, it is known that organized crime is way ahead from the Judiciary and the persecution bodies, thus being a need for the State to solve the matter by providing means to those who fight against organized crime and taking effective measures.*

Keywords: *Organized crime; Public Prosecutor's Office; Fundamental rights.*

Sumário: Introdução; 1. Crime organizado; 2. Conceito e previsão legal; 2.1. Espécies segundo classificação de Ferraiolli; 2.2. A atuação do Ministério Público no combate ao crime organizado; 3. Limites, organização e estrutura; 3.1. Direitos fundamentais; 4. Conceito classificação e previsão legal; 4.1. A repercussão na efetivação dos direitos fundamentais em face da repressão das organizações criminosas; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O crime organizado tornou-se um dos maiores males no combate aos ilícitos no meio social, aliado ao tráfico de drogas, corrupção,

lavagem de dinheiro, crimes fiscais e de sonegação. A criminalidade contribui para o desvio de recursos públicos e afeta a efetivação de direitos fundamentais, sobretudo aos que mais precisam de acesso à saúde, educação, transporte, emprego, entre outros.

Dessa forma, ao Ministério Público coube, por determinação constitucional, ser de forma privativa o titular da ação penal pública, bem como proceder às investigações de cunho penal, inclusive, impulsionando a instauração de inquérito policial, detendo meios de investigação próprios para conter a criminalidade organizada, contribuindo para efetivação dos direitos fundamentais.

Para tal mister, os métodos utilizados basearam-se tanto nos já conhecidos tradicionais como em métodos sociológicos, filosóficos e jurídicos. Fez-se uso da pesquisa aplicada, com âmbito qualitativo, buscando a compreensão de um fenômeno e, no que se refere às técnicas, foi feita a análise de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica, com o estudo de caso envolvendo a matéria, além de dispositivos e normas legais.

O presente trabalho busca apresentar conceito, previsão legal e características do crime organizado, sua classificação por parte da doutrina, bem como a atuação do órgão ministerial no combate ao crime organizado, seus limites, organização e estrutura. Bem assim, é apresentada a vertente dos direitos fundamentais e como a atuação do Ministério Público contribui para efetivá-los, abrangendo análise de caso concreto.

Por fim, busca-se apontar algumas medidas que fortalecem o combate às condutas ilícitas e que podem contribuir para que a sociedade, sobretudo os menos favorecidos, possam viver de forma mais digna.

1. CRIME ORGANIZADO

Viver em sociedade é viver em constante conflito, conflitos com os outros e consigo mesmo. É intrínseco do ser humano ter necessidades, daí nasce a desarmonia entre as pessoas, necessária na vida em

sociedade. Dessa desarmonia se configura o crime, este se observa na maior parte das sociedades e em todos os seus tipos¹. Em suas reflexões, Émile Durkheim, sociólogo francês, considera que a criminalidade não é apenas normal, mas também necessária, e inclusive irrenunciável para a sociedade².

Para o sociólogo, o crime é ponto de partida para correção de determinadas falhas nas estruturais sociais e morais existentes na sociedade, haja vista que é com base nas inovações estruturais morais que se pode acarretar a transformação das falhas existentes das estruturas anteriores. Entretanto coube ao direito penal agir em última *ratio*, com atuação limitada ao chamado princípio da intervenção mínima, que limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes³.

Ao lado de crimes como o homicídio, latrocínio, estupro e roubo, que causam graves prejuízos à coletividade, há o crime organizado, que, de modo semelhante, ceifa vidas, contribui com o tráfico de drogas, de armas, de pessoas, ocasiona o desvio e a evasão de dinheiro e investimento públicos, sobretudo por intermédio da corrupção.

Diferentemente do crime comum, o crime organizado, como o próprio nome sugere e se verá adiante, é complexo, possui vários agentes para sua configuração e envolve necessariamente a prática de infrações penais, com o intuito de obter vantagem.

1.1. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

Antes de conceituar o crime organizado, é preciso entendê-lo, sobretudo, conhecer suas características e objetivos. Tal fenômeno, segundo Cláudio Armando Ferraz⁴, oferece bens e serviços ilícitos,

1 DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 9ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004, p. 95.

2 CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 40.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 150.

4 FERRAZ, Claudio Armando. **Crime organizado: diagnóstico e mecanismos de combate** / Delegado de Polícia Civil Claudio Armando Ferraz. Rio de Janeiro: ESG, 2012

tais como drogas, tráfico de pessoas, armas e prostituição, investe em setores legais da economia, possui um padrão organizativo, utiliza métodos violentos a fim de ocupar posições proeminentes ou deter monopólio de mercado.

É marcado ainda pelo uso da força policial e do Poder Judiciário, em paralelo ao estabelecimento de uso de poder político, interferindo-o, seja financiando-o ou influenciando. Ainda, a fim de garantir sua perpetuação e hegemonia, há a prática de diversos outros crimes, tais como homicídios, ameaças, extorsões, seja para neutralizar a aplicação da lei, seja para obter decisões políticas favoráveis para atingir seus objetivos⁵.

O crime organizado aproveita as carências e as expectativas sociais para conseguir adeptos: muitos de seus membros tentam fugir da pobreza e obter lucros e respeito por meio da participação na atividade criminosa proporcionada por esse tipo de organização, passando a exercer influência direta na economia⁶.

Por se tratar de fenômeno complexo, envolvendo questões jurídicas, sociais, políticas, e econômicas, bem como por se tratar de diversidade de fatos e fatores, tornou-se difícil cunhar um conceito unívoco do crime organizado.

Preliminarmente, há grande divergência doutrinária acerca do conceito de crime organizado, tendo em vista que alguns autores consideram que sua conceituação poderia limitar a tipificação de condutas e ocorrer seu engessamento, ou, ainda, as condutas ou características a serem atribuídas poderiam não prever de modo exaustivo o que deve ser considerado sua prática. Ademais utilizaremos as expressões “crime organizado” e “organização criminosa” como sinônimos.

A terminologia organização criminosa sempre foi difícil de ser conceituada pela doutrina. Marcelo Batlouni Mendroni ensina que “as organizações criminosas praticam atividades ilícitas e assumem características que se adaptam às mudanças do ambiente social onde

5 FERRAZ, Claudio Armando. **Crime organizado**: diagnóstico e mecanismos de combate / Delegado de Polícia Civil Claudio Armando Ferraz. Rio de Janeiro: ESG, 2012. p. 14.

6 Ibidem.

se encontram inseridas e, portanto, apresentam conotações diversas, no tempo e no espaço”⁷.

O abalizado doutrinador Raúl Zaffaroni acredita que o crime organizado seria como “um crime de mercado, que oferece produtos ou serviços ilícitos, a depender da demanda”⁸. Associado a tal entendimento, Guaracy Minardi é preciso quando preceitua que a organização criminosa constitui um “grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz e planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros”⁹.

As atividades dos agentes que a integram se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. O crime organizado pode ser estruturado por sistema piramidal, marcado pela hierarquia, com chefia e subalternos, ou por estruturação em células, com regiões administrativas regionais, numa espécie de filial.

Por meio da revogada Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas é o que tema foi tratado em legislação, contudo não se tinha definição legal do crime organizado, limitando-se a referência de quadrilha ou bando.

Com verdadeira lacuna no sistema jurídico nacional, pretendeu-se supri-la com a adoção da Convenção de Palermo, da ONU. Tal documento visava a promoção e maior eficácia contra a criminalidade organizada de cunho transacional¹⁰, sendo adotada pelo Brasil, em 2004, por decreto, ingressando no ordenamento jurídico pátrio, maneira definida para consolidar o princípio da legalidade no âmbito do tipo penal.

7 MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

8 ZAFFARONI, E. Raul. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 49.

9 MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998, p.82.

10 LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 14.

O artigo 2º dessa Convenção definiu grupo criminoso organizado como

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material¹¹.

Entretanto doutrinadores e operadores jurídicos criticavam tal conceito pela formalidade pelo qual foi incluído, primeiro porque só se pode criar crime e pena por meio de uma lei aprovada pelo parlamento; decreto não é lei. Segundo, quando o Congresso Nacional aprova um tratado internacional, ele o ratifica, porém ratificar não é aprovar uma lei.

A primeira definição de organização criminosa por lei em sentido estrito veio com a Lei nº 12.694/12, criada especificamente para preservar a segurança de autoridades judiciárias, prevendo a formação de colegiado para a prática de atos processuais em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organização criminosa, especificado no artigo 2º:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional¹².

Contudo em tal tipo penal não há previsão de pena, o que se faz concluir que não houve tipificação de crime, somente acontecendo em 2013, com o conceito da Lei nº 12.850/13, que veio a definir organização criminosa, imputar pena e outras aspectos. A diferença entre ambos é que determinado conceito é específico para tal fim, é

11 BRASIL. **Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004**, art. 2º. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 7 de jul. 2022.

12 BRASIL. **Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012**, art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 7 de jul. 2022.

verdadeira exceção, a exemplo da expressão “para os efeitos desta lei” na Lei nº 12.694/12, e faz referência na definição em praticar crimes, já a previsão na legislação mais atual é ampla e genérica, tomada, portanto, como a regra.

O art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13 prevê o conceito, sendo pacíficos na doutrina e jurisprudência os elementos de configuração, vejamos:

§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional¹³.

Inicialmente, para restar caracterizado o crime, é necessária a reunião de no mínimo quatro pessoas, inclusive, o menor de dezoito anos, adolescente, pode compor esse número mínimo, desde que tenha noção básica de estar integrando um grupo, com entendimento de hierarquia e finalidade propostas¹⁴.

Necessita haver uma estrutura disposta de forma ordenada e estruturada, com escalonamento e hierarquia entre superiores e subordinados, tal qual uma pirâmide. O intuito da reunião do grupo é constituir um todo e, para isso, cada elemento do todo, que são partes, ou os agentes, desempenham tarefas, atribuições personalizadas, necessárias ao funcionamento da organização, não sendo necessária a formalidade de tais divisões de tarefas. O objetivo do grupo é ganhar lucro, alcançar vantagens, proveitos¹⁵, seja de qualquer natureza.

A fim de obter tais vantagens, a lei prevê ser necessária a prática de ilícitos penais. O legislador foi claro em não se referir a crimes, ao contrário do que ocorreu com o conceito adotado na Lei nº

13 BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=L12850&text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 7 de jul. 2022.

14 NUCCI, Guilherme. **Organização Criminosa: aspectos legais relevantes**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 19.

15 Ibid., p. 20.

12.694/12, uma vez que por ilícitos penais se insere tanto crime como contravenções penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Ademais, a Lei nº 12.850/2013, precisamente no art. 2º, é a única que descreve as condutas que compõem o tipo penal e a respectiva pena para a prática do crime em comento, vejamos:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Da análise dos verbos, temos que “promover” diz respeito a desenvolver, estimular ou impulsionar a organização criminosa. Já “constituir” é compor, formar parte do grupo. “Financiar” seria apoiar financeiramente, custear despesas. Por fim, “integrar” é fazer parte, estar presente, ter conexão com a organização criminosa¹⁶.

