



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

ANO 11 - VOL. 22

JULHO - DEZEMBRO 2022



**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

## REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

### Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 22

2022

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua Riachuelo, 115, sala 532 – 5o andar – Bela

Vista 01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3119-9440

esmp\_revista@mpsp.mp.br



---

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

Diretor

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Assessores

José Roberto Fumach Junior  
Mirella de Carvalho Bauzys Monteiro  
Mylene Comploier  
Zenon Lotufo Tertius

Coordenação Editorial

José Roberto Fumach Junior

Editores

Editora Responsável — Mylene Comploier  
Editora Adjunta — Ticiane Lorena Natale

Revisão Ortográfica

Renato de Souza Marques Craveiro  
Ticiane Lorena Natale

Diagramação

Ticiane Lorena Natale

Arte da Capa

Cintya Eimy Kato





## EXPEDIENTE

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

### Editora Responsável

**Mylene Comploier**, Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Assessora da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Editora Adjunta

**Ticiane Lorena Natale**, Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Servidora Pública do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Coordenador Editorial

**José Roberto Fumach Junior**, Mestre pela Université Panthéon-Assas, Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Assessor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Conselho Editorial

**Alexandre Rocha Almeida de Moraes**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Faculdade Damásio de Jesus (SP) e das Faculdades Toledo de Ensino (Presidente Prudente-SP); **Antonio André David Medeiros**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS); **Antonio Carlos Da Ponte**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA); **Antonio Sérgio Cordeiro Piedade**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT); **Bernadette Aubert**, Doutora pela Université de Poitiers (França), Professora da Université de Poitiers (França); **Michel Danti-Juan**, Doutor pela Université de Poitiers (França), Professor da

Université de Poitiers (França); **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**, Doutor pela Universidade de Lisboa (Portugal), Professor da Universidade de Lisboa (Portugal); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR); **Fernando de Brito Alves**, Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e das Faculdades Integradas de Durinhos (FIO-SP); **Emerson Garcia**, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília (UNI-SANTA), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; **Gilberto Giacóia**, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR) e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR); **Gregório Assagra de Almeida**, Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; **Hermes Zaneti Junior**, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino, Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); **Jean Pradel**, Doutor pela Université de Montpellier (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Maria Teresa Giménez Candela**, Doutora pela Universidade de Navarra (Espanha), Professora da Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha); **Pedro Henrique Demercian**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); **Samuel Rodriguez Ferrandéz**, Doutor pela Universidad Miguel Hernández de Elche e Professor da Universidad de Murcia (Espanha).

## **Pareceristas**

**Adrielle Betina Inácio Oliveira**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestra pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Alberto Camiña Moreira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Aline Antunes Gomes**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ - RS), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí - SC); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Américo Bedê Freire Júnior**, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Doutor pela Faculdade de Direito de Vitória; **Ana Maria de Carvalho**, Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO), Mestra pela Universidade

Federal de Goiás (UFG); **Ana Paula Marques Andrade**, Universidade do Estado de Mato Grosso (UNE- MAT), Mestre pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); **Anderson de Paiva Gabriel**, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); **André Luiz Pereira Spinieli**, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Cândido Mendes (RJ), Mestre pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); **Angelita Woltmann**, Universidade Franciscana (UFN-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); ); **Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Antonio Sergio Cordeiro Piedade**, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Armando Albuquerque de Oliveira**, Centro Universitário João Pessoa (UNI- PÊ- PB), Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); **Arthur Antonio Tavares Moreira Barbosa**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN-MJ), Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Bruno Baldinoti**, Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Bruno Meneses Lorenzetto**, Universidade de Sevilha, Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais; **Carlos Alberto Pereira Leitão Junior**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Celso Hiroshi Iocohama**, Universidade Paranaense (UNIPAR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Cláudio José Langroiva Pereira**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Clayton Gomes de Medeiros**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Daniel Albuquerque de Abreu**, Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP- DF); Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG); **Daniela Regina Pellin**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Daniele Galvão de Sousa Santos**, Universidade de Coimbra (Portugal), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); **Denise Tatiane Girardon dos Santos**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ-RS) e Faculdades Integradas Machados de Assis (FEMA-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Denison Melo de Aguiar**, Universidade do Estado do Amazonas (UEA-AM), Mestre pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA-AM). **Dulcely Silva Franco**, Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); **Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann**, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Doutora pela Universidade Gama Filho; **Eduardo Augusto Salomão Cambi**,

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Universidade Paranaense (UNIPAR), Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Elizete Alves**, Centro Universitário Municipal de São José (USJ), Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Emerson Garcia**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP-RJ), Doutor pela Universidade de Lisboa; **Fabiana Leonardi Campanella**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Felipe Barcarollo**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Felipe Chiarello de Souza Pinto**, Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Fernando de Brito Alves**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e Faculdades Integradas de Durinhos (FIO-SP), Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP); **Flávio Cardoso Pereira**, Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, Doutor pela Universidad de Salamanca (Espanha); **Flávio Eduardo Turessi**, Ministério Público de São Paulo e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Francieli Korquevicz Morbini**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Frederico Eduardo Zenedin Glitz**, UniCuritiba (PR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Giácomo Tenório Farias**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS); **Gianfranco Silva Caruso**, Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL-SP), Mestre pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL-SP); **Gilberto Giacóia**, Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR), Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Gregório Almeida**, Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro**, Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Jaceguara Dantas da Silva Passos**, Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (MP-MS), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Jacson Luiz Zilio**, Universidad de San Carlos de Guatemala, Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha); **João Gustavo Gonçalves Ribeiro**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG); Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Jorge Renato dos Reis**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; **José Querino Tavares**, Universidade Federal de Goiás, Doutor pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) e pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; **Karine Grassi**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Universidade de Caxias do Sul (UCS-RS); **Leonardo Romano Soares**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luiz Eduardo Dias Cardoso**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Luiz Gustavo**

**Gonçalves Ribeiro**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG), Escola Superior Dom Helder Câmara (ES- DHC-MG), Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais; **Lyza Anzanello de Azevedo**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestra pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Mestra pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); **Maria Áurea Cecato**, Universidade Federal da Paraíba, Doutora pela Université de Paris II Panthéon-Assas; **Mariângela Tomé Lopes**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Marina Demaria Venâncio**, Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (Itália), Mestra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Márcio Augusto Friggi De Carvalho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mônica Aguiar Silva**, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Doutora pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); **Natanael Dantas Soares**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA - AM); **Neuro José Zambam**, Faculdade Metodista do Passo Fundo (RS), Faculdade Meridional - IMED, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; **Noa Piatã Bassfeld Gnata**, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doutor pela Universidade de São Paulo; **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College London; **Orides Mezzaroba**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Paulo Ricardo Schier**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Paulo Roberto Ribeiro Nalin**, Universidade Federal do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná; **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Rafael Salatini Almeida**, Universidade Estadual Paulista (UNESP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Reinaldo Denis Viana Barbosa**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Renato de Sousa Marques Craveiro**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Renee do Ó Souza**, Ministério Público do Mato Grosso (MP-MS), Mestre pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); **Reynaldo Mapelli Júnior**, Ministério Público de São Paulo (MPSP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Ricardo Andrade Saadi**, Polícia Federal (PF-DF), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Riva Sobrado Freitas**, Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Roberta Pappen da Silva**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestra pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Roberto Barbosa Alves**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); **Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo**, Fundação Getúlio Vargas, Doutor pela Universidade de São Paulo; **Rodrigo Alessandro Sartoti**, Sociedade Educacional de Santa Catarina (UniSociesc-SC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Rodrigo Bertolozzi Maluf**, Universidade de São

Paulo (USP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Rodrigo de Andrade Figaro Caldeira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Samyra Haydêe Dal Farra Napolini**, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP), Universidade de Marília (UNIMAR-SP), Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI-SP), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Sérgio Pereira Braga**, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Silas Silva Santos**, Unoeste (SP), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tania Alves Martins**, Universidade de Itaúna (MG), Mestre pela Universidade de Itaúna; **Tatiane Gonçalves Mendes Faria**, Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG), Mestre pela Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG); **Tiago Cintra Essado**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Valter Foleto Santin**, Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (MT), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Volnei Rosalen**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Vladimir Brega Filho**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS).



## LINHA EDITORIAL

### *EDITORIAL LINE*

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas. Os artigos científicos devem tratar, de forma crítica, assuntos que, de preferência, abordem o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito; porém a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

No sentido de fomentar o aprofundamento das pesquisas nas linhas e teses do Ministério Público, a Revista busca abordar os seguintes temas, centralmente:

- I. Ministério Público: dirigida ao debate de temas institucionais, visa principalmente a pesquisar e refletir sobre o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.
- II. Ciências Criminais: tema que prevalece na atuação do Ministério Público, nesta linha pretende-se abordá-lo a partir do pluralismo de teorias que reflitam sobre o Direito e o Processo Penal, a Dogmática Penal e a Política Criminal.
- III. Tutelas Coletivas e Difusas: tema relevante na sociedade brasileira atual, merece espaço específico na Revista para o aprofundamento das questões relativas aos interesses transindividuais, difusos e coletivos.
- IV. Temas Interdisciplinares: não se esgotando nos temas penais, a Revista também possui essa seção que será dedicada a vários temas jurídicos, abordados inter e multidisciplinarmente, trazendo o enfoque da sociologia, teoria geral, história e ciências penais para o jurídico, bem como o das outras ciências jurídicas para o penal.

O aceite dos artigos restringir-se-á a aqueles oriundos de Mestres (titulação mínima), sendo que a contribuição de mestrandos e pesquisadores em geral será muito bem-vinda desde que em coautoria com um Mestre. Também se exige o ineditismo do artigo e o cumprimento das regras da ABNT adotadas pela Revista, sendo que as mesmas se encontram especificadas nas Diretrizes para os Autores.



## APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que abrimos esta nova edição, agora em um patamar superior pelo qual muito batalhamos: a Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo foi qualificada no estrato A4 na recente avaliação do Qualis-CAPES (publicada em dezembro de 2022)!

Bem sabemos que esta vitória não é só nossa, mas de todos aqueles que trabalharam na Revista desde seu início e se mantiveram firmes no intuito de atingir a excelência científica que agora é reconhecida pelo principal órgão da pós-graduação do país, feito único entre as Escolas de MPs de todo o Brasil.

Sabemos que este novo patamar vem também com um nível superior de exigências e de responsabilidades, ao qual esperamos honrar neste próximo período com melhorias em todo processo editorial e na divulgação da revista, de modo a aprimorar a qualidade e relevância social do que publicamos, pois bem sabemos que o fator de impacto em pesquisas diversas é hoje o critério principal dos maiores repositórios de periódicos científicos em todo o mundo.

E, na toada da atual vitória, publicamos com igual orgulho uma edição de fôlego com 210 páginas, com nove artigos científicos inéditos que ora apresentamos, em sua maioria no campo das Ciências Criminais.

A edição é aberta com a pesquisa de Barbara Galvão Antunes Corrêa e de Marcelo Luiz Barone que enfrentam a problemática da pertinência da cadeia de custódia, fazendo um profundo estudo sobre ela. Em seguida, com o estudo “Qual o lugar da verdade no palco do acordo de não-persecução penal?”, o promotor Gabriel Marson Junqueira discorre sobre a difícil articulação entre verdade material e a busca pela adequada pacificação social.

Já em “*Fake news*, proteção de dados e eleições no Brasil: uma análise jurídica” de Flavia Sanna Leal de Meirelles, Liandra Sufiati Marconcini e Rogerio Borba da Silva investigam a chaga da desinformação que envenenou diversas democracias.