A pena prevista é de reclusão de 3 a 8 anos e multa, sem prejuízo de demais sanções dos crimes autônomos praticados. A lei ainda prevê a mesma sanção a quem impede ou de qualquer forma embaraça a investigação de infração penal que envolva as condutas descritas anteriormente.

Diferenciação que se faz necessária é do crime de organização criminosa, objeto do presente estudo, com o delito de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal Brasileiro. No tipo penal deste último, está prevista a associação de três ou mais pessoas para cometer crimes. Não se faz menção a estrutura ordenada ou atividade voltada para obter vantagens, ademais a pena deste é de reclusão de 1 a 3 anos e se aplica a delitos com penas máximas inferiores a 4 anos. Essas são algumas nuances que o diferem da organização criminosa.

16 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4 ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 65.

1.2. ESPÉCIES SEGUNDO CLASSIFICAÇÃO DE FERRAIOLLI

O conceituado doutrinador Luigi Ferrajoli estabeleceu a classificação de 3 tipos de grupos no crime organizado que se aplicam perfeitamente à realidade brasileira.

Inicialmente, o primeiro grupo é estruturado por poderes criminais privados, chamados de “grupos agressivos”, que apelam para ações armadas, possuem como características a violência e substancial poder econômico. Sua infiltração no aparelho estatal não é profunda, mas é praticamente impossível que isso não aconteça. Outra característica relevante desse grupo de crime organizado consiste, como sublinha Ferrajoli, na exploração da miséria, ou seja, do uso dos pequenos delinquentes, exploráveis, torturáveis, pressionáveis e extermináveis¹⁷.

Tal organização privada, especialmente no que diz respeito ao mercado das drogas e das migrações, explora a mão de obra barata do miserável, do necessitado, otimizando seus lucros e benefícios; possui suas células ostensivas mais ou menos organizadas, que desempenham o trabalho de campo, como de entrega, organização e distribuição de drogas. Como exemplo temos o PCC – Primeiro Comando da Capital¹⁸ – e o CV – Comando Vermelho.

A segunda modalidade ou grupo seria uma derivação da primeira, mas por intermédio de empresas, a exemplo de construtoras; tem como características centrais a utilização de grandes empresas para o cometimento de crimes e o não uso da violência.

Esse segmento da criminalidade organizada se infiltra no aparelho do Estado e investe mais em corrupção e agentes públicos do que em atos de violência para realizar seus negócios e ampliar cada vez mais seu poder. Esse ramo do crime organizado atua contra o meio ambiente, no mundo financeiro e econômico, na lavagem de capitais, nos crimes empresariais – sonegação de divisas, nas licitações públicas,

17 GOMES, Luís Flávio. **Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

18 EL PAÍS. **PCC a irmandade dos criminosos**, 2018. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-12/pcc-a-irmandade-dos-criminosos.html>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

tráfico de armas, tráfico de seres humanos, tráfico de animais ou de partes de animais¹⁹.

Por fim, mas não menos relevante, o terceiro grupo é estruturado por agentes públicos. Trata-se de uma forma de crime organizado que ordinariamente nasce dentro dos poderes públicos, relaciona-se fortemente com a corrupção²⁰, contado com a participação de servidores públicos, funcionários, agentes políticos que desempenham *múnus* público e colaboradores.

2. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Se, de um lado, o crime organizado possui agentes que contam com grande poderio econômico, bélico, influências, grande contingente e uma estrutura organizada, com infiltração em diversas atividades econômicas, de outro, para ser reprimido e desmantelado, coube ao Ministério Público a função de combatê-lo, de forma eficaz e eficiente.

Ao *Parquet* coube não somente ser fiscal da ordem jurídica e ter a titularidade da ação penal, como também requisitar a instauração de inquérito policial. Tais funções o tornam principal protagonista contra a atuação do crime organizado, que, aliado ao trabalho da polícia, utilizam a estrutura que possuem para desempenhar tal mister.

Há uma imensa desvantagem entre os opostos: de um lado, o crime organizado e todo seu aparato ilícito, de outro lado, promotores de Justiça, policiais e delegados, que empregam os meios limitados que possuem, visando apreender não os intermediários do crime organizado, mas sim as grandes lideranças.

19 GOMES, Luís Flávio. **Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

20 SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 36, 2001, p. 6.

2.1. LIMITES, ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURA

O art. 129 da Constituição Federal e os seus incisos preceituam os limites e as funções institucionais do Ministério Público, em que estão a promoção privativa da ação penal pública, o exercício do controle da atividade policial, a requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial²¹.

O combate ao crime organizado por parte do Ministério Público se efetiva de maneira diferenciada, tendo em vista que não se trata de investigação de prática de meros crimes comuns, mas de indivíduos que se juntam e praticam infrações penais em massa, com o intuito de obter vantagem, com atuação altamente organizada.

Assim, no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal e do Ministério Público Federal foram criados os Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECOS), a fim de organizar a atuação do ente. Tal criação se deu em razão de intensificar o combate especificamente ao crime organizado, facilitando o limite das investigações, bem como atender à necessidade de atuação aplicada, que a dimensão da problemática assim exige.

Em nível federal, a criação do GAECO está relacionada à Resolução nº 146, de 5 agosto de 2013, editada pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal. Em nível estadual, coube ao respectivo Ministério Público de cada Estado instituir o GAECO, a exemplo do Estado da Bahia, que o instituiu pela Resolução nº 004/2016, da lavra do Colégio dos Procuradores de justiça do Estado da Bahia.

Entre as atribuições do GAECO instituídas pelos respectivos atos administrativos estão: instaurar procedimento investigatório criminal²²; estimular o desencadeamento da ação policial em face de delitos de maior complexidade ou sofisticação no seu processo de execução; manter controle das interceptações telefônicas deferidas judicialmente; combater a ação de agentes públicos integrantes de organizações

21 BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

22 BRASIL. **Resolução nº 146, de 5 de agosto de 2013**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/33007>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

criminosas e grupos de extermínio, realizando, em caso de necessidade, trabalho em conjunto com órgãos de segurança pública²³.

A atuação do membro ministerial especificamente no âmbito do crime organizado se estabelece da necessidade de existência de requisição de instauração de inquérito policial ou de diligências, bem como de procedimento investigatório criminal, inicialmente ambos os procedimentos necessitam de criação formal, comumente por portaria, para, assim, haver a adoção de medidas legais que desmanchem o crime organizado.

Menos comum que o inquérito policial, o procedimento investigatório criminal, muito similar ao inquérito policial, é ordinariamente o instrumento inicial das investigações no âmbito do GAECO. O art. 1º da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe sobre o chamado PIC, definindo-o como:

Instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal²⁴.

Somente após a instauração do Procedimento Investigatório Criminal, instituído por portaria, é que pode haver o início da desarticulação do crime organizado, com a adoção de medidas mais contundentes, todas previstas em lei.

Segundo Artur de Lima Baretto Lins, por ser fruto da política criminal de cunho eminentemente repressiva adotada atualmente no Brasil, a Lei de Combate ao Crime Organizado não trouxe, em seus artigos, disposições acerca de medidas preventivas para um controle das organizações criminosas. As determinações existentes em suas normas enfocam meios procedimentais para uma ação repressiva por

23 BRASIL. **Resolução nº 004 de 2016**. Disponível em: <<https://www.mpba.mp.br/area/criminal/gaeco#:~:text=Criado%20pela%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20004,processos%20destinados%20a%20identificar%20e>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

24 BRASIL. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

parte dos órgãos da polícia judiciária e para a obtenção de provas, tanto na fase de investigações preliminares como na instrução do juízo criminal²⁵.

Para tal mister, a Lei nº 12.850, de 2013, no artigo 3º, elenca como instrumentos a serem utilizados em qualquer fase da persecução penal: a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas; interceptação telefônica e telemática; afastamento de sigilos financeiros, bancários, fiscais; infiltração, por policiais, em atividade de investigação e cooperação entre as instituições na busca por provas e informações no interesse das investigações ou instrução criminal.

Essas são, portanto, algumas armas de que o Ministério Público dispõe para uma atuação efetiva e eficaz no combate ao crime organizado. A colaboração premiada, como negócio jurídico processual, por meio das informações trazidas pelo colaborador, pode munir o *Parquet* de informações quanto à identificação de demais autores e crimes, estrutura da organização, recuperação de produto ou proveito dos delitos e sua prevenção.

Quanto à captação ambiental de sinais eletromagnéticos, acesso de registros telefônicos, de dados financeiros, bancários e fiscais e outros de similar natureza, tratam-se de medidas que retiraram temporariamente, garantias individuais do indivíduo asseguradas constitucionalmente, considerando a razoabilidade e proporcionalidade, tais como o direito à privacidade e intimidade, a fim de se confirmar indícios e obter provas quanto à ocorrência de relações financeiras ilegais e suspeitas ou descoberta de vínculos entre indivíduos investigados, inerentes às investigações.

Na ação controlada ou infiltração de agentes, executadas por policiais, visa-se a descoberta de informações quanto à organização criminosa, suas práticas, estrutura e atuação, medidas extremas que acontecem sob a intervenção, segundo a lei, do Ministério Público, seja

25 LINS, Artur de Lima Baretto. **O Crime Organizado**: diligências investigatórias do Ministério Público. Disponível em: <O_crime_organizado_-_diligencias_investigatarias_do_Ministerio_Pblico.pdf> (mpam.mp.br). Acesso em: 9 set. 2022.

quando devendo opinar pela medida, seja quando requisita relatório de atividade de infiltração, que, com certeza, será utilizado e enriquecerá a investigação.

Tais medidas podem arrecadar substanciais provas para eventual investigação instaurada pelo Ministério Público, propiciando elementos que embasem pedidos de busca e apreensão, de prisão e outras medidas cautelares, ferramentas que o *Parquet* possui no âmbito de sua atuação institucional a fim de identificar os principais autores criminosos no crime organizado, combatendo-o.

Em geral, as estruturas dos GAECOs são, em sua grande maioria, formadas por Promotores ou Procuradores de Justiça, assessores, policiais, servidores técnicos e analistas, com áreas específicas, tais como a contabilidade. Não raro, são realizadas operações conjuntas entre órgãos ministeriais distintos, tendo em vista que, na sua grande maioria, a atuação do crime organizado está enraizada em diversas localidades. Assim, a título exemplificativo, uma organização criminosa que detém o controle do jogo do bicho em diversos Estados certamente será combatida com uma série de ações em atuação conjunta entre diversos Ministérios Públicos do país.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A limitação do poder político e o governo exercido pelo povo é a noção básica de democracia, sistema pelo qual o povo exerce sua soberania. Assim, o seu titular, que é o próprio povo, determina os bens jurídicos de maior relevância e os que merecem proteção, positivando no projeto político que os rege, ou seja, nas Constituições.

O fenômeno do constitucionalismo, movimento que traduziu uma luta ideológica, política e jurídica, limitou a arbitrariedade estatal, agindo como instrumento para a proteção e salvaguarda dos direitos

do ser humano²⁶, formando a base de proteção do que mais tarde seria intitulado direitos fundamentais.