Na pesquisa “A responsabilidade penal do indígena e a (i)legitimidade da dupla punição” de Ludmila de Paula Castro Silva, Pedro Pulzatto Peruzzo, Rogério Sanches Cunha e Thiago Rodovalho dos Santos, os autores exploram o tema do pluralismo jurídico e a devida proibição do *bis in idem*, contribuindo para os estudos decoloniais do país.

Os pesquisadores Moisés Geraldo de Oliveira e Bruno do Nascimento Silva fazem um “Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil” criticando sua estrutura binária de segregação de gêneros.

Os promotores de justiça Carolina Guerra Zanin Lopes e Everton Luiz Zanella na pesquisa “A tese de insignificância no crime de furto” enfrentam tema ainda polêmico, sem descurar da necessária proteção aos bens jurídicos.

Vladimir Brega Filho, Hirmínia Dorigan de Matos Diniz e Claudio Smirne Diniz destrincham, com a pesquisa “Governança na nova lei de licitações: em busca da integridade nas instituições”, as inovações do novo estatuto racionalizador das contratações da Administração Pública.

Na mesma seara da gestão pública, os pesquisadores Samia Saad Gallotti Bonavides, Valter Foletto Santin e André Del Grossi Assumpção abordam o “Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança”.

Por fim, para fechar esta edição, trazemos o relevante tema em interesses difusos “Instrumentos participativos: análise de seu uso em procedimentos ambientais do Ministério Público”, fruto de esforço do grupo de pesquisa do Centro de Estudos em Democracia Ambiental (CEDA) da UFSCar.

Com tais artigos esperamos mais uma vez contribuir para a disseminação do conhecimento, a reflexão e o fortalecimento da atuação institucional do Ministério Público!

Boa leitura!

## **Paulo Sérgio de Oliveira e Costa**

Diretor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

## **Mylene Comploier**

Editora-chefe da RJESMPSP e Assessora da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

## **Ticiane Lorena Natale**

Editora da RJESMPSP



## SUMÁRIO

- Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal.....22-48**  
Barbara Galvão Antunes Corrêa e Marcelo Luiz Barone
- Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal?.....49-65**  
Gabriel Marson Junqueira
- Fake news, proteção de dados e eleições no Brasil: uma análise jurídica.....66-82**  
Flavia Sanna Leal de Meirelles, Liandra Sufiati Marconcini e Rogerio Borba da Silva
- A responsabilidade penal do indígena e a (i)legitimidade da dupla punição.....84-110**  
Ludmila de Paula Castro Silva, Pedro Pulzatto Peruzzo, Rogério Sanches Cunha e Thiago Rodovalho dos Santos
- Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil.....111-131**  
Moises Geraldo de Oliveira e Bruno do Nascimento Silva
- A tese de insignificância no crime de furto.....132-146**  
Carolina Guerra Zanin Lopes e Everton Luiz Zanella
- Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições.....147-165**  
Vladimir Brega Filho, Hirmínia Dorigan de Matos Diniz e Claudio Smirne Diniz
- Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança.....167-186**  
Samia Saad Gallotti Bonavides, Valter Foletto Santin e André Del Grossi Assumpção
- Instrumentos participativos: análise de seu uso em procedimentos ambientais do Ministério Público.....187-205**  
Cátia Araujo Farias, Tatiana Vieira de Moraes, Maria Carolina Chaves de Sousa, Edson Ricardo Saleme, Roberta Montello Amaral e Celso Maran de Oliveira

## *TABLE OF CONTENTS*

*Chain of custody and its relevance in criminal prosecution*.....22-48

Barbara Galvão Antunes Corrêa e Marcelo Luiz Barone

*Where does the truth place on the stage of the Criminal Non-Prosecution Agreement?*.....49-65

Gabriel Marson Junqueira

*Fake news, data protection and elections in Brazil: a legal analysis*.....66-82

Flavia Sanna Leal de Meirelles, Liandra Sufiati Marconcini e Rogerio Borba da Silva

*Indigenous criminal responsibility and the (il)legitimacy of double punishment* 84-110

Ludmila de Paula Castro Silva, Pedro Pulzatto Peruzzo, Rogério Sanches Cunha e Thiago Rodovalho dos Santos

*Essay on the incarceration of transgender people in Brazil*.....111-131

Moises Geraldo de Oliveira e Bruno do Nascimento Silva

*The thesis of insignificance in theft*.....132-146

Carolina Guerra Zanin Lopes e Everton Luiz Zanella

*Governance in the new Bidding Law: in search of integrity in institutions*.....147-165

Vladimir Brega Filho, Hirmínia Dorigan de Matos Diniz e Claudio Smirne Diniz

**Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança**.....167-186

Samia Saad Gallotti Bonavides, Valter Foletto Santin e André Del Grossi Assumpção

**Instrumentos participativos: análise de seu uso em procedimentos ambientais do Ministério Público**.....187-205

Cátia Araujo Farias, Tatiana Vieira de Moraes, Maria Carolina Chaves de Sousa, Edson Ricardo Saleme, Roberta Montello Amaral e Celso Maran de Oliveira

# CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL

## *CHAIN OF CUSTODY AND ITS RELEVANCE IN CRIMINAL PROSECUTION*

**Barbara Galvão Antunes Corrêa**

Advogada, com graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016) e especialização em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (2021).

**Marcelo Luiz Barone**

Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1987) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente Professor de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

## RESUMO

O presente estudo busca analisar, a partir de uma revisão legislativa e bibliográfica, juntamente com a análise de casos jurisprudenciais de referência, o conjunto de procedimentos da cadeia de custódia na persecução penal. Preliminarmente, abordam-se questões acerca da busca pela verdade no processo penal e da prova nesse âmbito, sem esgotar a complexa temática da teoria geral da prova. Após, discorre-se sobre os princípios aplicáveis à cadeia de custódia. Posteriormente, o tema da cadeia de custódia é abordado introdutoriamente, de modo a conceituar e contextualizar seu regime jurídico. Em seguida, as etapas do conjunto de procedimentos da cadeia de custódia são apresentadas e explanadas. Ainda no mesmo capítulo, realiza-se a diferenciação existente entre cadeia de custódia da prova e prova da cadeia de custódia. Já no quarto capítulo, analisa-se o tema da cadeia de custódia no âmbito da prova digital e, no capítulo posterior, é realizada uma abordagem sobre a necessidade da prova da cadeia de custódia. Em seguida, as consequências da quebra da cadeia de custódia são verificadas doutrinariamente e, após, jurisprudencialmente. Ao final, expõe-se a relevância do conjunto de procedimentos da cadeia de custódia com vistas a garantir a autenticidade e integridade da prova na persecução penal.

**Palavras-chave:** Prova. Cadeia de Custódia. Prova da Cadeia de Custódia. Consequências da Quebra da Cadeia de Custódia. Lei nº 13.964/19.

## ABSTRACT

This study intends to analyze the chain of custody procedures in criminal prosecution, based on a legal and bibliographic review, together with the analysis of relevant former court decisions. At first, it addresses the matters concerning the truth in criminal proceedings and evidences in general in the same regard, without exhausting the complex subject of the general theory of evidence. Subsequently, the applicable principles regarding the chain of custody procedures are addressed. Afterwards, the chain of custody topic is approached in an introductory manner, in order to conceptualize and contextualize its legal regime. Then, the stages of the chain of custody procedure set are displayed and clarified in that manner. In the same section, the differences between the chain of custody of the evidence and the evidence of the chain of custody are approached. In the fourth section, the chain of custody in the scenario of digital evidences is analyzed and in the subsequent section, an examination concerning the necessity for evidence of the chain of custody is presented. Furthermore, there is a review of legal writing and former court decisions concerning the developments of break on the chain of custody. Ultimately, the relevance of the chain of custody procedures is exposed in order to assure the authenticity and integrity of the evidence in criminal prosecution.

**Keywords:** Proof. Chain of Custody. Proof of Chain of Custody. Consequences of Break on the Chain of Custody. Law No. 13.964/19.

## SUMÁRIO

Introdução. 1. A prova na persecução penal: a verdade real e processual. 2. Princípios relativos à cadeia de custódia. 2.2 Princípio da ampla defesa. 2.3 Princípio da proporcionalidade. 2.4 Princípio da comunhão da prova. 2.5 Princípio da autorresponsabilidade das partes. 2.6 Princípio da liberdade probatória. 3. Conceitos e aspectos da cadeia de custódia da prova. 3.1 Sobre o conceito de cadeia de custódia. 3.1.1 Etapas da Cadeia de Custódia. 3.1.2 Cadeia de custódia da prova e prova da cadeia de custódia. 4. A cadeia de custódia na prova digital. 5. A relativização da necessidade da prova da cadeia de custódia da prova. 6. Consequências da quebra da cadeia de custódia. 6.1 A quebra da cadeia de custódia nos tribunais. 7. Considerações finais. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O tema de pesquisa se refere à instrução probatória em matéria penal, vertente recortada na linha epistemológica da cadeia de custódia. Com efeito, constata-se que o Código de Processo Penal, em seu Título VII, consagra a regulamentação de provas. Contudo, a disposição anterior era deficitária no tocante à profundidade legislativa quanto aos procedimentos referentes à cadeia de custódia, sendo necessária a Lei nº 13.964/19 (BRASIL) para tal delimitação.

Considerando que o problema deve ser delineado a partir de uma dimensão viável e mediante uma pergunta clara e precisa, assim se propõe: segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, em qual medida o conjunto de procedimentos da cadeia de custódia é pertinente para a persecução penal? A partir dessa problemática, apresenta-se a seguinte hipótese: o conjunto de procedimentos da cadeia de custódia, nos termos do art. 158-B, do Código de Processo Penal, são relevantes para a persecução penal como um todo?

Logo, o objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, em qual medida a cadeia de custódia, no âmbito da Lei nº 13.964/19, é pertinente para a persecução penal, delimitando sua aplicabilidade nesse sentido. Os objetivos específicos, por sua vez, permeiam a compreensão do conceito de cadeia de custódia inserido no contexto das provas na persecução penal; das modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/19; da diferenciação entre a cadeia de custódia da prova e prova da cadeia de custódia; da cadeia de custódia no escopo da evidência digital, e por fim, das consequências da quebra da cadeia de custódia na persecução penal.

O tema da cadeia de custódia justifica a pesquisa, já que é relevante para a integridade da prova como um todo – garantindo a rastreabilidade e autenticidade de determinado vestígio – e nesse sentido, para a própria confiabilidade do sistema processual penal. Isso porque, quando se aborda a lógica do processo, a guarnição das provas, a preservação de direitos e garantias processuais e a observância de princípios constitucionais, nota-se que a cadeia de custódia é uma ferramenta de instrumentalização dos direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento.

Partindo da autossuficiência metodológica do Direito e propondo-se a examinar os elementos internos do ordenamento jurídico, é adotada a vertente jurídico-dogmática nesta pesquisa. O tipo de investigação é o jurídico-descritivo, mediante um procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos. O enfoque, por sua vez,

é sistemático, já que parte de um determinado problema a fim de encontrar sua respectiva solução. Por fim, tendo em vista os dados trabalhados, o presente trabalho tem caráter bibliográfico e documental.

## **1 A PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL: A VERDADE REAL E PROCESSUAL**

Antes de abordar a essência deste estudo, é fundamental discorrer sobre o conceito de verdade no âmbito processual penal, assim como o meio pelo qual ela é albergada: a prova<sup>1</sup> elemento essencial na busca da verdade dos fatos. Não se objetiva esgotar a discussão acerca da teoria da prova no processo penal, mas sim viabilizar a verificação do contexto relativo à relevância da cadeia de custódia na persecução.

As categorias verdade e prova têm encontro marcado no processo penal, e é natural que seja assim (PRADO, 2019, p. 21). No âmbito da persecução penal, o que se busca é a reestruturação de um evento passado, a fim de restabelecê-lo da forma mais próxima como ocorreu. Todavia, não é factível que o julgador tenha o exato conhecimento do que se desenvolveu na execução de uma infração: ainda que em menor grau, haverá sempre algum grau de incerteza na persecução.

O fato efetivamente ocorrido, ou seja, a “verdade dos fatos”, é tido como verdade real, material ou ainda, substancial. Tal conceito, ligado ao sistema inquisitório<sup>2</sup>, concentra críticas na circunstância de que a busca desgovernada pelo conhecimento da “certeza absoluta” desencadeou imensuráveis violações dos direitos fundamentais ao longo da história: “[...] esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 208).

---

<sup>1</sup> De acordo com o dicionário Aurélio (FERREIRA, 2004), prova é “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente.

<sup>2</sup> “O Processo Penal canônico marcou o mundo pelas práticas adotadas. A partir de 1215, o Conselho de Trento consolidou o sistema inquisitivo. Os tribunais que só poderiam, inicialmente, julgar delitos eclesiásticos passaram a punir todos os que confrontassem a igreja, sendo temidos até por príncipes e reis. [...] O que sacramentou o sistema processual inquisitivo foi a união de poderes conferidos ao juiz que julgava, colhia provas, acusava e aplicava a pena. A tortura foi legalizada para se extrair a confissão do réu. Não existiam garantias ao acusado. A defesa, por exemplo, não era permitida. O processo era secreto e a confissão era formadora de convencimento total e não havia condições mínimas de denúncia, tudo em nome de Deus e da verdade real.” (MOREIRA; CAMARGO, 2016).

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMSP*, 22, 2022, p. 22-48.**

Por sua vez, a verdade obtida sob a apreciação da ampla defesa e do contraditório<sup>3</sup> é denominada verdade processual. Oliveira, nesse sentido, descreve que toda verdade judicial é, em realidade, uma verdade processual, já que é produzida no bojo do processo e, deste modo, referente a uma certeza de natureza exclusivamente jurídica (OLIVEIRA, 2010, p. 346).

Lopes Júnior, por sua vez, descreve que o resultado do processo nem sempre é a “verdade”, mas sim o resultado de uma atividade de convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo penal (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 210). Em outros termos, a persecução penal objetiva, ao final da instrução, obter uma verdade aproximada daquilo que efetivamente ocorreu. Nesse âmbito, a verdade processual é indutiva e o instrumento fundamental para a sua elucidação é o conjunto probatório obtido na instrução do processo. A função de verificar o hipotético e persuadir a decisão – condenatória ou absolutória – do julgador recai sobre a prova.<sup>4</sup>

Assim, a prova nada mais é do que a ferramenta inestimável que traz legitimidade à deliberação do julgador<sup>5</sup>, sendo o mecanismo essencial à perquirição da verdade processual ao longo da persecução.

## **2 PRINCÍPIOS RELATIVOS À CADEIA DE CUSTÓDIA**

O regime jurídico da cadeia de custódia tem como fundamento diversos princípios que se encontram implícitos e explícitos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Não se pretende exaurir neste artigo a complexa temática principiológica, mas tão somente apresentar sua relação com a cadeia de custódia.

### **2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

---

<sup>3</sup> Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL, 2020).

<sup>4</sup> Sobre a temática, Renato Brasileiro ensina que “a palavra *prova* tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do verdadeiro.” (LIMA, 2021, p. 557).

<sup>5</sup> Nestor Távora e Vinícius Assumpção (2012, v. 11, p. 21) descrevem que “os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para mostrar o que se alega no processo.”

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMSP*, 22, 2022, p. 22-48.**

Tal princípio encontra-se expressamente previsto no art. 5º, inciso LV, da CRFB/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2020).

De acordo com Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o princípio do contraditório seria a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los (ALMEIDA, 1973, p. 82). Assim, deve-se assegurar a ambas as partes a fiscalização dos atos praticados ao longo da persecução. Na lição de Renato Brasileiro (LIMA, 2021, p. 53), são elementos que compõem o contraditório: o direito à informação e o direito de participação, o qual possibilita que a parte ofereça a devida reação à pretensão da parte contrária.

O princípio em questão ainda pode ser desdobrado em contraditório para a prova e contraditório sobre a prova. O primeiro aduz que ambas as partes devem atuar na formação de seu elemento probatório, sendo indispensável que a sua produção ocorra perante o órgão julgador e as partes. Já o segundo refere-se ao contraditório após a produção probatória, também chamado de contraditório postergado ou diferido.

## 2.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O presente princípio está diretamente relacionado ao do contraditório, como se afigure no art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, supracitado. Nessa lógica, a ampla defesa é exercida pelo próprio elemento de reação, advindo do direito de participação que compõe o contraditório. Quanto à sua garantia, assegurada pela Carta Magna, ressalta-se que, tanto o direito à autodefesa como o direito à defesa técnica são resguardados, sendo que ambos se complementam no processo.

Cabe salientar que o ordenamento jurídico admite tratamento diferenciado ao acusado, como desdobramento da aplicação do princípio da ampla defesa, sendo-lhe conferidos alguns

direitos exclusivos, como a proibição da *reformatio in pejus*<sup>6</sup> e a previsão de revisão criminal somente *pro reo*.<sup>7</sup>

### 2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade destina-se à contenção dos excessos do Poder Público, delimitando a atividade estatal para que não ocorram ações imoderadas. Sobre a temática, Gilmar Mendes aduz que:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das **ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso**, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de **regra de interpretação** para todo o ordenamento jurídico. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 143, grifo nosso).

Nota-se que este princípio possui uma dupla face, além de funcionar como regra de interpretação para todo o ordenamento: a proibição do excesso, de modo que o Estado não puna mais do que o necessário para a proteção dos bens jurídicos (garantismo negativo) e a proibição da proteção deficiente, que se refere ao controle da omissão ou da atuação insuficiente do Estado quanto aos seus deveres protetivos (garantismo positivo). Ambas as faces formam o garantismo penal integral, segundo Ferrajoli (2010, p. 785-786).

Em seu sentido amplo, a proporcionalidade ainda compreende três subprincípios, pressupostos ou também denominados passos metodológicos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 213).

---

<sup>6</sup> “O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que o art. 617 do Código de Processo Penal, na sua parte final, veda, em recurso exclusivo da defesa, o agravamento da situação exposta ao réu, na linha dos princípios que consagram a vedação da *reformatio in pejus* e o *tantum devolutum quantum apelatum* (Habeas corpus nº 21.864 – Relator Ministro Paulo Galotti). (...). Comentando este princípio, Galvão Rabelo, em artigo publicado no Boletim do Instituto brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (São Paulo, ano 17, n. 203, p. 16-18, out., 2009), ensina que ele, "em sua perspectiva direta, impede que o juízo ad quem, quando provocado por recurso exclusivo da defesa, piore a situação do réu. Obviamente, se a defesa recorre é porque busca uma melhora na situação do acusado. Se a interposição de recurso defensivo pudesse significar uma piora para o réu, estar-se-ia, pelo menos, desestimulando a defesa a utilizar mecanismos disponíveis para impugnação de decisões judiciais desfavoráveis. Com isso, restringir-se-ia indevidamente o princípio constitucional da ampla defesa e o devido processo legal” (MOREIRA, 2016).

<sup>7</sup> “É o reexame do julgamento irrecurável, se a sentença condenatória à lei penal ou à evidências dos autos, ou fundada em provas falsas; ou, ainda, se forem descobertas novas provas relativas à inocência do acusado ou à diminuição da pena (art. 621, do Código de Processo Penal).” (MÉDICI, 2021).

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMPS*, 22, 2022, p. 22-48.**

Quanto ao pressuposto da adequação, o intérprete deve verificar se a medida questionada representa o meio adequado para se obter o fim desejado. A necessidade, por sua vez, examina se a medida é capaz de atingir a finalidade ansiada de modo menos nocivo aos direitos fundamentais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de razoabilidade, verifica se a medida adequada e necessária pode ser proporcional, ou seja, não arbitrária, que corresponda ao senso comum (SARLET, 2005, p. 365).

#### 2.4 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

Tal princípio refere-se ao fato de que, uma vez produzida no âmbito processual, a prova é comum. Quando introduzida ao processo, ela não pertence exclusivamente a nenhuma das partes ou mesmo ao julgador, podendo ser utilizada por ambas as partes.

#### 2.5 PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES

As partes são devidamente responsáveis e assumem as consequências e os respectivos desdobramentos de sua atividade (ou inatividade) probatória no processo.

#### 2.6 PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROBATÓRIA

Adota-se, no tocante ao processo penal, a ampla liberdade probatória (o que inclui também os vários meios de prova que podem ser utilizados). Este princípio encontra fundamento nos interesses envolvidos no processo penal: o *ius libertatis* do indivíduo e o *jus puniendi* estatal.

É importante ressaltar que a liberdade probatória encontra limites na observância dos direitos e nas garantias fundamentais presentes no ordenamento, relativos à atividade probatória, como, por exemplo, o inciso LVI, do art. 5º, da CRFB/88.<sup>8</sup>

### 3 CONCEITOS E ASPECTOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

---

<sup>8</sup> Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL, 2020).

### 3.1 SOBRE O CONCEITO DE CADEIA DE CUSTÓDIA

Como podemos obter a convicção de que o exame da prova pericial,<sup>9</sup> que confirmou a presença de *Tetrahydrocannabinol* (THC), o princípio ativo da *Cannabis Sativa* (maconha), agente causador de dependência física ou psíquica<sup>10</sup>, foi realizado em amostra da mesma substância apreendida na ocasião da prisão em flagrante de um acusado? (LIMA, 2021. p. 608).

Renato Brasileiro descreve que “a cadeia de custódia consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração.” (LIMA, 2021. p. 608).

No mesmo sentido, Badaró (2018, p. 524) explica que “a cadeia de custódia, em si, deve ser entendida como a sucessão encadeada de pessoas<sup>11</sup> que tiveram contato com a fonte de prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em Juízo”. Ora, em um sistema processual penal sedimentado no devido processo legal e na presunção de inocência, deve-se tutelar a atividade probatória com muito apreço, assegurando à defesa, além do conhecimento da acusação, a cognição dos meios e fontes de prova relativos àquela persecução (LIMA, 2021, p. 609).

Assim, precipuamente, destaca-se que a cadeia de custódia é um dos métodos que pode ser utilizado para a autenticação de determinada prova, sendo que sua manutenção é responsável por garantir tanto a autenticidade quanto a integridade<sup>12</sup> daquela prova na persecução penal, elucidando que o objeto levado ao processo seja lícito e legítimo, a fim de formar o

---

<sup>9</sup> A prova pericial possui a finalidade de elucidar o convencimento do julgador acerca de determinado assunto específico de outra ciência, considerando que não é razoável, tampouco cabível que o magistrado disponha do conhecimento técnico necessário à avaliação de todas as mais variadas matérias que tocam sua esfera de julgamento. Tal meio probatório é obtido através de exames realizados por um especialista que possua conhecimento técnico, artístico ou científico de determinada área: os peritos que, ao final, devem materializar a análise através do laudo pericial, de modo que esse contenha suas constatações relativas ao fato, evento ou circunstância.