3.1. CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E PREVISÃO LEGAL

Com o fim da Revolução Francesa, após 1799, iniciou-se a idade contemporânea, movimento que limitou o poder da monarquia, nobreza e clero, em verdadeira revolução. A burguesia e a grande massa do povo dispuseram o rei e assumiram o poder, por meio da Assembleia Nacional, embasados pelos ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade. Instituíram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, posteriormente promulgaram uma nova constituição no país, com previsão de igualdade de todos perante a lei, direito à cidadania, direito ao voto, fim do dízimo, entre outros. Assim, surgiram os direitos fundamentais, sendo esses os direitos do homem, positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são todas as posições jurídicas relativas às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e, assim, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos²⁷.

Dirley da Cunha Júnior conceitua que os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no teto da Constituição formal ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que estão formalmente reconhecidos, embora dela não façam parte²⁸.

26 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Constitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>>.

27 SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 90.

28 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 573.

Os direitos e garantias tidos como fundamentais foram sendo incorporados por outras nações, avançando ao século XX, marcado por movimentos revolucionários que romperam com a ordem política vigente à época, resultando na elaboração de novas constituições que não apenas viam o homem como sujeito de simples direitos, como a liberdade, mas deveria haver o dever de prestar condições de sobrevivência e humanidade aos cidadãos, sendo incorporados direitos e obrigações prestacionais, a exemplo do que aconteceu no México em 1917, Rússia em 1918 e Alemanha em 1919.

Tais direitos foram se sedimentando ao logo do tempo, acumulando, formando dimensões ou gerações, terminologia utilizada por grande parte da doutrina para designar as interações ou junções desses direitos.

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade e relacionam-se à luta pela liberdade. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer, são direitos relacionados às pessoas, individualmente, como a propriedade, igualdade formal, aquela perante a lei, liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida²⁹, entre outros.

A não intervenção estatal propicia a intensificação das desigualdades sociais, a falta de amparo público e sua omissão faz surgir os direitos de segunda dimensão: os direitos sociais ou direitos à prestação, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à segurança, lazer, moradia³⁰.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos da fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva, do fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se como

29 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. [s.d]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

30 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 672.

direitos de titularidade coletiva ou difusa. Exemplos de tais direitos são: direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida³¹.

Dada a grande relevância dos direitos fundamentais, estes estão majoritariamente na Constituição. No caso, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 cuidou de tratar de forma praticamente exaustiva. No Título II da Carta Maior, há a previsão de direitos e garantias fundamentais, entretanto importante diferenciar os direitos das garantias. Os primeiros se referem aos direitos propriamente ditos constantes na Constituição, enquanto as segundas se referem a medidas previstas e visam à proteção desses direitos. Assim, são exemplos de direitos fundamentais o direito à liberdade e educação, enquanto os remédios constitucionais como o *habeas corpus* e mandado de segurança configuram as garantias fundamentais.

Desse modo, tais direitos estão dispostos da seguinte maneira no texto constitucional: direitos e deveres individuais e coletivos – artigo 5º, direitos sociais – artigo 6º ao 11º, direitos da nacionalidade – artigos 12º e 13º, e os direitos políticos – artigos 14º ao 16º, todos da Constituição Federal de 1988.

Pela teoria pura do direito, idealizada por Hans Kelsen, a Constituição possui fundamento de validade na norma hipotética fundamental, sustentando todo o ordenamento jurídico, prevendo normas que são fundamentos de validade de outras normas. Dessa forma, a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.

Ainda para o citado jurista, a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, apoiar-se sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra³².

31 SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 48.

32 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155.

Entretanto importante destacar que não é somente na Constituição que estão previstos dos direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de um sistema fechado, tendo em vista que o texto constitucional expressamente prevê direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Verifica-se, portanto, que o texto constitucional não esgota o elenco dos direitos fundamentais, podendo haver direitos fundamentais dispersos na constituição, bem como fora dela, cabendo ao intérprete extraí-los do sistema jurídico, tanto no âmbito constitucional e infraconstitucional como no âmbito internacional.

4. A REPERCUSSÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DA REPRESSÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A atuação das organizações criminosas faz com que recursos públicos sejam desviados, sobretudo por conta da corrupção, alcançando diversos órgãos e agentes públicos, que, coniventes com a prática de ilícitos, utilizam-se do múnus público para obter diversas vantagens, principalmente de cunho patrimonial.

Saúde, educação, segurança, transporte e esporte são alguns dos direitos básicos afetados pela licitação que ocasionalmente foi comprada ou direcionada a determinada empresa, graças à participação de servidores públicos, ou ainda quando certos grupos empresariais fazem cartel e dominam a atividade econômica dos transportes, por exemplo, delimitando e impondo preços.

O resultado de tais práticas é visto de maneira muito perceptível a curto e longo prazos, o desvio de recursos e verbas ou o favorecimento a quem não possui qualificação técnica para prestar serviços, resultando na falta de estrutura de hospitais e escolas públicas, ausência de equipamentos médico-hospitalares imprescindíveis, oferta de merenda escolar de péssima qualidade, falta de segurança nas ruas, aumento

do tráfico de drogas, entre outras problemáticas que podem ser infinitamente apostadas.

Na gama de problemas que o crime organizado acarreta, há ainda a participação de crianças, adolescentes e jovens, sobretudo os mais desfavorecidos economicamente, que geralmente vivem em comunidades ou favelas, em sua grande maioria negros, que veem no crime organizado, principalmente no tráfico de drogas, uma maneira mais fácil de conseguir dinheiro. Aliado à falsa promessa de poder, os líderes criminosos os municiam com armas de fogo e os incluem no tráfico de drogas, de arma e os convence a praticar demais ilícitos. Tais condutas afastam essas vítimas do acesso à educação, ao esporte, à saúde, assistência social e outros direitos, optando por um caminho considerado mais fácil à margem da lei.

Dessa forma, o Ministério Público, em suas ações e operações, ao combater o crime organizado, reprime também os ilícitos penais que o alimentam. Corrupção, tráfico de drogas, crimes de licitação, cartel são alguns dos crimes que, se diminuídos, enfraquecem a atividade ilícita organizada, sobretudo quando se recuperam altas cifras em poder dos atores do lícito.

A Operação Adsumus, deflagrada pelo Ministério Público do Estado da Bahia³³, no ano de 2016, é um exemplo de ação que desmantelou uma organização criminosa e recuperou altas quantias públicas. Foi descoberto o envolvimento de ex-prefeito, servidores e empresários dos municípios de Santo Amaro e Muritiba, na Bahia, acarretando o desvio de ao menos 20 milhões de reais por meio de esquema ilícito que funcionava por núcleos empresariais que recebiam, nas prefeituras, valores para realizar obras públicas, fornecer material de construção e alugar maquinário. Em acordo de colaboração premiada celebrado, ficou estabelecido o pagamento de multa de 2 milhões de reais, desses, R\$ 488 mil reais foram destinados para combater o coronavírus³⁴.

33 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **Operação Adsumus**: preso ex-prefeito de Santo Amaro. Disponível em: <<https://www.mpba.mp.br/noticia/36538>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

34 CORREIO 24 HORAS. **Justiça destina R\$ 488 mil da Operação Adsumus para combater o coronavírus**. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/justica-destina-r-488-mil-da-operacao-adsumus-para-combater-o-coronavirus/>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

O GAECO do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios deflagrou a operação intitulada Falso Negativo, desencadeando o cumprimento de 74 mandados de busca e apreensão nos estados da Bahia, São Paulo, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Goiás, Paraná, além do Distrito Federal. A ação visou apurar ilegalidades praticadas em contratações que envolvem testes para detecção da Covid-19³⁵.

Servidores públicos e empresas foram investigados por flagrantes irregularidades, em especial o superfaturamento de produtos para exames médicos, sendo denunciados 15 investigados pela prática dos crimes de organização criminosa, fraude à licitação, fraude na entrega de uma mercadoria por outra e peculato³⁶.

CONCLUSÃO

É notável que o crime organizado se tornou um mal presente na sociedade. É lamentável o alcance e a proporção que organizações criminosas atingem, com alto grau de ordenação, desenvolvimento e poder. De forma simultânea, o Ministério Público, as polícias civil, militar e federal, os departamentos técnicos periciais, as Secretarias de Segurança Pública dos Estados, os órgãos de inteligência, de fiscalização de valores, entre outros, não conseguem acompanhar o *modus operandi* dos criminosos, que, cada vez mais, especializam-se e ludibriam autoridades.

Seja composta por grupos criminosos privados, empresas, agentes públicos ou por combinação de ambas as formas, é pacífico que o crime organizado retira a possibilidade de várias pessoas, sobretudo às menos favorecidas, de viver com dignidade, tendo em vista que o acesso à saúde, educação, transporte, segurança e outros direitos tidos

35 MPDFT. **Gaeco deflagra operação para investigar aquisição de testes de covid-19.** 02 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/12112-mpdft-gaeco-deflagra-operacao-para-investigar-aquisicao-de-testes-de-covid-19>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

36 MPDFT. **MPDFT denuncia 15 investigados na operação falso negativo 2.** 12 de set. 2020. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/12366-mpdft-denuncia-15-investigados-na-operacao-falso-negativo-2>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

como fundamentais, que possuem amparo constitucional e legal de forma diferenciada, são atingidos.

Assim, cabe aos aplicadores das leis e a quem as maneja efetivá-las de forma eficaz; não basta simplesmente endurecer e criar tipos penais se os já existentes não são penalizados quando executados. Isso também se relaciona com o poder de fiscalização e controle dos órgãos públicos, que tentam identificar condutas ilícitas, praticadas pelas organizações em exame. Mais investimentos em educação, saúde, programas que incentivem o esporte e o empreendedorismo ao jovem são mecanismos que afastam as mais vulneráveis a integrar o tráfico de drogas e organizações criminosas.

Em conclusão, em que pese o Ministério Público exerça o papel maior de destaque no combate às organizações criminosas, desmantelando-as, focando na identificação e apreensão das lideranças do crime, contribuindo para a diminuição da corrupção, do desvio de dinheiro público, da lavagem de capitais, entre outros ilícitos, e conseqüentemente para a efetivação de direitos fundamentais, a ação isolada do órgão ministerial não é suficiente. É preciso que o poder público invista mais em infraestrutura física e contingente de policiais, delegados, peritos, e demais servidores, como também é preciso que o Estado e as empresas privadas difundam uma cultura de *compliance* nas relações institucionais com os colaboradores, para, assim, haver uma menor margem de atuação do crime organizado.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Constitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

BRASIL. **Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004**, art. 2. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>.

BRASIL. **Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012**, art. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=L12850&text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias>.

BRASIL. **Resolução nº 004 de 2016**. Disponível em: <<https://www.mpba.mp.br/area/criminal/gaeco#:~:text=Criado%20pela%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20004,processos%20destinados%20a%20identificar%20e>>.

BRASIL. **Resolução nº 146, de 5 de agosto de 2013**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/33007>>.

BRASIL. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>.

CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 9ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004.

EL PAÍS. **PCC a irmandade dos criminosos**. El país, 2018. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-12/pcc-a-irmandade-dos-criminosos.html>>.

GOMES, Luís Flávio. **Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Verbatim, 2014.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4 ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

NUCCI, Guilherme. **Organização Criminosa: aspectos legais relevantes**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 19.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHILLING, Flávia. **Corrupção, crime organizado e democracia**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 36. São Paulo, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, E. Raul. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

O ATO RACISTA E O DANO MORAL COLETIVO: REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RACIST BEHAVIOR AS A CAUSE FOR THE ESTABLISHMENT OF NON-PECUNIARY DAMAGES TO A CLASS OF INDIVIDUALS: THOUGHTS ON THE WORK CARRIED OUT BY THE PUBLIC PROSECUTORS' OFFICE

*“Um dia talvez alguém perguntará
Comovido ante meu sofrimento
Quem é que está gritando
Quem é que lamenta assim
Quem é”
(Carlos de Assumpção)*

Amanda Ribeiro dos Santos

Bacharela em Direito e Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Brasília. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná
amandards@mppr.mp.br

André Luiz Querino Coelho

Bacharel em Direito e Especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Milton Campos. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná
alqcoelho@mppr.mp.br

Como citar este artigo:

SANTOS, Amanda R. dos; COELHO, André Luiz Q. O ato racista e o dano moral coletivo: reflexões sobre a atuação do Ministério Público. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 417 - 453.

Recebido em: 31/5/2021 | Aprovado em: 3/8/2022

Resumo: O presente artigo versa sobre a configuração de dano moral coletivo em virtude de atos racistas, especialmente os divulgados em redes sociais e outros espaços de célere transmissão por meio da internet, pois configuram grave violação de direitos humanos e ensejam, por consequência,

a atuação do Ministério Público em prol do direito fundamental à igualdade racial. Assim, com base em uma digressão histórica e com a afirmação de conceitos como racismo estrutural, racismo institucional e racismo recreativo, busca-se construir um paradigma hermenêutico com viés antidiscriminatório, tendo por foco a análise de situações concretas de discriminação racial que foram objeto de judicialização e, especialmente, a forma de intervenção adequada.

Palavras-chaves: Discriminação Racial; Racismo Estrutural; Racismo Recreativo; Racismo Institucional; Ato Ilícito; Dano Moral Coletivo; Atuação do Ministério Público.

Abstract: *This paper deals with the establishment of non-pecuniary damages to a class of individuals due to racist behavior, especially in cases involving social media which rapidly spreads hatred on the internet, since such kind of behaviors represent a very serious violation of the human rights and demand the work of public prosecutors to ensure the fundamental right to racial equality. Therefore, based on a historical digression and by means of establishing concepts such as structural racism, institutional racism, recreational racism, we intend to build a hermeneutic ground with an anti-discrimination bias, focusing on the analysis of concrete situations of racial discrimination that have been brought to courts, and, especially, the method of intervention carried out by the Public Prosecutors on such legal proceedings, in the sense of a political agent and while seeking reparation for damages to a class of individuals who have been targeted by such behaviors.*

Keywords: *Racial discrimination; Structural racism; Recreational racism; Institutional Racism; Unlawful acts; Non-pecuniary damages to a class of individuals; Action carried out by the Brazilian Public Prosecutors' Office.*

Sumário: Introdução; 1. Racismo estrutural, racismo institucional e racismo recreativo; 2. O desvalor constitucional do racismo e o direito fundamental à igualdade racial; 3. Direitos da personalidade: dignidade humana; 4. Ato discriminatório: o racismo e a responsabilidade civil; 4.1. Noções conceituais; 4.2. Relações privadas; 4.3. Relações trabalhistas; 4.4. Relações consumeristas; 4.5. Atos ou omissões do poder público; 5. Atuação do Ministério Público; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Há muito, a doutrina e a jurisprudência se debatem acerca dos elementos configuradores do ato ilícito de natureza cível e o dever de indenizar. No entanto, até então, a discriminação racial, no Brasil, não vem sendo tratada de forma abrangente como espécie de ato ilícito, ofensivo a um direito da personalidade ou de uma coletividade. Por

consectário, o padrão hermenêutico majoritário não concebe o dever de indenizar, em diversas situações.

O racismo ocorre em diversos ambientes: nas relações privadas, nas consumeristas, nas em que a Administração Pública é parte e nas trabalhistas.

Nesse contexto, é preciso reestabelecer conceitos e premissas que demonstram o desvalor da discriminação racial, as suas gravíssimas consequências para a vítima e, especialmente, para uma coletividade de pessoas.

Assim, o objetivo é alterar o paradigma de interpretação jurídica, analisando-se situações concretas, dando ênfase à atuação do Ministério Público, órgão de extração constitucional, e os seus instrumentos normativos, no enfrentamento da matéria, com fim de promover a responsabilidade dos infratores e estabelecer um standard de comportamento antidiscriminatório.

1. RACISMO ESTRUTURAL, RACISMO INSTITUCIONAL E RACISMO RECREATIVO

Antes de tudo, é preciso assentar que a distinção inferiorizante de pessoas, com base na cor e na raça, durante muito tempo, foi juridicamente aceitável, isto é, ato lícito. No Brasil, por mais de trezentos anos, no âmbito da estrutura de produção escravocrata, a pessoa preta foi coisificada, como objeto do direito de propriedade. Ilustrativamente, consta das Ordenações Filipinas (conjunto de normas que vigorou no Brasil entre 1603 e 1830) o seguinte em seu Livro IV, Título XVII:

“[...] Qualquer pessoa, que comprar algum escravo doente de tal enfermidade, que lhe tolha servir-se delle, o poderá engeitar a quem lho vendeu, provando que já era doente em seu poder de tal enfermidade [...]”.

Assim, perseguições às manifestações religiosas de cunho africano, ofensas morais, estupros, torturas e castigos praticadas contra a pessoa preta e escravizada não eram juridicamente concebidas como ato ilícito. Foi um longo caminho até o reconhecimento formal do fim

da escravidão, desprovida de políticas públicas mínimas, muito embora muitos negros e negras já tivessem alcançado a liberdade por outros meios à época da assinatura da Lei Áurea.

Nesse cenário, a postura estatal pouco contribuiu para a luta diária daqueles que foram sequestrados, escravizados e explorados durante a construção do Estado brasileiro. Ademais, teorias, que ganharam adeptos em meios acadêmicos, estruturaram a possibilidade de haver superioridade/inferioridade entre seres humanos. Em outros termos, cientificamente tentou-se justificar o racismo.

Por outro lado, impende destacar que o Estado brasileiro adotou política afirmativa, quando vigente a escravidão negra, quanto à ocupação do solo nacional e o desenvolvimento da agricultura por meio da Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850), com o objetivo de incentivar a vinda de imigrantes europeus:

[...] Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e nellas se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer industria no paiz, serão naturalizados querendo, depois de dous annos de residencia pela fórma por que o foram os da colonia de S. Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do municipio.

Art. 18. O Governo fica autorizado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de colonias nos logares em que estas mais convierem; tomando anticipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem.

Aos colonos assim importados são applicaveis as disposições do artigo antecedente.

Sem prejuízo disso, ao longo do tempo, o Estado brasileiro não fomentou medidas normativas e administrativas que coibissem práticas de condutas discriminatórias nem medidas que incluíssem a população negra no contexto social, cultural, político, religioso e econômico. Em outras palavras, a população preta foi relegada ao ostracismo e à

invisibilidade. Analisando dados estatísticos do início do século XX, Darcy Ribeiro¹ fez a seguinte observação:

As taxas de analfabetismo, de criminalidade e de mortalidade dos negros são, por isso, as mais elevadas, refletindo o fracasso da sociedade brasileira em cumprir, na prática, seu ideal professado de uma democracia racial que integrasse o negro na condição de cidadão indiferenciado dos demais.

O critério raça/cor foi – e podemos até afirmar que assim permanece – preponderante para determinar o alcance dos direitos de personalidade na sociedade brasileira. Sobre o tema, as professoras Sueli Carneiro² e Ana Lúcia da Silva³ asseveram o seguinte, respectivamente:

É de Joaquim Nabuco a compreensão de que a escravidão marcaria por longo tempo a sociedade brasileira porque não seria seguida de medidas sociais que beneficiassem política, econômica e socialmente os recém-libertados. Na base dessa contradição perdura uma questão essencial acerca dos direitos humanos: a prevalência da concepção de que certos humanos são mais ou menos humanos do que outros, o que, conseqüentemente, leva à naturalização da desigualdade de direitos. Se alguns estão consolidados no imaginário social como portadores de humanidade incompleta, torna-se natural que não participem igualmente do gozo pleno dos direitos humanos.

A liberdade do povo negro não foi acompanhada de políticas do Estado para integrar o ex-escravo a sociedade, relegando-o a exclusão social. As teorias raciais e a ideologia de branqueamento permeavam o pensamento da elite brasileira, por isso se incentivou a imigração e não houve a preocupação em integrar a população negra à sociedade. Com o fim da escravidão em 1888, o povo negro permaneceu desempregado, este foi obrigado a viver nas favelas das cidades e/ou permanecer no latifúndio. Homens negros e mulheres negras continuaram a ser tratados/as como escravos/as. Muitas mulheres negras se tornaram empregadas

1 RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 215.

2 CARNEIRO, Sueli. **Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011, p. 15.

3 SILVA, Ana Lúcia da. **Ensino de História da África e cultura afro-brasileira: estudos culturais e sambas-enredo**. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2019, p. 100.

domésticas, em sua maioria elas recebiam um salário simbólico, ganhavam roupas usadas e/ou sobras de alimentos, chegando-se também a se prostituírem como alternativa de sobrevivência [...].

Igualmente, a pesquisadora Dora Lúcia de Lima Bertúlio⁴ aponta, em seus textos, que:

Literatos, acadêmicos, cientistas políticos, todos se articulam estabelecendo consensos e alimentando a corrente ideológica racista interagindo com o poder social, político e econômico. Tudo aumenta e justifica a imigração branca e o alijamento do trabalhador negro. Mais que isso, da própria vida do negro que vai sendo empurrada para a periferia deixando “limpas” as zonas urbanas e nobres das cidades. Impede, por conseguinte, a coexistência do negro com o branco em um mesmo espaço: ‘Se não queremos maior influxo de sangue negro ou amarelo, tal atitude não é proveniente do preconceito racial, mas porque desejamos formar no futuro, uma civilização brasileira branca. De forma que, a “opção pelo branqueamento brasileiro é o desejo que perpassa o pensamento e a obra política das classes dominantes do país” [...].

Nessa tessitura, as relações sociais e interpessoais foram se estruturando e mantendo a perspectiva anterior do *status quo*: a pessoa negra não seria sujeito de direitos em sua completude, por fatores raciais. Segundo os ensinamentos do professor Adilson José Moreira⁵, “uma sociedade que opera como uma ordem racial classifica grupos humanos em grupos raciais, o que será utilizado para atribuir status social privilegiado a certas pessoas e um status social subordinado a outras”.

Assim, não obstante a maioria da população brasileira seja composta de pretos(as) e pardos(as) – 45% de pessoas pardas e 8,6% de pessoas pretas –, conforme dados estatísticos do IBGE⁶, a sua representatividade se encontra restrita a subempregos, marcados pela

4 BERTULIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais**: uma introdução crítica ao racismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 44.

5 MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 555.

6 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios**: síntese de indicadores 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2021, p. 39.

baixa remuneração. Além disso, há distinção de salário entre pretos(as) e brancos(as), em semelhantes atribuições. Outrossim, a maioria da população encarcerada é preta, e o maior número de vítimas de crimes violentos também. A sociedade, assim, estruturou-se e reproduz relações desiguais calcadas no racismo⁷.