<sup>10</sup> Nos termos da Portaria nº 344-SVS/MS da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 1998).

<sup>11</sup> Ainda nessa lógica, Badaró (2018, p. 524) aduz que “esse conjunto de pessoas, e os momentos específicos em que cada uma delas teve contato com a evidência, precisa ser registrado, isto é, documentado, para que se saiba, exatamente, quem teve contato com a coisa e quando isso ocorreu.”

<sup>12</sup> Na lição de Gustavo Badaró (2018, p. 525), “a autenticidade significa que a fonte de prova é genuína, autêntica quanto a sua origem. A partir de um conjunto de dados individualizadores, garante-se que a coisa objeto de perícia ou simplesmente apresentada em Juízo é a mesma que foi colhida e guardada e examinada. Por outro lado, a integridade é a condição da fonte de prova que se apresenta íntegra ou inteira, não tendo sido adulterada, sofrendo diminuição ou alteração em suas características, que se mantêm as mesmas desde a sua colheita.”

convencimento do magistrado.<sup>13</sup> Nota-se também que tal conjunto de procedimentos tem como função crucial a não permissão de qualquer deturpação do conhecimento produzido ao longo do processo penal, coibindo o abuso de poder (PRADO, 2019, p. 134) e legitimando o próprio exercício do poder de punir do Estado.

### *3.1.1 Etapas da Cadeia de Custódia*

Os procedimentos que formam a cadeia de custódia aplicam-se a qualquer elemento de prova e têm início com a preservação do local da infração ou com o procedimento policial ou pericial no qual seja detectada a existência de vestígios, encerrando-se com o descarte do vestígio ao fim da persecução penal (LIMA, 2021, p. 609). Nesse sentido, o art. 158-A do Código de Processo Penal (CPP), incluído pela Lei nº 13.964/19, dispõe que “considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.” (BRASIL, 1941).

Sucessivamente, em seu parágrafo primeiro, o dispositivo supramencionado descreve que “o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.”<sup>14</sup>

Nos termos da Portaria no 82 de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014), as etapas percorridas pela cadeia de custódia são divididas em duas fases: externa e interna. A primeira engloba todos os atos cuja realização se dá entre a preservação do local de crime ou apreensão dos elementos de prova e a chegada do vestígio coletado ao órgão pericial encarregado. A fase interna, por sua vez, compreende os atos praticados desde a chegada do vestígio no órgão competente até sua devolução – com o laudo pericial – ao órgão que requisitou tal perícia.

---

<sup>13</sup> Nos termos do art. 155, do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (BRASIL, 1941).

<sup>14</sup> Nos termos do § 2º do art. 158-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.964/19, “vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.” (BRASIL, 1941).

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMPS*, 22, 2022, p. 22-48.**

Todas as etapas da cadeia de custódia estão descritas de modo detalhado e inovador<sup>15</sup> ao longo dos dez incisos do art. 158-B, do CPP (BRASIL, 1941), incluído pela Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019):

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - isolamento: evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

É importante ressaltar que, de acordo com o art. 158-C (BRASIL, 1941), caput, do CPP, a etapa de coleta<sup>16</sup> dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que

<sup>15</sup> No panorama da América Latina, a temática da cadeia de custódia possui previsão desde a década de 90, quando países como o Chile, Equador, Peru e Colômbia estabeleceram o conjunto de procedimentos em seus respectivos manuais, com destaque para a previsão específica da matéria, desde o ano de 2000, no ordenamento jurídico colombiano, nos arts. 254 a 266, do Capítulo V, do Código de Procedimiento Penal (COLÔMBIA, 2004).

<sup>16</sup> Nos termos do artigo supramencionado, trata-se do “[...] ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza.” (BRASIL, 1941).

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMPS*, 22, 2022, p. 22-48.**

prontificará o devido encaminhamento para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. Com a utilização do advérbio “preferencialmente” pelo legislador, é possível concluir que, no caso da eventual impossibilidade do recolhimento dos vestígios por perito oficial, um perito não oficial poderá realizá-lo<sup>17</sup>, desde que observe os procedimentos técnicos indicados pela Lei no 13.964/19.

O §2º do art. 158-C, por sua vez, veda a entrada em locais isolados, bem como a remoção de quaisquer vestígios no local do crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo que a realização de tal conduta é tipificada como fraude processual.<sup>18</sup>

Sucessivamente, o art. 158-D do CPP (BRASIL, 1941) e seu respectivos parágrafos, dispõem acerca dos recipientes destinados ao acondicionamento dos vestígios. O dispositivo descreve que esses deverão ser determinados pela natureza dos materiais em questão e selados com lacres e numerações individualizadas, a fim de que se garanta a inviolabilidade e idoneidade dos vestígios durante toda a etapa de transporte. O recipiente, com grau de resistência adequado e espaço para registro de informações acerca de seu conteúdo, individualizará tal vestígio, preservando suas características, bem como impedindo a contaminação e o vazamento.

Ressalta-se que o recipiente só será aberto pelo perito que proceder à análise e, motivadamente, por outra pessoa autorizada. Cada recipiente que vier a ter seu lacre rompido deverá ter o mesmo acondicionado no interior do novo recipiente, além de constar na ficha de acompanhamento o nome e a matrícula do responsável pela abertura, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

Após a realização do exame, o material deverá ser devolvido à central de custódia<sup>19</sup> e lá permanecer, nos termos do art. 158-F, do CPP (BRASIL, 1941). O dispositivo ainda esclarece que, caso a central de custódia não possua espaço ou condições para o armazenamento do

---

<sup>17</sup> Art. 159. “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). §1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). §2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.” (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

<sup>18</sup> Art. 347 - “Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.” (BRASIL, 1941).

<sup>19</sup> O art. 158-E, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964, de 2019, indica que todos os Institutos de Criminalística deverão possuir uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, sendo que sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial criminal.

material, a autoridade policial ou judiciária deve determinar as condições de depósito do mesmo em local diverso, mediante o requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial criminal.

### *3.1.2 Cadeia de custódia da prova e prova da cadeia de custódia*

Considerando a conceituação legal, é fundamental que se observe a distinção entre cadeia de custódia da prova e prova da cadeia de custódia. O primeiro conceito refere-se à corrente histórica, à sequência da posse de uma dada prova<sup>20</sup>, cujas etapas foram perquiridas no item acima. A cadeia de custódia pode ser definida como o elo, a sequência dos atos históricos de transferência de posse de uma evidência (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016, p. 436).

De outro lado, na explicação de Rodrigo Caldeira, a prova da cadeia de custódia consiste na “documentação formal do trajeto da prova desde quando esta é localizada até o momento de sua inserção no processo. A cadeia de custódia é justamente o objeto desta documentação.” (CALDEIRA, 2020, p. 205).

A fim de esclarecer a distinção entre ambos os regimes jurídicos, Dallagnol e Juliana de Azevedo exemplificam a temática da seguinte maneira:

Se uma arma ou quantidade de drogas foi apreendida na cena do crime, a arma ou a droga constitui prova do crime. A cadeia de custódia é a história do repasse, de mãos em mãos, da droga ou da arma. A prova da cadeia de custódia, por sua vez, pode ser ilustrada com um relatório em que cada possuidor da prova consigna e assina o registro da sua colheita, recebimento ou entrega, e demonstra como a guardou em segurança. (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016, p. 437).

Nessa lógica, os autores definem que a prova da cadeia de custódia é uma atividade probatória de segundo grau, ou seja, uma metaprova, já que se trata de uma prova sobre outra prova (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016, p. 436) (a própria cadeia de custódia).

## **4 A CADEIA DE CUSTÓDIA NA PROVA DIGITAL**

Com o processo de globalização contemporâneo, o advento de tecnologias inovadoras acarretou e ainda acarreta mudanças substanciais na sociedade diariamente. O surgimento do

---

<sup>20</sup> DALLAGNOL; CÂMARA, 2016, p. 436.

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMSP*, 22, 2022, p. 22-48.**

chamado ciberespaço<sup>21</sup> trouxe novas concepções de tempo e lugar, tornando-se um verdadeiro desafio para que os sistemas formais de controle acompanhem tal aperfeiçoamento.

Dias Ramos (2014, p. 86) conceitua prova digital como “[...] toda informação passível de ser obtida ou extraída de um dispositivo eletrônico (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve também ser autêntica, precisa e concreta.”

A prova digital possui caráter temporário, ou seja, pode deixar de existir pelo decurso do tempo; é fungível, tendo em vista a enorme facilidade de substituição dos dados informáticos por outros; é volátil, já que tais dados podem ser facilmente ocultados ou suprimidos e, do mesmo modo, é extremamente frágil, sendo que seu manuseio deve ser efetuado de forma acurada (CONTE; SANTOS, p. 88, 2008). Com base nas características mencionadas, vê-se que a integridade e autenticidade das evidências digitais devem ser asseguradas através de procedimentos específicos para tanto.

No âmbito probatório, as técnicas a serem adotadas com relação à cadeia de custódia de evidências digitais são abordadas pela norma ABNT/ISO 27037, redigida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em vigor desde janeiro de 2014. Tal norma descreve quatro aspectos-chave quanto ao manuseio da evidência digital: auditabilidade, justificabilidade, repetibilidade e reprodutibilidade, sendo que o procedimento de manuseio da evidência é dividido em quatro etapas, isto é, de identificação, coleta, aquisição e preservação (PARODI, 2020).

Parodi (2020), ao abordar a norma ABNT/ISO 27037, explica que, com relação à etapa de identificação (que envolve a pesquisa, o reconhecimento e a documentação), a evidência digital é representada de duas formas: lógica e física. Essa última engloba a representação de dados no interior de um dispositivo tangível, enquanto a lógica nada mais é do que a representação virtual daqueles dados dentro do dispositivo. É crucial que tal etapa se inicie identificando o armazenamento da mídia digital e dos dispositivos de processamento que podem conter a evidência em questão. De igual importância, o processo deve identificar e considerar a possibilidade de existência de uma evidência digital que, de alguma maneira, foi ocultada.

A fim de garantir a integridade da prova, a etapa de preservação deve envolver a guarda da evidência digital e também do dispositivo digital que pode contê-la, evitando qualquer tipo

---

<sup>21</sup> “O *ciberespaço* não é propriamente um território, mas se caracteriza por um fluxo constante de informações, através de redes de comunicação, de forma que a localização da informação passa a ter relevância, uma vez que é ela quem dá a idéia de território, desvinculado do espaço físico, surgindo daí, diversas questões a serem solucionadas pelo direito penal e processual penal.” (CONTE; SANTOS, p. 4, 2008).

de adulteração. Para que se assegure a integridade e autenticidade da fonte de prova digital, é possível a adoção de técnicas que garantam que a mesma não sofreu qualquer tipo de modificação durante o processo de cópia da evidência. Nesse âmbito, no caso de arquivos e mídias, a função do código *hash*<sup>22</sup> é utilizada para assegurar que a cópia realizada é idêntica ao original. Caso seja realizada a comparação do *hash* da evidência coletada e da cópia, ambos deverão ser convergentes. Nota-se que alguns documentos eletrônicos são dotados de autenticação aferível imediatamente, como é o caso de documentos emitidos através de plataformas governamentais que acompanham um código de autenticação (CALDEIRA, 2020, p. 216).

É relevante observar que a regulamentação realizada pela ABNT (2014) pode ser aplicada de modo complementar, quando se trata de atividade probatória digital, às etapas presentes no art. 158-B, do CPP (BRASIL, 1941), que foram abordadas no item 3.1.1 deste artigo.