Feito tal apanhado, é possível, a partir de então, conceituar as formas de racismo – estrutural, institucional e recreativo – como instâncias de um único fenômeno. Respectivamente, citando-se autores pretos, as definições acadêmicas são estas:

[...] o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre ‘pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição’⁸.

[...]. O termo se refere a um padrão de tratamento desigual nas operações cotidianas tais como em sistemas e agendas educativas, mercados de trabalho, justiça criminal, etc. O racismo institucional opera de tal forma que coloca os sujeitos brancos em clara vantagem em relação a outros grupos racializados⁹.

O racismo recreativo decorre da competição entre grupos raciais por estima social, sendo que ele revela uma estratégia empregada por membros do grupo racial dominante para garantir que o bem público da respeitabilidade permaneça um privilégio exclusivo de pessoas brancas. [...] Classificamos o racismo recreativo como um tipo de discurso de ódio exatamente em função dos motivos acima descritos. Ele é um tipo de política cultural que procura arruinar a reputação social de minorias raciais, o que é a base para elas possam

7 COELHO, André Luiz Querino. Racismo e legislação no Brasil: perspectivas jurídicas. In: KOMINEK, Andrea Maila Voss; VANALI, Ana Crhistina (Orgs.) **Roteiros temáticos da diáspora: caminhos para o enfrentamento ao racismo no Brasil** [recurso eletrônico] / Andrea Maila Voss Kominek; Ana Crhistina Vanali (Orgs.). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 113-131. Disponível em: <https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_fba37fc4183949f386000306c687d779.pdf> Acesso em: 1 mar. 2021, p. 115-118.

8 ALMEIDA, Sílvia Luiz. **Racismo estrutural**. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019, 46-50.

9 KILOMBA, Grada, 1968 – **Memórias da plantação – Episódios de racismo cotidiano**. Tradução Jess Oliveira. 1a. Ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019, p. 77-78.

ser vistas como membros competentes da comunidade política¹⁰.

De tais conceitos, pode-se apontar que o racismo, por suas facetas, não se limita a relações individuais ou interpessoais, mas que condutas discriminatórias têm efeitos transindividuais e afetam coletivamente a população negra e, em última instância, todo o tecido social.

Com base em tais definições, devem ser enfrentadas e encaradas as condutas individuais, apontando, portanto, que elas, quando praticadas, transcendem a esfera individual. Por consequência, tais condutas produzem danos que afetam diretamente a vítima e, de forma reflexa, a coletividade de pessoas pretas e, difusamente, toda a sociedade. Por consectário, daí se extrai a intervenção do Ministério Público.

2. O DESVALOR CONSTITUCIONAL DO RACISMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE RACIAL

A Constituição da República de 1988, que é o centro de referibilidade de todo o sistema normativo, atribui singular desvalor a condutas discriminatórias e, sobretudo, ao racismo, que se enfeixa como uma grave violação de direitos humanos.

De início, em seu preâmbulo, fonte interpretativa do texto constitucional, a Constituição enuncia a busca de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Especificamente, é objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV): “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Em suas relações internacionais, há expresse repúdio ao racismo (art. 4º inciso VIII). Há ainda ordem de criminalização, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, especificamente quanto ao racismo, concebendo a imprescritibilidade, inafiançabilidade e a exigência de reclusão (art. 5º XLII).

¹⁰ MOREIRA, Adilson. **O que é racismo recreativo?** Coleção Feminismos Plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 99-116.

No aspecto histórico e cultural, houve o tombamento dos documentos e dos sítios detenedores de reminiscências dos quilombos (art. 216, §5º), além da concessão de título de propriedade aos quilombolas referentes às suas terras (art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Logo, a Constituição da República de 1988 inaugurou um sistema protetivo e antidiscriminatório, composto por normas e princípios de profunda força impositiva à sociedade, instituições e Estado:

O atual paradigma constitucional espousa uma concepção específica da nossa Constituição Federal: um sistema aberto de princípios e regras. Esse aspecto é muito importante quando consideramos os objetivos desse campo de estudo tendo em vista a natureza cambiante das práticas discriminatórias. Compreender o sistema constitucional dessa forma significa corroborar a ideia de que essa área é regulada por normas que possuem uma abertura capaz de integrar novos sentidos [...] O sistema protetivo consubstanciado nas normas antidiscriminatórias expressa os valores que marcam a ordem objetiva dos direitos fundamentais presentes em um sistema constitucional [...]¹¹.

Se parcela da sociedade, incluindo autoridades políticas, secundando o mito da democracia racial, nega a existência do racismo, o constituinte, ao contrário, o reconhece e o rechaça. Não há margem de interpretação contrária no texto constitucional: o racismo é um ato ilícito e um desvalor intolerável, pois viola o direito fundamental à igualdade racial.

A discriminação racial não é condizente com o modelo de construção social buscado na Constituição de 1988. Na verdade, há um dever expresso de proteção e coibição de condutas antidiscriminatórias: o imperativo de tutela. Logo, diante do reconhecimento da igualdade, surge o dever de assegurá-la por todos os meios disponíveis.

A respeito do assunto, importante ressaltar a definição de imperativo de tutela apresentada por Canaris¹²: “Há, pois, num primeiro

11 MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 93.

12 CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2016, p. 123.

passo, que fundamentar a existência do dever de proteção como tal, e, num segundo, verificar se o direito ordinário satisfaz suficientemente esse dever de proteção, ou se, pelo contrário, apresenta, neste aspecto, insuficiências.”

Portanto conclui-se que, segundo o texto constitucional, o racismo é ato ilícito gravíssimo e que existe um direito constitucional e fundamental à promoção da igualdade racial. Por consequência, há um dever estatal, por meio de programas, políticas públicas, instrumentos legais e outras ações materiais e coletivas, em busca de minorar a desigualdade racial, assim como da sociedade, uma vez que as diretrizes constitucionais também espraiam efeitos às relações privadas (alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais: ARE 1008625 AgR / SP, RE 201819 / RJ e RE 639138 / RS).

Assim, há uma matriz constitucional que justifica a sanção, no âmbito civil, da conduta racista, que, por vezes, vulnerará a dignidade de todo um grupo social.

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE: DIGNIDADE HUMANA

A pessoa está no epicentro do sistema normativo. Após a Constituição da República, pode-se afirmar que a tutela da pessoa não se dá de forma abstrata, conforme previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Constituição tutela a pessoa, enquanto criança e idoso. Ainda, enquanto trabalhador urbano ou rural ou como servidor público. Também, identifica-se a proteção à mulher, ao quilombola, ao encarcerado, à pessoa portadora de deficiência, ao doente, ao consumidor, ao indígena e à pessoa negra. A tutela constitucional da dignidade humana tem rosto e acolhe o contexto em que a pessoa destinatária de proteção está inserida. Isto é, em suas relações sociais, familiares, de afeto, de consumo, comerciais e econômicas, de propriedade e interpessoais.

Assim, avulta de importância pinçar a ideia de dignidade humana, enquanto valor comum fundante do sistema constitucional. A dignidade, inicialmente, concebe um valor intrínseco e intranscendente à pessoa dotada de autonomia, vedando que ela seja instrumento de realização de fins desvinculados de sua natureza. Nesse sentido, expõe o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹³:

[...] podem ser assim enunciadas: a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade. [...] Dignidade passaria a significar a posição mais elevada, merecedora de distinção, respeito e máximo de direitos reconhecida à generalidade das pessoas.

Topicamente, dando densidade à tutela constitucional da pessoa, dotada de dignidade, houve a previsão de direitos da personalidade. Com pretensão à universalidade, os direitos da personalidade protegem um plexo de atributos, interesses, relações e desdobramentos da pessoa, podendo-se ilustrar: nome, honra, integridade psicofísica, moral.

Assim, as práticas discriminatórias, que exemplificam as definições de racismo estrutural, institucional ou recreativo, são ofensivas à dignidade da pessoa, aos direitos da personalidade e ao imperativo de tutela de promoção do direito fundamental à igualdade racial. Outrossim, tais condutas (omissivas ou positivas), juridicamente, são atos ilícitos e ensejam a responsabilidade civil do infrator. No entanto, a forma como é veiculada a ofensa por espriar efeitos para outras pessoas atinge toda uma coletividade.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

4. ATOS DISCRIMINATÓRIOS: O RACISMO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. Noções conceituais

A reparação do dano é instituto pertinente ao Estado de Direito, especialmente à concepção de proteção dos direitos e da imposição de deveres. Em obra clássica, Marco Bernardes de Mello¹⁴ leciona o seguinte:

Todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém, como básico, o princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais, consideradas estas, em sentido lato, o conjunto de direitos e deveres mensuráveis, ou não, economicamente, relacionados a alguém. Em consequência desse princípio, concretizado na fórmula latina *neminem laedere*, a ninguém é dado interferir, legitimamente, na esfera jurídica alheia, sem o consentimento de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico, donde haver um dever jurídico genérico, absoluto, no sentido de que cabe a todos, de não causar danos aos outros. [...] constitui ilícito todo fato, conduta ou evento contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (de praticar ato ilícito).

Assim, a responsabilidade civil se estrutura nos seguintes elementos: conduta ilícita ou abusiva, nexos de causalidade ou imputação e dano. Por seu turno, o Código Civil, na sistemática de cláusulas gerais, contém as seguintes previsões:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ainda, há que se atentar para a função punitiva da responsabilidade civil, assim definida pela doutrina:

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 291-304.

A pena privada é uma sanção punitiva imposta ao particular em razão da sua conduta lesiva quando a simples reparação não for suficiente para remediar o mal realizado. [...] A opção da punição na responsabilidade civil não é necessariamente um traslado das normas aplicáveis nos Estados Unidos e na Inglaterra para a realidade brasileira, posto que o instituto dos *punitive damages* é apenas uma das formas existentes de pressão. Pelo contrário, a aplicação da pena privada no Brasil se mostra viável por princípios e cláusulas gerais próprios trazidos em artigos específicos da Constituição Federal e do Código Civil¹⁵.

Além disso, discute-se, em âmbito acadêmico, novas formas de danos. Há qualificação em danos existenciais, morais coletivos e sociais. Alguns se restringem a dada relação jurídica e outros que de um fato se originam, mas afetam valores difusos ou coletivos.

O dano existencial compreende uma alteração prejudicial, juridicamente relevante e involuntária, total ou parcial, permanente ou temporária, em uma ou em mais atividades componentes da rotina da vítima, que contribua à sua realização pessoal. Esse prejuízo deve ser relevante qualitativa e verticalmente (ou seja, a atividade deve ser relevante para a pessoa); quantitativamente e horizontalmente (é exigível a sua habitualidade)¹⁶.

Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população¹⁷.

[...] o dano moral coletivo pressupõe que possa ocorrer agressão a bens e valores comuns a toda uma coletividade

15 PIRES, Fernanda Ivo. *Honeste Vivere*: princípio inspirador da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, p. 38.

16 SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito Italiano e no Direito Brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MALA, Maurílio Casa (Orgs.) **Novos danos na pós-modernidade**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 160-161.