## **5 A RELATIVIZAÇÃO DA NECESSIDADE DA PROVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA**

Conforme elucidado no item 3.1.2 da presente pesquisa, o regime jurídico da cadeia de custódia da prova e da prova da cadeia de custódia são distintos. Com base nessa distinção, buscou-se ressaltar a relevância da preservação da cadeia de custódia da prova para a persecução penal. Contudo, é crucial notar que a prova da cadeia de custódia não é indispensável em todos os casos.

A instrução probatória (não só no processo penal) engloba uma sequência de atos e procedimentos concatenados, sendo que o volume de hipóteses de irregularidades que podem vir a ocorrer no processo é praticamente imensurável. Ora, caso cumprisse ao Estado a prova da cadeia de custódia em todas as hipóteses, os recursos (tanto econômicos, quanto de tempo) empregados para a produção de tal prova seriam infinitamente superiores àqueles utilizados na própria atividade probatória na instrução. Ademais, tal exigência vai de encontro a garantias

---

<sup>22</sup> De maneira a garantir a integridade da evidência, a norma recomenda o uso da função de *hash*, uma vez que a *hash* é considerada uma impressão digital eletrônica do dado coletado, usadas na computação forense para comprovar se determinada cópia de um arquivo ou se determinada versão de um arquivo bate com a versão original. Serve para averiguar a veracidade de uma evidência. Se ela é ou não autêntica. Se foi ou não alterada. Portanto, é imprescindível que o indivíduo responsável pela coleta e posterior manipulação da evidência digital esteja familiarizado e entenda a vital importância na extração do código *hash* e que sejam anexados estes dados à cadeia de custódia para, caso necessário, estes dados possam ser posteriormente comparados (OLIVEIRA, 2019).

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMPS*, 22, 2022, p. 22-48.**

asseguradas pela CRFB/88, como a razoável duração do processo<sup>23</sup> e a boa-fé objetiva<sup>24</sup>, as quais serão abordadas adiante.

Sobre a temática da necessidade da prova da cadeia de custódia, Geraldo Prado (2019, p. 95) sustenta que deve ser adotado o princípio da desconfiança, segundo o qual o documento não é, por si só, informação de qualidade suficiente, pois não se pode ter certeza de que ele representa aquilo que a parte diz que é. Quanto a este princípio, ressalta-se que, caso houvesse desconfiança de tudo e de todos, as pessoas permaneceriam indefinidamente numa espiral de dúvidas. Portanto, na vida e na teoria geral da prova é conveniente e categórico que se aplique uma presunção relativa de regularidade das evidências. Nessa perspectiva:

Salvo quando há indícios de comportamento desviado ou atuação guiada por interesses espúrios por parte de agentes do Estado, não se crê com facilidade que um agente público coloque sua reputação e carreira em risco, bem como aceite o risco de sofrer um processo criminal, num doente afã de obter uma condenação criminal que não lhe trará benefícios pessoais. Pelo prisma da análise da decisão racional do agente estatal, o comportamento criminoso de fraudar e falsificar evidências implica em geral só em custos, e nenhum benefício. (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016. p. 448).

Na mesma lógica, não é factível que se adote o princípio da desconfiança nesse contexto, tendo em vista que o ordenamento acolhe o princípio da boa-fé objetiva (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016. p. 435), e que deste decorrem diversos deveres imperativos a todos os sujeitos processuais, como o de lealdade, probidade e honestidade:

Tal princípio possui um **âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional**, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça (grifo nosso). (BRASIL, 2006 apud DIDIER JÚNIOR, 2018).<sup>25</sup>

Em suma, só há espaço para a desconfiança no âmbito da persecução quando houver a evidência de que um comportamento por parte de um agente do Estado possa ser considerado

---

<sup>23</sup> Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 2020).

<sup>24</sup> “O princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula geral processual (...) Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que imponha o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais.” (DIDIER JÚNIOR, 2018).

<sup>25</sup> O STF confirma que a exigência de comportamento segundo a boa-fé atinge a *todos* os sujeitos processuais, e não apenas às partes (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 183).

como desvirtuado, sendo que o princípio da desconfiança deve ser aplicado restritivamente, a fim de que se evite inclusive o abuso das garantias processuais por parte do acusado.<sup>26</sup>

## **6 CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA**

É oportuno ressaltar que o tema das consequências da quebra da cadeia de custódia encontra consideráveis divergências na doutrina pátria. Gustavo Badaró (2018, p. 532-533), ao sintetizar as possíveis soluções para o enfrentamento, observa que:

No caso de violação da cadeia de custódia, em tese, duas soluções seriam possíveis: a primeira, considerar que a prova se torna ilegítima, não podendo ser admitida no processo; a segunda, superar o problema de admissão da prova e resolver com o problema do vício da cadeia de custódia dando menor valor ao meio de prova produzido a partir das fontes de prova cuja cadeia de custódia tenha sido violada. **Ou seja, trata-se de discussão entre admissibilidade e valoração da prova** (grifo nosso).

O autor assevera de forma conclusiva que “as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração” (BADARÓ, 2018, p. 535.) Nesse ínterim, as eventuais irregularidades da cadeia de custódia seriam enfrentadas no tocante à valoração da prova em questão.

De outro lado, sobre a mesma proposição, Geraldo Prado (2019, p. 128) sustenta que:

Enquanto o direito brasileiro não dispõe de regra específica<sup>27</sup> sobre a cadeia de custódia das provas, a consequência de sua violação há de ser retirada da constatação de que o contraditório, como condição da validade constitucional do ato processual, foi violado, **tornando ilícita a prova remanescente** (grifo nosso).

Para ele, uma vez considerada ilícita, a prova remanescente da violação da cadeia de custódia deve ser processualmente inadmissível, considerando que a quebra da cadeia de custódia viola e impede o exercício do contraditório pela parte contrária (PRADO, 2019, p. 128).

---

<sup>26</sup> Sobre o tema, Rodrigo Caldeira (2020, p. 220) observa que “É preciso compreender que deve haver limites para a utilização dos direitos individuais do cidadão, para evitar o abuso de garantias processuais. Para Mario Chiavario, se o acusado violar os direitos ou faculdades processuais que o ordenamento jurídico reconhece, não teria ele o direito de invocar a proteção que o direito ou a faculdade processual lhe garante. No mesmo sentido, não é possível ao Ministério Público praticar o exercício abusivo da acusação, por exemplo, com atrasos arbitrários na investigação.”

<sup>27</sup> É importante ressaltar que na data de publicação da obra em voga, as alterações ao Código de Processo Penal introduzidas pela Lei 13.964/19 ainda não haviam sido consideradas pelo autor.

Antes de adentrar no cerne conclusivo acerca da consequência da quebra da cadeia de custódia, é importante que se verifique sobre quem efetivamente recai o ônus de documentação da cadeia de custódia – a prova da cadeia de custódia da prova. Inicialmente, nota-se que a discussão relativa à cadeia de custódia teve origem no direito norte-americano. Em tal sistema, tanto as causas criminais quanto as cíveis são julgadas pelo júri (formado por indivíduos leigos), sendo o juiz togado responsável por realizar a filtragem de tudo aquilo que é submetido a este órgão. Desta forma, o magistrado possui o papel de excluir uma prova (ainda que extremamente relevante) que tenha seu valor probatório superado substancialmente, considerando o potencial risco de que tal evidência gere perda de tempo (celeridade), preconceito, confusão, induzimento dos jurados a erro, entre outros.<sup>28</sup>

A fim de evitar que os jurados sofram uma influência indevida através da apresentação de uma determinada prova, o juiz togado realiza uma ampla e discricionária valoração para que haja a exclusão dessa. Por este motivo, no sistema norte-americano a falta de indicação da autenticidade de uma prova – quebra da cadeia de custódia – impede que o magistrado a admita no processo.

Nesse sentido, Dallagnol e Juliana Azevedo (2016) concluem que:

A autenticação no Brasil, onde não há sistema de júri e filtro prévio pelo juiz togado, é feita junto com a valoração da prova, quando o magistrado avalia o quão provável uma prova é aquilo que se diz que ela é. A autenticação, em nosso ordenamento jurídico, influi no valor da prova, mas jamais na sua admissibilidade. (...). Como os casos são julgados em regra por um juiz togado, não há qualquer razão para um filtro prévio ao seu exame da prova. Todo questionamento da cadeia de custódia é matéria de mérito e valor da prova.

Ressalta-se que a temática deve ser analisada rigorosamente e acerta-se que, em casos de latente violação de direitos fundamentais, como na hipótese de uma interceptação telefônica realizada sem a devida autorização judicial, a prova obtida nesse âmbito necessariamente deverá ser declarada ilícita (CALDEIRA, 2020, p. 222), tendo em vista a ocorrência de flagrante infração ao art. 5º, inciso XII, da Carta Magna (BRASIL, 2020).

De outro lado, considerando-se que a prova da cadeia de custódia é uma prova sobre a prova (metaprova), como previamente abordado neste estudo, e que esse conjunto de

---

<sup>28</sup> “Federal Rules of Evidence: Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time or Other Reasons. The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.” LEGAL INFORMATION INSTITUTE (LII), 2011.

procedimentos é uma das técnicas que podem ser utilizadas para a verificação da autenticidade de uma prova, é a própria autenticação que restará comprometida no caso de presença de irregularidades. Desta forma, tal discussão não enfrenta a violação ao contraditório ou à ampla defesa, sendo que a problemática deve ser solucionada quando da valoração da prova.<sup>29</sup>

## 6.1 A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NOS TRIBUNAIS

Apresentados neste estudo o conceito de cadeia de custódia, suas etapas e previsão normativa, assim como a verificação das consequências de sua quebra na doutrina, é imperiosa a verificação da discussão no âmbito jurisprudencial. No Brasil, o tema da cadeia de custódia ganhou maior relevância no ordenamento com o julgamento em 2014, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Habeas Corpus (HC) nº 160.662/RJ.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> No mesmo sentido, Badaró descreve que “não é a cadeia de custódia em si. Mas sim uma prova sobre a prova. Sua finalidade é assegurar a autenticidade e integridade da fonte de prova, ou sua mesmidade. Ela, em si, não se destina a demonstrar a veracidade ou a falsidade de afirmações sobre fatos que integram o *thema probandum*.” Quanto à qualidade de “mesmidade” da prova, o autor ainda explica que o vocábulo foi consagrado pelo Tribunal Supremo Espanhol, na Sentença de 10 de fevereiro de 2010, indicando que, “para tanto, é necessário observar uma série de garantias formais da custódia e tratamento do elemento de prova, para evitar qualquer mudança ou alteração dos mesmos, bem como garantir que os elementos apresentados ao juiz sejam os mesmos que foram recolhidos no início da investigação.” (BADARÓ, 2018, p. 525-535).

<sup>30</sup> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócua e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna. IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica. V. Hipótese em que

O HC em questão situa-se no contexto da operação denominada “Negócio da China” (OPERAÇÃO NEGÓCIO..., 2008). No âmbito da operação, catorze indivíduos foram denunciados pelas práticas de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e descaminho. Dois

---

os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, como incurso nos crimes dos arts. 288 e 334 do Código Penal e art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/98, em que se apura a ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, pela sociedade empresária. VI. Se as pretensões deduzidas neste writ, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante o Tribunal de origem, no acórdão ora impugnado, inviável seu conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público. VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012). IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa - cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático - encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96). X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF. XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário. XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário. XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9 (BRASIL, 2014).

acusados impetraram HC, sustentando que parte substancial da prova colhida foi unilateralmente apagada, ou seja, sem que o Ministério Público Federal, a defesa e o Judiciário tivessem a cognição sobre essa parcela da prova e, nesse sentido, pudessem exercer controle ou fiscalização da mesma, ofendendo o contraditório, a ampla defesa, a comunhão da prova e a paridade de armas. Assim, no bojo do remédio constitucional, foram pleiteadas a declaração de invalidade da prova e o respectivo desentranhamento do material coletado ao longo da interceptação.