17 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

de pessoas, extrapolando-se, assim, a individualidade de cada um¹⁸.

Nesse contexto se insere a prática da conduta preconceituosa de cunho racial. Trata-se de um ato ilícito, que afeta a esfera jurídica da vítima e gera um dever de indenizar. A depender do contexto, configurará um dano existencial e, observada a forma de veiculação da ofensa, um dano social ou moral de natureza coletiva, cuja responsabilidade de persecução é, também, do Ministério Público.

Sem prejuízo disso, como forma de enfrentamento do racismo, exige-se do operador do Direito postura antidiscriminatória e democrática, tendo a capacidade de compreender o fenômeno, não reduzindo-o a formalidades, que reproduzem as formas estruturais, institucionais e recreativas do racismo.

Nesse ponto, é relevante o ensinamento do professor Adilson José Moreira¹⁹:

A proteção jurídica de grupos minoritários encontra fundamento na premissa do atual paradigma constitucional que engloba uma forma de regime político que é a democracia participativa. A democracia significa um regime político exercido em nome e a favor do povo, mas um povo no qual as pessoas vivem de acordo com a regra da igualdade de tratamento entre todas as pessoas. Isso significa que normas de Direito Antidiscriminatório têm um papel importante porque pretendem eliminar práticas que impedem a plena participação das pessoas nos processos decisórios. O ideal de uma democracia participativa só pode se realizar se membros de todos os seguimentos sociais são reconhecidos como atores competentes. Assim, normas antidiscriminatórias estabelecem parâmetros para as relações entre as instituições e os indivíduos e entre eles em uma sociedade democrática.

18 SCHWARTZ, Fábio. Dano moral coletivo e a Hidra de Lerna. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casa (Orgs.) **Novos danos na pós-modernidade**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 356.

19 MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 83.

Assentadas tais premissas, na sequência, serão abordados e analisados exemplos de condutas, com viés de discriminação racial, que suplantaram a individualidade da conduta.

4.2. Relações privadas

No ano de 2016, durante a transmissão de um programa televisivo, a *socialite* Val Marchiori, ao comentar a participação da cantora, compositora e multi-instrumentista negra Ludmilla Oliveira da Silva, no carnaval do Rio de Janeiro, afirmou enfaticamente: “Esse cabelo dela tá parecendo um bombril, gente” (G1 RIO, 2020).²⁰

Posteriormente, o grave episódio foi reproduzido inúmeras vezes em outros canais, e a artista ofendida ajuizou ação indenizatória. Em 29 de junho de 2020, a ação foi julgada procedente. Em razão da ofensa, determinou-se o pagamento de indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à ofendida. No entanto, o egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro modificou a decisão e entendeu que não houve ato ilícito.

Destaca-se que a decisão colegiada reflete a institucionalização do racismo. A ênfase à liberdade de expressão escamoteia que, no contexto, houve racismo recreativo. O ataque aos traços estéticos das mulheres negras é muito comum na sociedade brasileira, o qual tem sido muito combatido na doutrina antidiscriminatória e mais recentemente de forma enérgica nas redes sociais. A estética da mulher negra sofre bastante com o racismo recreativo, que foi infelizmente naturalizado e impacta inclusive a sua inserção no mercado de trabalho até os dias atuais. Como ensina o professor Adilson José Moreira:

A discriminação estética impacta minorias raciais de maneira desproporcional porque os ideais ocidentais de beleza estão integralmente baseados nos traços fenotípicos de pessoas brancas. Tal fato opera como um fato criador de desvantagens para membros de outras raças, pessoas cujas chances de conseguir emprego

²⁰ G1 RIO. **Justiça do RJ determina que Val Marchiori pague indenização por danos morais a Ludmilla por comentário racista.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/01/justica-do-rj-determina-que-val-marchioripague-indenizacao-por-danos-morais-a-ludmilla-por-comentarioconsiderado-racista.ghtml>>. Acesso em: 22 fev. 2021. 20

dependem da proximidade com os traços fenotípicos de pessoas brancas, exigência que leva muitas delas a se aproximar ao máximo desse ideal²¹.

Nos mais diversos veículos de informação, a ampla divulgação de uma conduta discriminatória contra uma mulher negra em razão de seu cabelo faz com que muitas outras mulheres, naquela situação, retraiam-se e deixem de exercer, com autonomia e liberdade, a sua personalidade: “Ser mulher e mulher no Brasil, repetimos, é ser objeto de tripla discriminação, uma vez que os estereótipos gerados pelo racismo e pelo sexismo a colocam no nível mais alto da opressão”²².

Dessa forma, o dano à personalidade humana decorrente do ato racista é potencializado em tempos de comunicação rápida e atinge indiretamente um grande número de pessoas, ainda mais quando ocorre em canais televisivos, gravados, reproduzidos e assistidos em todos os lugares do país:

A televisão como expressão de um campo representacional levanta a questão da luta pela significação dos sentidos das representações sobre grupos raciais tendo em vista a sua relevância para influenciar a percepção dos indivíduos nos mais variados aspectos. [...] As representações da negritude na televisão brasileira são em grande parte as mesmas que sempre estiveram presentes nas formas de expressão do humor racista na história da imprensa brasileira²³.

No caso em exame, a ofensa foi direcionada contra pessoa pública, que influencia, com seu trabalho e forma de viver, diversas outras pessoas, especialmente outras meninas, adolescentes e mulheres pretas. Por outro lado, foi praticada por uma mulher branca. A situação que foi posta ao escrutínio do Poder Judiciário reflete uma estrutura de poder que se assenta no binômio: Casa Grande x Senzala. A decisão colegiada alija a ofendida de seu espectro de dignidade, mantendo-a na posição que sua ancestralidade sempre teve: objeto de direito.

21 MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 445.

22 GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Organização Flávia Rios e Márcia Lima, 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 58.

23 MOREIRA, Adilson. **O que é racismo recreativo?** Coleção Feminismos Plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 67-68.

Em arremate, destaca-se que a ofensa racial vinculada à aparência, especialmente ao cabelo (bombril, ruim, duro, pixaim), em razão das características fenotípicas da mulher preta, tem o condão de macular a honra, a dignidade, a respeitabilidade e a forma de vida de outras tantas mulheres. Com efeito, em projeção, situações de tal jaez, amplamente difundidas, têm o efeito de fazer com que outras tantas pessoas, que, fisicamente, assemelhem-se à vítima, mudem seus padrões estéticos ou de beleza.

De forma perversa, de outro viés, cria-se um sentimento de impotência, que, paulatinamente, inibe que outras pessoas busquem reparações em situações análogas. Em outros termos, a decisão reproduz a afirmativa inicial do texto de que racismo é ato lícito.

4.3. Relações trabalhistas

Num outro caso de ampla repercussão nacional, ao contrário do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a Justiça do Trabalho condenou Sérgio Hacker Corte Real e Sari Mariana Costa Gaspar Corte Real ao pagamento de danos morais coletivos. A situação é concernente à morte de uma criança negra, que caiu do 9º andar do edifício em que eles moram. O infante era filho da empregada doméstica do casal e, segundo apurações, em curso, a genitora teria sido nomeada pelo primeiro para ocupar um cargo comissionado, mas nunca teria recebido a respectiva remuneração.

A ação foi proposta pelo Ministério Público do Trabalho. A condenação imposta foi de R\$ 386.730,40 (trezentos e oitenta e seis mil, setecentos e trinta reais e quarenta centavos). A sentença tem nítida postura antidiscriminatória. Inicialmente, reconhece-se a prática de ato ilícito. Na sequência, traça-se um paralelo entre escravidão e prestação de serviços domésticos, sendo maior a vulnerabilidade no contexto da pandemia.

O recorte racial se assenta na continuidade de pessoas pretas, sobretudo, mulheres em ocupar subempregos. Além disso, em serem instrumentos de ganho de seus empregadores (relação funcional ilícita com a Administração Pública), como as escravas de ganho. Soma-se a

isso a reiteração de violação de normas de proteção ao trabalho, que, indiretamente, culminou na morte do infante, apta sendo a decisão à configuração de dano moral coletivo, pois “os reflexos do ato atingiram toda a sociedade [...] Atentou-se contra o meio ambiente do trabalho, direito de todos, direito difuso, bem comum do povo, isto é, direito indivisível, e essencial à qualidade de vida”.

Novamente, está-se diante dos elementos da responsabilidade civil: conduta omissiva na tutela de direitos trabalhistas, viés racial, nexos causal e dano individual e, no contexto, moral coletivo.

Outra forma de discriminação recorrente no ambiente de trabalho é a exigência para a população negra de aproximação à estética eurocêntrica e branca, em contrariedade ao disposto no art. 1º da Convenção nº 111 da OIT e no sistema protetivo e não discriminatório constitucional (art. 1º, III e IV, art. 5º, XLII, e art. 7º, XXX e XXXI) e legal (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 12.288/2010) em matéria de proteção ao trabalho.

No ambiente do trabalho, a ilicitude do ato racista de impor o corte ou alisamento de cabelos crespos, por exemplo, atinge os demais trabalhadores e trabalhadoras, haja vista o impacto nos valores organizacionais de igualdade e respeitabilidade do grupo racializado e em desvantagem social. Além disso, são refletidos na composição organizacional de modo prejudicial e permanente. Também não se promove a diversidade fundamento do princípio democrático e que se aplica, igualmente, às relações privadas:

As formas de discriminação nas relações de emprego na nossa sociedade assumem as mesmas formas daquelas presentes em outras: o tratamento desvantajoso dos membros dos grupos minoritários. Minorias raciais são especialmente vulneráveis a esse tipo de problema; são discriminadas no processo de seleção e de promoção, além de poderem sofrer agressões destinadas a impedir a permanência delas nos empregos [...] Estudos recentes no campo da discriminação organizacional examinam um aspecto muito importante das relações raciais no mercado de trabalho: as emoções raciais. Essa expressão designa as emoções experimentadas no espaço do trabalho quando as pessoas interagem com outras

raças diferentes. Emoções raciais pode assumir formas negativas, o que depende da posição que a pessoa ocupa dentro da dinâmica das interações raciais²⁴.

É compatível com o sistema jurídico-constitucional e antidiscriminatório a instituição de programas de governança corporativa ética (*compliance*), no âmbito das pessoas jurídicas que exercem atividades econômicas, pois “a construção de uma cultura institucional baseada na ideia de tratamento igualitário, princípio que regula a ação de instituições privadas, precisa considerar as complexas manifestações [...] dentro do espaço corporativo”²⁵.

Assim, a responsabilização por dano moral coletivo, tanto da pessoa física, chefia imediata e outros colaboradores, como da pessoa jurídica, empregadora, é muito evidente, com base no sistema jurídico constitucional, legal e antidiscriminatório, uma vez que “o acesso ao emprego e ao trabalho é condição primordial para a reprodução da vida, e sua exclusão é também a primeira forma de negação desse direito básico da cidadania”²⁶.

4.4. Relações consumeristas

O sistema protetivo das relações consumeristas está disciplinado em sede constitucional nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República de 1988, quando impõe ao Estado a promoção à defesa do consumidor. Assim, em atendimento ao mandamento constitucional, o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de proteção, de ordem pública e interesse social.