Factualmente, durante a investigação, foi devidamente autorizada a quebra de sigilos telefônico e telemáticos dos investigados em questão. Contudo, uma fração das ligações telefônicas, áudios e e-mails interceptados foram extraviados.

Na análise do HC, a sexta turma do STJ concluiu pela ilicitude da prova, indicando que, apesar de as transcrições completas das gravações obtidas serem itens dispensáveis, as conversas captadas no âmbito da interceptação devem ser disponibilizadas de forma integral no processo, concluindo que houve lesão ao direito à prova, à ampla defesa e ao contraditório, assim como à garantia da paridade de armas. Nessa lógica, a Relatora Ministra Assusete Magalhães:

É certo que todo material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se [...] o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que **constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas**, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. [...] **Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integridade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados** (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Preliminarmente, com relação ao extravio de parte das ligações, áudios e e-mails interceptados, o contraditório realmente resta prejudicado, considerando que a parte não tem acesso à prova de modo integral, o que consiste num obstáculo à produção da contraprova.

Contudo, no caso em tela, verifica-se que ocorreu o descumprimento com relação à efetiva preservação das fontes probatórias e não propriamente uma quebra da cadeia de custódia, considerando que houve a perda de parcela dos próprios elementos de prova (CALDEIRA, 2020, p. 213).

De qualquer modo, ainda que se conclua pela violação à cadeia de custódia da prova *in casu*, ressaltando o fato de que a interceptação realizada durante a fase investigatória foi

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMSP*, 22, 2022, p. 22-48.**

devidamente autorizada, a quebra da cadeia de custódia, ainda assim, não tornaria a prova ilícita, mas tal fato seria refletido no campo de valoração da prova. Logo:

O defeito na preservação ou identidade do item afeta o *peso* da prova, e *não* sua validade. Veja-se que as conversas interceptadas que foram mantidas foram colhidas com todas as cautelas legais, e atendendo a todos os requisitos de validade. [...] A perda de parte dos diálogos é, na verdade, lesiva “à prova” da acusação e à sua força. Dessa lesão à prova não decorre que a prova é ilícita, mas sim que é uma prova mais fraca. (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016, p. 461-462).

Considerando-se a recente entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, que introduziu importante regulamentação no ordenamento jurídico acerca do tema da cadeia de custódia, cumpre verificar a abordagem recente da temática nos Tribunais Superiores.

Na data de 27 de abril de 2020, a 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com relatoria do Desembargador Guilherme de Souza Nucci, decidiu na Apelação Criminal nº 1503220-46.2018.8.26.0536 (SÃO PAULO, 2020) que “no caso em tela, é impossível concluir pela eficácia do armamento apreendido, uma vez que ele não foi devidamente periciado, sendo, em verdade, substituído por outro.”

No julgado, a defesa alegou, em sede de recurso de apelação, a quebra da cadeia de custódia, considerando a ilicitude do laudo pericial da arma que foi encontrada e coletada no lugar dos fatos. O voto do Desembargador acolheu a tese, destacando que não foi possível determinar se a arma apreendida no local da infração era exatamente a mesma que foi objeto do exame pericial. Já que, de acordo com a requisição do exame pericial, a arma apreendida foi acondicionada com numeração no lacre distinta daquela que foi apresentada pelo laudo, no âmbito da perícia realizada pelo Instituto de Criminalística. De acordo com trecho retirado da ementa: “[...] a numeração do lacre inserido pela autoridade policial não corresponde ao lacre recebido e periciado pelo Instituto de Criminalística. Quebra da cadeia de custódia da prova pericial.” (SÃO PAULO, 2020).

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como finalidade precípua a análise do conjunto de procedimentos denominado cadeia de custódia, nos termos das alterações legislativas introduzidas pela nº Lei 13.964/19; contextualizando o instituto dentro da complexa temática das provas no processo penal; diferenciando os regimes jurídicos da cadeia de custódia da prova e prova da cadeia de custódia; apontando a necessária relativização da necessidade da prova da

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMSP*, 22, 2022, p. 22-48.**

cadeia de custódia; bem como verificando, em uma breve análise doutrinária e jurisprudencial, as consequências da quebra da cadeia de custódia no ordenamento brasileiro.

A atividade probatória no âmbito do processo penal deve ser realizada estritamente dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e pela própria lei processual, não se admitindo a violação de direitos fundamentais para que se busque elementos probatórios com o propósito de que se logre a verdade no processo.

Com o intuito de possibilitar o efetivo cumprimento das formalidades previstas na lei processual, no tocante à produção de provas, a cadeia de custódia garante a própria autenticidade da prova penal, bem como sua integridade, formando um conjunto de procedimentos de documentação ininterrupta – desde a coleta até o descarte da evidência – que garante a cognição de que a prova apresentada em Juízo, para ser valorada pelo julgador, corresponde exatamente àquela evidência coletada ou apreendida no local dos fatos, sem quaisquer modificações. Caso ocorram irregularidades relativas à documentação da cadeia de custódia, o objeto de prova em questão não precisa ser necessariamente considerado como ilícito e, portanto, inadmitido do processo.

De forma que, à exceção de que ocorra uma mácula irremediável que ofenda direitos e garantias fundamentais, o vício ou irregularidade ocorrido no contexto da cadeia de custódia deve ser cuidadosamente analisado no âmbito da própria valoração da prova pelo julgador no caso concreto, concedendo um maior ou menor peso àquela evidência dentro do conjunto probatório do respectivo processo.

## **REFERÊNCIAS**

LEGAL INFORMATION INSTITUTE (LII). Federal Rules of Evidence. New York: LII, 2011. Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\\_403](https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_403). Acesso em: 24 fev. 2021.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Tecnologia da informação. Técnicas de segurança. Diretrizes para coleta, aquisição e preservação de evidência digital. *Norma Técnica ISSO/IEC 27037:2013*. Brasília: ABNT, 09 jan. 2014. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 517-538.

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMPS*, 22, 2022, p. 22-48.**

COLÔMBIA. *Ley 906 de 2004*. Diário Oficial, Bogotá, n. 45.658, 1 set. 2004. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Constituição [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, [1941]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. *Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998*. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [1998]. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html). Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Planalto, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm). Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus nº 160.662/RJ. Penal e processual penal [...] *Diário da Justiça Eletrônica*, Brasília, DF, 17 mar. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª T.). RE nº 464.963-2-GO. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006 apud DIDIER JÚNIOR, Freddie. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional. *Revista do Ministério do Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 70, p. 179-188, out./dez. 2018. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fredie\\_Didier\\_Jr.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fredie_Didier_Jr.pdf). Acesso em: 23 fev. 2021.

CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Figaro. Cadeia de custódia: arts. 158-A a 158-F do CPP. In: AKERMAN, William; DUTRA, Bruna Martins Amorim (org.). *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 203-223.

CONTE, Christiany Pegorari; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Desafios do Direito Penal no mundo globalizado: a aplicação da lei penal no espaço e os crimes informáticos. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 1-28, jan./jun. 2008. Disponível em: [https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/desafios\\_do\\_direito\\_penal\\_rdit.pdf](https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/desafios_do_direito_penal_rdit.pdf). Acesso em: 20 fev. 2021.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMPS*, 22, 2022, p. 22-48.**

(Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 435-471.

DIDIER JÚNIOR, Freddie. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional. *Revista do Ministério do Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 70, p. 179-188, out./dez. 2018. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fredie\\_Didier\\_Jr.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fredie_Didier_Jr.pdf). Acesso em: 23 fev. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. PROVA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Revisão Criminal. In: SILVA, Marco Antonio Marques. (Coord.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP. *PUC-SP*, São Paulo, set. 2020. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/452/edicao-1/revisao-criminal>. Acesso em: 23 fev. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, n. 136, p. 42, 18 jul. 2014. Disponível em [http://www.lex.com.br/legis\\_25740023\\_PORTARIA\\_N\\_82\\_DE\\_16\\_DE\\_JULHO\\_DE\\_2014](http://www.lex.com.br/legis_25740023_PORTARIA_N_82_DE_16_DE_JULHO_DE_2014). Acesso em: 20 fev. 2021.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 97, p. 1-15, set./out. 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDConsInter\\_n.97.05\\_1.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF). Acesso em: 21 jan. 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A proibição da reformatio in pejus indireta no júri. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina, p. 1-3, 02 out. 2016. Disponível em [https://www.mpba.mp.br/system/files\\_force/biblioteca/criminal/artigos/processo\\_penal/a\\_proi](https://www.mpba.mp.br/system/files_force/biblioteca/criminal/artigos/processo_penal/a_proi)

**CORRÊA, BARBARA GALVÃO ANTUNES; BARONE, MARCELO LUIZ. CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL. *RJESMPS*, 22, 2022, p. 22-48.**

bicao\_da\_reformatio\_in\_pejus\_indireta\_no\_juri\_-  
\_dr.\_romulo\_de\_andrade\_moreira.pdf?download=1. Acesso em: 23 fev. 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Vinícius Machado. Função de Hash em Forense Digital. *TI Forense*, São Paulo, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.tiforense.com.br/funcao-de-hash-em-forense-digital/>. Acesso em: 23 fev. 2021.

OPERAÇÃO NEGÓCIO da China combate comércio de produtos contrabandeados. *O Globo*, São Paulo, 25 nov. 2008. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/operacao-negocio-da-china-combate-comercio-de-produtos-contrabandeados-3815179>. Acesso em: 24 fev. 2021.

PARODI, Lorenzo. A cadeia de custódia da prova digital à luz da lei 13.964/19 (Lei anticrime). *Migalhas*, São Paulo, 17 fev. 2020. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/320583/a-cadeia-decustodia-da-prova-digital-a-luz-da-lei-13964-19-leianticrime>. Acesso em: 21 fev. 2021.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova do processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAMOS, Armando Dias. *A prova digital em processo penal*. Lisboa: Chiado Editora, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Criminal nº 1503220-46.2018.8.26.0536*. Relator: Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/223572174/processo-n-1501353-8120198260536-do-tjsp>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 81, 2005.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinícius. *Processo Penal II: Provas, Questões e Processos Incidentes*. Col. Saberes do Direito, v. 11. São Paulo: Saraiva, 2012.

**Artigo recebido em: 10/09/2021**

**Aceito para publicação em: 21/06/2023**

# QUAL O LUGAR DA VERDADE NO PALCO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL?

## *WHERE DOES THE TRUTH PLACE ON THE STAGE OF THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT?*

**Gabriel Marson Junqueira**

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestrado - reconhecido pela UFMG - em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

## RESUMO

O presente artigo procura responder a seguinte questão: o legislador, ao regular o instituto do acordo de não persecução penal, preocupou-se em que medida com a verdade, ou seja, com a punição apenas por fatos criminosos efetivamente praticados pelo investigado? Após análise sobre os fins do processo penal, sobre diversas concepções de verdade, além de breve menção aos requisitos legais para celebração do acordo de não persecução penal, conclui-se que o regime jurídico do instituto é ainda compatível com o fim do processo penal de busca da verdade material. Embora haja um “défice de verdade”, isto é, embora o legislador tenha privilegiado o célere restabelecimento da paz jurídica, procurou também salvar o máximo possível de conteúdo da busca da verdade material.