Nesse sentido, o microssistema jurídico dialoga com outras fontes de proteção aos grupos sociais²⁷, notadamente as regras antidiscriminatórias, previstas inclusive expressamente no próprio texto codificado. Por consequência, as pessoas físicas e jurídicas,

24 MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 451-452.

25 MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 707.

26 CARNEIRO, Sueli. **Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011, p. 110.

27 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

que assumem o risco da atividade econômica, devem atuar contra práticas racistas e discriminatórias, por meio da percepção da sua responsabilidade social.

Entretanto não é isso que ocorre naturalmente, como no caso da abordagem ao homem negro João Alberto Silveira Freitas, em 19 de novembro de 2020, no município de Porto Alegre/RS, logo após um suposto desentendimento com funcionários e funcionárias, quando efetuava compras no supermercado *Carrefour*²⁸.

O evento causou grande comoção em solo brasileiro, diante da divulgação das cenas gravadas em programas jornalísticos e redes sociais, além da proximidade ao Dia da Consciência Negra. Não há dúvidas acerca do dano moral coletivo, nos termos, exemplificadamente, do artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

No dia 20 de novembro de 2020, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal emitiu a Nota Pública PFDC–GT1–GT13–002/2020, que diz respeito à responsabilidade das empresas no combate ao racismo institucional/estrutural:

[...] coibir práticas e abordagens violentas, abusivas, desproporcionais, agressivas e letais – especialmente contra pessoas negras, alvos preferenciais das forças de segurança, sejam públicas ou privadas – é um dever do Estado e das empresas.

Práticas discriminatórias e de violência direcionada a grupos socialmente vulneráveis, ainda que levadas a efeito por prestadores de serviços, funcionários terceirizados ou prepostos das empresas e instituições tomadoras de seus serviços, constituem ações e atuações de responsabilidade destas, devendo acarretar imputação conjunta da devida responsabilização por tais atos, inclusive pela omissão na adoção de práticas orientativas, pedagógicas e de gestão direcionadas à atuação destes agentes de segurança.

28 JORNAL NACIONAL. **Homem negro é espancado e morto em supermercado Carrefour em Porto Alegre**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/11/20/homem-negro-e-espancado-e-morto-em-supermercado-carrefour-em-portoalegre.ghtml>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

A publicidade destinada ao público consumidor também é regida por normas antidiscriminatórias, como dispõem os artigos 6º, IV, e 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] §2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

O descumprimento de tais vetores normativos enseja a responsabilização por dano moral coletivo. É o caso do anúncio publicitário da esponja de aço *Krespinha*, lançada pela fabricante de produtos de limpeza Bombril. Logo depois, o item foi retirado do catálogo de produtos à venda, em razão da grande repulsa causada ao público, amplamente manifestada em redes sociais, e da sustação/advertência oriunda do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – Conar (Representação nº 119/20):

O Conar recebeu 1873 e-mails de consumidores, aos quais se juntaram ofícios do Movimento Nacional de Direitos Humanos e da deputada federal Áurea Carolina de Freitas e Silva, em nome da bancada do PSOL, contra uso do termo “Krespinha” como nome de esponja de inox e claim “Krespinha – Ideal para limpeza pesada”. Os consumidores e as entidades consideram o uso do termo preconceituoso, estimulando a discriminação racial, por associar o produto aos cabelos crespos. Tal significado é corroborado por campanha publicitária exibida no passado – que não é objeto do exame nesta representação. Quanto ao *claim*, os consumidores consideraram que reforça estereótipos preconceituosos e discriminatórios ao vincular característica de pessoas afrodescendentes ao trabalho de limpeza pesada. [...] escreveu a relatora. “Diante disso, assim como a anunciante alega que atua com rigoroso controle interno

de todos os seus produtos, cabe a ela também atuar com rigoroso controle em relação ao seu portfólio de marcas”. Ela considerou que o anúncio não é respeitador, não se conforma à legislação e não foi preparado com o devido senso de responsabilidade social. “Muito pelo contrário”, segundo a relatora, “não adianta o anunciante trazer aos autos o significado da palavra crespo no dicionário; é necessário que a análise seja mais profunda, isso porque é de conhecimento de toda a sociedade que crespo também é o nome dado, e em muitas situações de forma pejorativa, a um determinado tipo de cabelo, comum em pessoas negras e, ao fazer isso, o anúncio acentuou sua falta de respeito e responsabilidade para com as pessoas que possuem esse tipo de cabelo. Além disso, fica claro que não está em consonância com os objetivos da educação e da cultura nacionais – ou a anunciante não sabe que infelizmente vivemos em uma sociedade em que o racismo é estrutural e que por muitos anos os cabelos crespos foram objeto desse racismo?”

Na mesma linha argumentativa, a igualdade é prevista expressamente como direito básico do consumidor, consoante os termos do artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, o artigo 39 do mesmo diploma normativo estabelece que a recusa indevida à venda de bens ou a prestação de serviços, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais, constitui prática abusiva.

Dessa forma, caso o descumprimento de tal postulado alcance repercussão pelo modo e circunstâncias do caso concreto perante a sociedade, a responsabilização por dano moral coletivo é medida que se impõe.

4.5. Atos ou omissões do poder público

A violência urbana atinge, de maneira muito impactante, a população negra, muito embora o fenômeno seja incapaz de causar comoção coletiva, ainda que crianças negras sejam atingidas.

É muito comum, por exemplo, a morte e o desaparecimento de crianças, que não ensejam a ocupação de espaços em edições jornalísticas. A desumanização de crianças negras é muito complexa

e vem de longa data, razão pela qual é preciso avançar em busca de paradigmas protetivos que possam assentar a responsabilidade estatal por dano moral coletivo: “[...] o padrão mental convencional não aceita que o Estado possa responder por danos sofridos pelos cidadãos relacionados à violência urbana. [...] uma omissão que no passado talvez não responsabilizasse (civilmente) o Estado, hoje pode responsabilizar”²⁹.

É preciso rememorar como a sociedade brasileira percebe a infância de parcela da população. Em nossa história, muitas crianças negras, principalmente do gênero feminino, deixaram os lares para se tornarem empregadas domésticas infantis. Do mesmo modo, nos cenários urbanos, a cada esquina, nos deparamos com crianças vendendo objetos para assegurar a própria subsistência. A precoce exploração da sua força de trabalho, infelizmente, ainda é reproduzida em muitos lugares do Brasil.

Nessa tessitura, a morte de crianças negras é resultado de sintomas que a sociedade e o Estado brasileiro há muito tempo invisibiliza. Essa postura discriminatória deve ser sopesada no momento da responsabilização civil por ato comissivo e omissivo do poder público.

[...] A falta dos cumprimentos dos deveres estatais deverá ser conectada com uma investigação, no caso concreto, acerca da proporcionalidade, investigação iluminada pela teoria do risco (inclusive indagando em que medida os riscos são atribuíveis ao Estado). Convém lembrar que a virada conceitual experimentada pela responsabilidade civil está ligada, em boa medida, à consolidação da teoria do risco como novo fator de imputação no direito dos danos. A vulnerabilidade da vítima também poderá contribuir para a discussão e orientar a pertinência das respostas³⁰.

Assim, o agravamento da violência urbana, cuja resposta estatal muitas vezes se restringe a operações policiais que aumentam a letalidade local em confrontos de agentes públicos e pessoas envolvidas

29 NETTO, Felipe Braga. Violência urbana e responsabilidade civil: algumas perguntas e um vasto silêncio. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, p. 567.

30 Ibid., p. 580-581.

com organizações criminosas, pode atrair a responsabilidade estatal por atos ou omissões das autoridades responsáveis pelas políticas de segurança pública, tal como a morte de crianças negras, inclusive por dano moral coletivo.

Outra análise a respeito de responsabilidade estatal e dano moral coletivo refere-se à demora demasiada e injustificada para a demarcação de terras de comunidades quilombolas, muito embora seja importante modo de enfrentamento da desigualdade:

O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239 / DF).

Em 28 de fevereiro de 2018, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença de primeira instância e fixou o valor de um milhão de reais a título de dano moral coletivo em favor da Comunidade Quilombola Lagoa dos Índios, localizada no Estado do Amapá.

O pedido foi formalizado no ano de 2004, e, décadas depois, ainda não tinham sido concluídos todos os atos administrativos pertinentes, razão pela qual a inércia indevida foi reconhecida pelo Poder Judiciário.

No caso, a omissão do poder público que inviabiliza, por tempo prolongado, a observância dos instrumentos constitucionais para o combate ao racismo estrutural, como a regularização fundiária de comunidades quilombolas, caracteriza dano moral coletivo, “diante da agressão injustificada aos seus interesses e valores abstratos dali decorrentes”.

5. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a Constituição da República de 1988, o Ministério Público, por seus diversos ramos, passou por profunda modificação. A dignidade institucional do Ministério Público pressupõe a defesa da sociedade, do regime jurídico, do sistema democrático e, sobretudo, o cumprimento das promessas de cidadania trazidas pela Constituição da República.

Ecoando tais ideias, são percucientes as análises que o Ministro Paulo José Sepúlveda Pertence fez durante o julgamento do Mandado de Segurança nº 21239 pelo Supremo Tribunal Federal:

O que se tem, pois, efetivamente, no ordenamento fundamental em vigor, é um tratamento constitucional do Ministério Público de riqueza inédita, em termos de abrangência e densidade normativa, no Brasil e alhures, seja sob o prisma da organização e da autonomia e independência da instituição em relação aos Poderes do Estado, seja sob o estatuto básico das garantias e das atribuições de seus órgãos de atuação. [...] O que se tem na Constituição é um esboço do Ministério Público. Esboço, repita-se, de extensão e densidade normativa e pretensões sistemáticas inéditas. Mas, é um esquema: não um código, um contexto de regulação completa da instituição.

Da exposição, é notório que o modelo adotado concebeu o Ministério Público como agente político e responsável pela garantia do mínimo à vida com dignidade. A doutrina traz o seguinte apontamento³¹:

Como se vê dentro do Estado brasileiro, o Ministério Público passou a ter uma posição de protagonismo e de independência, qualificando-se como a instituição pública mais aparelhada para a garantia dos interesses sociais e metaindividuais em casos de ameaça ou violação, inclusive por entes estatais, mas isso não é um acaso. Verifica-se que, no vácuo de uma organização social estruturada ao fim da ditadura e estando ‘infiltrado’ no sistema estatal, especial no Judiciário, o Ministério Público, com base na intensa atuação como custos legis, velando pela garantia de direitos e

31 ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. **Participação Popular e Ministério Público no Brasil**: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica dos direitos humanos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 126-127.

interesses da sociedade, ainda que não coletivizada – proteção de incapazes, estado das pessoas, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, fundações e todas as demais causas ligadas ao interesse público –, foi ocupando espaço maior [...]

Assentadas tais premissas, a promoção à igualdade racial, o enfrentamento do racismo e da discriminação racial são interesses difusos indisponíveis. Logo, por determinação constitucional, ao Ministério Público cabe a curadoria de tais valores. Assim, no sistema normativo, já na Constituição da República há a fonte de legitimidade de intervenção do Ministério Público diante de tais ilícitos.