**Keywords:** Purposes of criminal proceedings – Search for material truth – Consensual criminal justice – Criminal non-prosecution agreement.

## ABSTRACT

This article seeks to answer the following question: the legislator, when regulating the institute of the criminal non-prosecution agreement, was concerned to what extent with the truth, that is, with punishment only for criminal facts actually practiced by the investigated? After an analysis of the purposes of the criminal procedure, of various conceptions of truth, in addition to a brief mention of the legal requirements for signing the criminal non-prosecution agreement, it is concluded that the legal regime of the institute is still compatible with the end of the criminal procedure of search for material truth. Although there is a “deficit of truth”, that is, although the legislator has privileged the speedy re-establishment of legal peace, he has also sought to save as much content as possible from the search for material truth.

**Palavras-chave:** Finalidades do processo penal – Busca da verdade material – Justiça penal consensual – Acordo de não persecução penal.

## SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Finalidades do processo penal – 3. Concepções de verdade – 4. Notas sobre o acordo de não persecução penal – 5. A verdade e o acordo de não persecução penal – 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

## **1 INTRODUÇÃO**

Por meio da Lei nº 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime, o legislador brasileiro incluiu no CPP o art. 28-A. Desse modo, regulou o instituto do acordo de não persecução penal, antes previsto apenas na Resolução nº 181/17, do CNMP, cuja constitucionalidade, no ponto, era questionável.

Numa primeira aproximação ao instituto, talvez possamos dizer que constitua ajuste firmado, em princípio ao final da fase investigatória, entre Ministério Público e investigado, assistido por seu defensor, por meio do qual o investigado reconhece a responsabilidade pelo fato, abre mão de se defender provando e de ter o mérito da pretensão punitiva analisado profundamente por um juiz, para receber, desde logo, uma pena atenuada e não privativa de liberdade. Neste breve artigo, pretendemos analisar que papel foi reservado para a verdade no âmbito do acordo de não persecução penal. Isto é, a questão que nos move é principalmente a seguinte: o legislador, ao regular o instituto – baseado no consenso e cuja aplicação deve ocorrer, em princípio, ainda antes da fase judicial –, preocupou-se em que medida com a punição apenas por fatos criminosos efetivamente praticados pelo investigado?

Com a expectativa de alcançar nosso objetivo, iremos, primeiramente, averiguar quais são as finalidades do processo penal. Com isso, pretendemos situar melhor o papel desempenhado pela verdade no processo penal em geral – se é que possui algum. Em seguida, brevemente, iremos verificar algumas concepções de verdade – *v.g.*, verdade material, verdade formal, verdade consensual. Isso será feito com o propósito de chegar a uma conclusão quanto a qual seria a noção de verdade que, se o caso, precisa ser perseguida no curso do processo. Na sequência, analisaremos, mui rapidamente, a regulação legal do acordo de não persecução penal e os requisitos para sua aplicação. Por fim, faremos uma análise crítica daqueles requisitos que podem externar alguma preocupação com a verdade, na ânsia, inclusive, de compreender qual concepção de verdade teria sido privilegiada.

A pesquisa, a nosso ver, justifica-se porque há quem diga, na literatura jurídica pátria, que a justiça penal consensual, de um modo geral, renuncia completamente à preocupação com a verdade. Gustavo Henrique Badaró, *v.g.*, afirma que o processo penal consensual “é um exemplo de modelo processual que, ideologicamente, não tem na verdade um escopo a ser seguido” (2017, p. 388). Na mesma linha, para Geraldo Prado (2001, p. 250), nos espaços do processo penal cedidos ao consenso, a busca da verdade é “substituída” pelo consenso entre as partes. Ocorre que, na literatura jurídica estrangeira, não raro são encontradas lições um tanto

diferentes, afirmando-se que a regulação do acordo no processo penal pode ainda ser compatível com a busca da verdade *material* (SANTOS, 2020, p. 219).

Daí a importância de sopesar os argumentos invocados de parte a parte, mas principalmente de analisar com cuidado o teor do nosso art. 28-A do CPP. Em nosso sentir, o art. 28-A revela alguma consideração pela verdade, sobretudo quando explicita que o acordo de não persecução penal não é cabível se for hipótese de arquivamento, bem assim quando exige, para sua celebração, confissão formal e *circunstanciada* do investigado. Parece-nos que a questão mais delicada seja saber qual o grau de consideração. De qualquer modo, aqui já fazemos adiantamento porventura indevido de ponderações que serão melhor deduzidas à frente.

## **2 FINALIDADES DO PROCESSO PENAL**

Como bem lembra Cláudia Cruz Santos (2020, p. 18), “nenhum processo pode ser compreendido sem a compreensão do seu fim – ou dos seus fins”. Com efeito, o vocábulo “processo”, por si só, já remete a um conjunto de atos concatenados, ou seja, a uma marcha em direção a certo fim (SANTOS, 2020, p. 18). Resta saber qual ou quais seriam esses fins.

De acordo com Aury Lopes Júnior, definitivamente, a busca da verdade não estaria entre os fins do processo penal. Logo, para ele, a questão que se coloca neste artigo, nos termos em que colocada, nem teria cabimento – o que, a nosso ver, revela até um déficit garantista do seu posicionamento. De acordo com referido autor, a prova no processo penal tem função meramente persuasiva. Seu propósito, diz ele, é “avalizar a narrativa de um dos personagens do diálogo, tornando-a idônea para ser assumida como própria por outro personagem, o juiz” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 570). A verdade não poderia ser aceita nem como horizonte utópico (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 575). Por fim, ressalta que a sentença não deve sequer ter a pretensão de estar em sintonia com a realidade histórica. Não passaria de um “ato de convencimento”. E arremata: “se isso [leia-se: o convencimento do juiz] coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 575).

A nosso ver, não é possível concordar com esse modo de ver as coisas. Talvez uma visão como essa faça algum sentido num ordenamento jurídico em que o juiz não possui qualquer poder instrutório, ou seja, num processo adversarial, acusatório puro, ou extremado, como o norte-americano. Num processo penal como o brasileiro, que possui proximidade maior

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

com o modelo europeu-continental (acusatório-misto) em razão da indisponibilidade da ação penal (art. 42 do CPP), dos poderes instrutórios concedidos ao juiz, ainda que supletivos (ver, por exemplo, arts. 156 e 212, parágrafo único, do CPP), do princípio do impulso oficial (art. 251 do CPP) e, ainda, da forma como foi disciplinado o instituto da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP), a verdade só pode estar entre os fins do processo penal.

Creemos, independentemente do modo como a questão foi regulada pelo legislador pátrio, que a verdade deva mesmo estar entre os fins do processo penal. A verdade legitima a atividade jurisdicional. Não se pode considerar justa uma sentença cujo conteúdo foi definido com base na sorte. “Justiça e verdade são, portanto, noções complementares” (BADARÓ, 2017, p. 386). Ou, como prefere Rosimeire Ventura Leite, “formam um todo inseparável” (2013, p. 36).

Não convence a tese de que o sistema acusatório, consagrado pela Constituição Federal (art. 129, I), seria incompatível com a previsão de poderes instrutórios para o juiz. Como leciona Gustavo Henrique Badaró, o fundamental, no processo acusatório, é que as partes tenham direito à prova e que o juiz não acuse, apenas julgue. “Todavia, se este juiz [também] terá ou não poderes instrutórios é algo que não diz respeito à essência do sistema” (BADARÓ, 2017, p. 100-101). O autor ainda esclarece que o juiz não tem sua imparcialidade comprometida pelo fato de possuir poderes instrutórios, a menos que ele se converta num “buscador” de fontes de prova. Em princípio, o fato de o juiz ter poderes instrutórios revela, apenas, a adoção de um modelo que se preocupa mais com a reconstrução dos fatos (BADARÓ, 2017, p. 100).

Assim, expostas as razões para a não adesão nossa ao posicionamento de Aury Lopes Júnior, resta saber quais seriam, a nosso ver, os fins do processo penal. Já deixamos antever que, de acordo com o ordenamento pátrio, a busca da verdade material deve estar entre eles, no que acompanhamos os países da Europa continental (ARMENTA DEU, 2012, p. 135). Com efeito, duas das marcas do processo penal no modelo europeu-continental são a existência de poderes instrutórios do juiz, ainda que supletivos, e a indisponibilidade do objeto do processo (OLIVEIRA, 2021, p. 315). Mas, reconhecemos, a nossa posição ainda demanda maiores desenvolvimentos.

A partir do momento em que o Estado proibiu a vingança privada, nasceu para ele, “como o reverso da mesma moeda”, a obrigação de proteger seus cidadãos (direito penal). Nasceu, igualmente, o dever de criar normas que lhe possibilitem investigar e condenar o criminoso e, com a solução definitiva do caso penal, restaurar a paz social (direito processual penal) (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 58). Aliás, no antigo direito germânico, o crime

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

(*Verbrechen*) era visto como uma forma de quebrar (*brechen*) a paz comunitária (TOLEDO, 1994, p. 217). Desse modo, como dizem Roxin e Schünemann, “é certo que o processo serve, em primeiro lugar, à imposição do direito material” (2019, p. 63-64).

Nem poderia ser diferente, pois o direito penal não possui coerção direta, ou seja, diferentemente do que se passa com o direito privado, o direito penal praticamente “não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 75). Não obstante, no curso do processo concreto, não há certeza ainda sobre a responsabilidade do acusado. Ademais, desde um ponto de vista normativo, vige a presunção de inocência. Isso tudo, aliado ao risco que o processo penal representa para a liberdade do réu, impõe a necessidade de limitar os poderes de intervenção dos responsáveis pela persecução penal (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 58-64). Vale dizer, impõe a necessidade de proteger os direitos fundamentais da pessoa acusada ou investigada.

Como se pode notar, o processo penal não persegue um único fim. Deve, a um só tempo, preocupar-se (i) com a imposição do direito penal, de uma forma que corresponda ao fato verdadeiramente praticado (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 58), (ii) com a proteção dos direitos fundamentais do acusado perante o Estado e (iii) com o restabelecimento da paz jurídica, que foi posta em causa com a prática do crime (ANTUNES, 2016, p. 14).

Além de o processo penal não perseguir um único fim, o que por si só já representaria uma dificuldade para o legislador e para o intérprete, os fins são ainda conflitantes, antinômicos. A necessidade de proteger direitos fundamentais do investigado pode se contrapor à descoberta da verdade. A descoberta da verdade, do mesmo modo, pode encontrar óbice no instituto da coisa julgada, que se prende com o restabelecimento da paz jurídica. Dessa conflituosidade resulta a necessidade de encontrar soluções de “concordância prática”, as quais, “precisamente por o serem, nem sempre permitem que se cumpra de forma plena, exaustiva, qualquer uma das finalidades” (SANTOS, 2020, p. 18). Nas palavras de Figueiredo Dias, a superação da impossibilidade de harmonização completa dos fins do processo penal passa por “operar a *concordância prática* das finalidades em conflito; de modo a que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo de conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”, desde que não se ultrapasse o limite da dignidade da pessoa humana (1987, p. 13).

Não concordamos, portanto, com a visão – reducionista? – de Aury Lopes Júnior, para quem “o objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado” (2013, p. 64). Embora o autor reconheça, num primeiro momento, “o caráter instrumental do

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

processo penal com relação ao Direito Penal e à pena” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 76), ao final, ao definir o “conteúdo” dessa instrumentalidade, afirma: “concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 81).

Por acaso se afigura razoável que os relevantes fins do direito penal, que é desprovido de coerção direta, sejam praticamente ignorados pelo processo penal, ou colocados – para dizer o mínimo – em segundo plano? O fabricante de pneus, claro, tem muitas preocupações quanto às qualidades do seu produto: durabilidade, segurança, descarte futuro etc. No entanto, um pneu que não tenha o propósito de viabilizar o movimento do veículo sequer seria digno desse nome. O autor, ao colocar toda a ênfase na proteção de direitos fundamentais do acusado, sugere uma facilidade, na solução da conflituosidade – ou ele chega a negá-la? – dos fins do processo penal, que não existe, nem poderia, mesmo, existir.

Hodiernamente, há quem insira, entre as finalidades do processo penal, a satisfação dos interesses da vítima. Assim, o processo penal deveria procurar satisfazer os interesses da sociedade, do imputado e da vítima (LEITE, 2013, p. 05 e 257). Contudo, a nosso ver, a inclusão da satisfação dos interesses da vítima entre os fins do processo penal ainda exige maiores reflexões. Em princípio, tendemos a concordar com Roxin e Schünemann, para os quais a proteção da vítima apenas pode ser um “fim secundário” do processo penal, não podendo, de nenhuma maneira, afetar os legítimos interesses de defesa do acusado (2019, p. 62).

Feitas essas breves ponderações, ou seja, bem compreendido o papel reservado à verdade no processo penal, sentimos agora a necessidade de esclarecer que verdade seria essa. Verdade material, verdade formal, verdade consensual e verdade processual. São muitas as noções de verdade referidas pela literatura jurídica. Ainda que a traço bem grosso, a seguir, pretendemos explicar essas concepções de verdade, a fim de chegar a uma conclusão quanto a qual seria a verdade que deve ser buscada no processo penal sem prejuízo, evidentemente, dos demais fins do processo e da necessidade de obter uma “concordância prática” entre eles.

### **3 CONCEPÇÕES DE VERDADE**

Como esclarece Rosimeire Ventura Leite, existem várias concepções de verdade. Duas delas, no entanto, interessam mais de perto para o objeto deste estudo. De acordo com a teoria da correspondência, a verdade é alcançada quando se tem correspondência entre uma

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

proposição e a realidade (2013, p. 35-36). Já para a perspectiva do consenso, uma proposição é verdadeira quando produz um consenso fundado (2013, p. 36).

A verdade perseguida no processo penal, em princípio, é a verdade como correspondência. Explica Gustavo Henrique Badaró que “a verdade [...] traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos” (2017, p. 386). Um pouco à frente, o autor é ainda mais enfático, quanto à adoção do conceito de verdade como correspondência. Diz ele: “a realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados, no caso, da imputação feita no processo penal” (2017, p. 387).

De fato, num ordenamento jurídico como o brasileiro, eventual acolhimento da perspectiva do consenso seria paradoxal. Se a culpa é pressuposto irrenunciável da pena criminal, ela deve ser efetivamente demonstrada no processo penal (SANTOS, 2020, p. 79). O processo penal deve estar em sintonia com o direito penal, e vice-versa. Eles estão ou devem estar em relação de mútua complementariedade funcional (ANTUNES, 2016, p. 08). É por isso, aliás, que dispositivos como os incisos II e III do art. 374 do CPC não encontram paralelo no processo penal. Isto é, demonstrações presumidas de fatos não podem ser admitidas.

Como já se vê, não vemos razão para abandonar a distinção entre a verdade material, perseguida no processo penal, e a verdade formal, própria do processo civil. Não que o processo civil não se preocupe com a verdade. O que muda é a intensidade do esforço empregado para se alcançar a verdade, que é maior no processo penal (BETTIOL, 1974, p. 280). Como, em regra, no processo civil estão em jogo interesses privados e como, no direito civil, vige a autonomia da vontade, dispositivos como os arts. 355, II, 374, II e III, 487, III, “a”, e 487, III, “c”, todos do CPC, não nos causam espécie. No processo penal, como o objeto não é disponível, situações equivalentes não podem ser solucionadas da mesma forma (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 170-172). Por isso, Figueiredo Dias já se referiu à verdade material como “uma verdade subtraída à influência que, por meio de seu comportamento processual, a acusação ou a defesa possam exercer sobre ela” (1974, p. 61).

Ao contrário do que muitas vezes se supõe, do que vai no texto não decorrem apenas consequências favoráveis à acusação. O valor relativo da confissão (art. 197 do CPP), por exemplo, é corolário da indisponibilidade do objeto do processo penal (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 170). De qualquer modo, Bettiol já advertia que “a contraposição entre verdade legal ou formal e verdade substancial não deve [...] ser exasperada a ponto de se

ver nela uma rotura [...]. Deve apenas ser considerada como um critério tendencial” (1974, p. 281).

Do mesmo modo, não vemos razão para abandonar o conceito de verdade material em favor de uma verdade dita “processual”. Não compreendemos as tentativas – ver, *v.g.*, Aury Lopes Júnior (2013, p. 566) – de conectar a verdade material, ou substancial, a uma busca da verdade a qualquer custo e sem qualquer limite. Faz muitas décadas que se explica que a verdade material, “não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser, antes de tudo, uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer custo, mas processualmente válida” (DIAS, 1974, p. 61).

Deveras, há limites à elucidação do fato. A verdade material não pode mesmo ser buscada a qualquer custo, desde logo porque existem outras finalidades igualmente importantes para o processo penal, como a proteção de direitos fundamentais do acusado. Quando se usa a expressão “verdade material”, deseja-se apenas contrapô-la à “verdade formal”, suscetível a influências do comportamento processual das partes, normalmente admitida no processo civil e no processo penal anglo-saxônico (SANTOS, 2020, p. 43). Assim – corretamente, apenas! – vista a verdade material, ou substancial, não enxergamos qualquer diferença entre ela e a “verdade processual”, defendida, por exemplo, por Aury Lopes Júnior (2013, p. 568) e por Rosimeire Ventura Leite (2013, p. 38).

Aqui chegados, já compreendemos quais são os fins do processo penal e como a busca da verdade se posiciona entre eles. Outrossim, já compreendemos de que verdade estamos falando, ao estudar as finalidades do processo penal. Entretanto, antes de enfrentar mais diretamente a questão que nos move neste trabalho, ainda precisamos fazer algumas considerações sobre a justiça penal consensual, principalmente sobre o acordo de não persecução penal. A nosso ver, só assim teremos condições de verificar, com segurança, que consideração o instituto disciplinado no art. 28-A do CPP teve pela verdade.

#### **4 NOTAS SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal vem sendo observada em todos os cantos. Segundo Bernd Schünemann (2013, p. 255), uma das marcas, hoje, da evolução global do processo penal é a “abolição da audiência de instrução e julgamento, pública e oral, enquanto centro decisório, a qual constituiu durante os últimos 200 anos o fundamento único

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

para a imposição de uma sanção penal”. Em sentido próximo, já se afirmou que “o processo de julgamento completo está em declínio em todos os lugares” (DAMASKA, 2010, p. 82).

Por diversas razões, mas sobretudo por conta do aumento considerável do número de tipos penais previstos na legislação, do crescimento exponencial da criminalidade nas últimas décadas e dos assim chamados “processos-monstros”, a justiça criminal está sobrecarregada (SCHÜNEMANN, 2013, p. 256). Daí, então, o surgimento de novas vias, de caráter principalmente processual, para aumentar a capacidade de funcionamento da justiça penal. Dentre essas vias, duas parecem merecer destaque, a saber: a) a ampliação dos espaços de consenso; e b) a previsão de procedimentos especiais, que suprimem algumas fases do rito ordinariamente observado, quer por ter havido prisão em flagrante, quer por ter havido confissão, quer, ainda, pelo fato de a prova a ser produzida em juízo ser menos complexa (LEITE, 2013, p. 61). Crê-se que, como os tipos penais são muito variados, com exigências típicas completamente diferentes, não faz sentido submeter todos os casos a um mesmo procedimento.

Em verdade, como dito acima, as *principais* vias encontradas para melhoria da capacidade de funcionamento da justiça criminal são processuais. Mas, em outros países, alternativas ligadas ao direito material não têm sido ignoradas. A título de exemplo, em Portugal o legislador optou por substituir parte do direito penal – aquela relativa às contravenções penais – por um direito administrativo sancionador, mais célere (VASCONCELLOS, 2020, p. 58-59).

No Brasil, contudo, as apostas têm se concentrado na justiça consensual – o que aparentemente se mantém com o PLS 156/09 (Projeto de Novo Código de Processo Penal). Nessa trilha, recentemente, a Lei Anticrime inseriu no CPP um art. 28-A, regulamentando, desse modo, o instituto do acordo de não persecução penal. Trata-se de mais um mecanismo de justiça penal consensual, ao lado da composição civil de danos, da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de colaboração premiada.

Como se pode notar, cremos ser possível inserir o acordo de colaboração premiada ao lado dos demais institutos de justiça penal consensual; do acordo de não persecução penal, inclusive. Todos, de fato, baseiam-se no consenso. Isso, no entanto, não esconde uma diferença importante entre, por um lado, o acordo de colaboração premiada e, por outro, os demais institutos da justiça penal consensual. Parece-nos que esse último grupo radique na crença de que, por vezes, o interesse na persecução penal possa ser satisfeito de outra maneira, isto é, sem o processo penal. Já no caso de acordo de colaboração premiada, admite-se que, em algumas

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

situações, ao interesse na persecução penal do colaborador sejam opostos interesses estatais considerados prioritários (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 160 e ss.).

Seja como for, temos um instrumento novo na panóplia da justiça penal consensual brasileira: o acordo de não persecução penal. Em nosso sentir, é possível conceituá-lo como um ajuste, firmado, em princípio, ao final da fase investigatória, entre Ministério Público e investigado, assistido por seu defensor, por meio do qual o investigado reconhece a responsabilidade pelo fato, abre mão de se defender provando e de ter o mérito da pretensão punitiva analisado profundamente por um juiz, para receber, desde logo, uma pena atenuada e não privativa de liberdade. Firmado e homologado o acordo, cumpridas, na sequência, as condições pactuadas, o juiz deve declarar extinta a punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP).

Os requisitos não formais para a celebração do acordo, ou para a feitura de proposta pelo Ministério Público, encontram-se no art. 28-A, “caput” e § 2º, do CPP. São eles, grosso modo: a) não ser caso de arquivamento; b) confissão formal e circunstanciada do investigado; c) prática de infração penal sem violência ou grave ameaça; d) pena mínima cominada inferior a quatro anos; e) suficiência do acordo para o atingimento dos fins da pena; f) não cabimento de transação penal; g) condições pessoais favoráveis do investigado; h) não ter sido o investigado, nos cinco anos anteriores, beneficiado com transação penal, suspensão condicional do processo, ou acordo de não persecução penal; e i) não se cuidar de crime praticado no contexto de violência doméstica ou familiar.

Pois bem. Bem entendidos o contexto do acordo de não persecução penal, seu conceito e seus requisitos, temos agora, segundo cremos, terreno seguro para encarar o problema proposto no início.

## **5 A VERDADE E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Como já afirmado, há lições doutrinárias no sentido de que, no âmbito do processo penal consensual, a verdade não seria um escopo a ser seguido (BADARÓ, 2017, p. 388). Não nos parece, entretanto, correta essa afirmação. A depender da conformação dada à justiça