Com efeito, não se limita a defesa daquele direito constitucional à esfera criminal, por meio da persecução penal. Em paralelo, ao Ministério Público se atribui o dever de garantir, igualmente, a eficácia das normas constantes na Convenção Interamericana Contra Racismo.

Além disso, a intervenção do Ministério Público, especialmente no âmbito da responsabilidade civil, encontra sustentáculo no art. 178 do Código de Processo Civil. O combate ao racismo, a promoção da igualdade racial são, além de direitos fundamentais e deveres institucionais, interesses sociais e públicos. No processo civil, em feitos que envolvam a discussão quanto à prática ou não de conduta discriminatória fundada na cor/raça, sob pena de nulidade, o Ministério Público deve officiar como *custos iuris*. A medida, assim, possibilita que se extraiam informações de eventual persecução penal e, além da busca da indenização, em âmbito coletivo.

Em casos que envolvam atos ilícitos, na forma do art. 186 do Código Civil, numa relação privada e entre particulares, o Ministério Público deve ser chamado a intervir no feito e partir das especificidades do caso concreto para verificar se aquela ofensa supera danos sentidos pela vítima, afetando toda a estrutura de valores previstos na Constituição.

A atuação ministerial, que se assenta no art. 127 da Constituição de 1988, pode se dar por meio de recomendação administrativa, ajustamento de conduta ou ação civil pública. O foco deve ser a busca de reparação e prevenção quanto a ilícitos civis de cunho racista.

Sobreleva, ainda, a importância de que se compreenda, no exercício da atividade ministerial, de que a atuação enfrenta as formas de racismo: estrutural, institucional e recreativo, estendendo o ideal democrático e de acessibilidade de bens e direitos a toda coletividade.

Para além da Lei de Ação Civil Pública, há autorização expressa em muitos dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor, tais como:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público, Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Além do caso já mencionado da rede de supermercados, já ocorreu situação de crianças negras, acompanhadas de pais brancos, serem expulsas de uma concessionária de carros importados. No exemplo, ainda que não se busque a reparação individual, o ato ilícito denota a existência de uma acentuada reprodução de práticas racistas na sociedade empresária que pode ofender a outras pessoas, devendo haver a responsabilização civil.

Observa-se ainda que, no âmbito de relações privadas (cível ou consumerista), no curso do inquérito civil público, eventualmente, além de uma reparação civil, aconselhável que se exija, num termo de ajustamento de conduta, a adoção de medidas preventivas e de *compliance* a fim de estabelecerem standards de comportamento antidiscriminatórios, além de fixar, nos casos de relações comerciais, que o infrator exija de seus *stakeholders* a adoção das mesmas práticas.

Outrossim, além do acompanhamento das ações de responsabilidade do poder público, por atos racistas, aqui, avulta de importância o papel preventivo do Ministério Público. A condenação do Estado é suportada por toda a coletividade. Assim ocorreu no caso Simone André Diniz³², que representa uma nódoa da República Federativa do Brasil em institucionalizar o racismo.

32 PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 540-542.

Assim, os ônus devem ser minorados. E, nesse espectro, a adoção de medidas extrajudiciais, especialmente, como a recomendação administrativa têm especial revelo. No caso da violência urbana, a massificação do controle externo da atividade policial tem potencial de impactar a realidade posta e, logo, a responsabilização do poder público.

Também, as relações internas da Administração Pública e entre a Administração Pública e particulares, por meio de treinamento, difusão de informações e adoção de práticas antidiscriminatórias, que podem ser veiculadas por compromissos de ajustamento de conduta ou recomendação administração, são possibilidades efetivas de intervenção do Ministério Público.

Ilustrativamente, o Ministério Público do Trabalho tem protagonizado iniciativas muito importantes na promoção da igualdade racial e responsabilização civil no ambiente de trabalho. A atuação tem o condão de contribuir para a construção de imagens positivas da população negra e evitar atos ilícitos de forma preventiva e pedagógica.

Em 2018, a Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades expediu notificações recomendatórias às emissoras de televisão sobre a necessidade de aumento quantitativo e qualitativo da representação da população negra, na forma do Estatuto da Igualdade Racial. No mencionado caso, a atuação questionava a necessária correspondência à proporcionalidade racial da Bahia, conforme a realidade local que a teledramaturgia pretendia apresentar em sua novela.

Em outra perspectiva de intervenção, há o combate ao trabalho escravo, também por meio da responsabilização por dano moral coletivo, grave violação de direitos humanos nunca erradicada pelo Estado brasileiro, que já foi inclusive condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, cujas vítimas são em geral imigrantes, pobres e negros.

A situação vivenciada pelas vítimas do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil é mais uma manifestação prática da crítica doutrinária conhecida

como ‘efeito encantatório dos direitos humanos’, tendo em vista que, embora os direitos das vítimas estivessem todos previstos em tratados internacionais de direitos humanos e na legislação interna, eles não foram observados durante anos, talvez em razão da classe social das vítimas, o que acabou ocasionando múltiplas violações de direitos humanos³³.

A atuação do Ministério Público Federal em benefício da demarcação de terras quilombolas, ao lado da responsabilização por dano moral coletivo, diante da inércia estatal, também merece destaque, conforme mencionado.

Portanto o Ministério Público, dentro de suas nobres funções, tem papel preponderante na modificação do *status quo* e, especialmente, no enfrentamento do racismo e na promoção do direito fundamental à igualdade racial.

CONCLUSÃO

Historicamente, a população negra, que é majoritária no Brasil, foi alijada formalmente do acesso a bens, interesses e direitos. Atualmente, ainda que formalmente se indique a existência do princípio da igualdade, a realidade socioeconômica comprova que a população negra continua sendo marginalizada e relegada ao ostracismo.

Em tal contexto, em sinalização de rompimento, a Constituição da República concebeu o racismo com ilícito de singular gravidade e, de forma reflexiva, cunhou um direito fundamental difuso à promoção da igualdade racial, que se estende às relações privadas e torna a discriminação racial uma categoria de ato ilícito civil.

A prática de atos ilícitos de cunho racial pode configurar danos sociais, morais coletivos e existenciais, que transcendem o interesse da vítima, pois atingem a dignidade da sociedade. Entretanto os dados concretos e a experiência demonstram que os entendimentos majoritários da jurisprudência brasileira ainda se fixam em premissas que não reconhecem a prática de discriminação racial como grave

33 PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 397.

violação de direitos humanos e logo negam a possibilidade de responsabilização, diante do dano causado.

Assim, apoiado uma nova hermenêutica, concebendo o racismo em todas as suas facetas – estrutural, institucional e recreativo – e os mandamentos constitucionais, é possível modificar a realidade. Exige-se especial proteção à dignidade e aos direitos da personalidade, por meio de uma leitura antidiscriminatória do aplicador do direito.

Diante de tais fatos, sejam em âmbito privado, trabalhista, consumerista ou decorrente da conduta do poder público, o Ministério Público, órgão de extração constitucional, tem o dever de adotar mecanismos preventivos e repressivos para a reparação do dano moral coletivo ou social. A atenção do Ministério Público, assim, contribuirá decisivamente para a promoção da igualdade racial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz. **Racismo estrutural**. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BERTULIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850** (Dispõe sobre as terras devolutas do Império). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm#:~:text=Os%20estrangeiros%20que%20comprarem%20terras,da%20Guarda%20Nacional%20dentro%20do>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985** (Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** (Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Institui o Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010** (Institui o Estatuto da Igualdade Racial). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo 1008625 / SP**. Relator Ministro Luiz Fux. Publicado em 17/03/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366239/false>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário 201819 / RJ**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. Publicado em 27/10/2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 3239 / DF**. Relator Ministro Cezar Peluso. Relatora para acórdão Ministra Rosa Weber. Publicado em 01/02/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397204/false>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **MS 21239 / DF**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado em 23/04/1993. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur154238/false>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 639138 / RS**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Relator para acórdão Ministro Edson Fachin. Publicado em 16/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433756/false>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2016.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

COELHO, André Luiz Querino. Racismo e legislação no Brasil: perspectivas jurídicas. In: KOMINEK, Andrea Maila Voss; VANALI, Ana Crhistina (Orgs.) **Roteiros temáticos da diáspora: caminhos para o enfrentamento ao racismo no Brasil** [recurso eletrônico] / Andrea Maila Voss Kominek; Ana Crhistina Vanali (Orgs.). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 113-131. Disponível em: <https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_fba37fc4183949f386000306c687d779.pdf> Acesso em: 1 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (Sétima Câmara). Autor: Grupo de consumidores. Anunciante: Bombril. **Representação nº 119/2020**. p. 65-66. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/pdf/conar221.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2021.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Organização Flávia Rios e Márcia Lima, 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

G1 RIO. **Justiça do RJ determina que Val Marchiori pague indenização por danos morais a Ludmilla por comentário racista**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/01/justica-do-rj-determina-que-val-marchiori-pague-indenizacao-por-danos-morais-a-ludmilla-por-comentario-considerado-racista.ghtml>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios: síntese de indicadores 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

JORNAL NACIONAL. **Homem negro é espancado e morto em supermercado Carrefour em Porto Alegre**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/11/20/homem-negro-e-espancado-e-morto-em-supermercado-carrefour-em-porto-alegre.ghtml>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

KILOMBA, Grada. **1968 – Memórias da plantação – Episódios de racismo cotidiano**. Tradução Jess Oliveira. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Marcos Bernandes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Nota Pública PFDC–GT1–GT13–002/2020**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/documentos-diversos/Notapublicapfdc.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

MOREIRA, Adilson. **O que é racismo recreativo?** Coleção Feminismos Plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito Antidiscriminatório.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NETTO, Felipe Braga. Violência urbana e responsabilidade civil: algumas perguntas e um vasto silêncio. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil: novas tendências.** 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, p. 567-581.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Convenção nº 111 – Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** Junho, 1960. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIRES, Fernanda Ivo. *Honeste Vivere*: princípio inspirador da responsabilidade civil. In:

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. **Participação Popular e Ministério Público no Brasil: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica dos direitos humanos.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil: novas tendências.** 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, p. 35-44.

SCHWARTZ, Fábio. Dano moral coletivo e a Hidra de Lerna. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casa (Orgs.) **Novos danos na pós-modernidade.** 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 351-366.

SILVA, Ana Lúcia da. **Ensino de História da África e cultura afro-brasileira**: estudos culturais e sambas-enredo. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2019.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito Italiano e no Direito Brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casa (Orgs.) **Novos danos na pós-modernidade**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 149-176.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Regional da Ilha do Governador. Cartório da 3ª Vara Cível. Autor: Ludmilla Oliveira da Silva. Réus: Valdirene Aparecida Marchiori e outros. **Processo: 0002021-46.2016.8.19.0207**. Julgamento em 29/06/2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (Quinta Turma). Apelante: Ministério Público Federal. Apelados: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e Fundação Cultural Palmares. **Processo: 0000024-50.2015.4.01.3100**. Julgamento em 28/02/2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. 21ª Vara do Trabalho do Recife. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Sari Mariana Costa Gaspar e Sérgio Hacker Corte Real. **Processo: 0000597-15.2020.5.06.0021**. Julgamento em 15/03/2021.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO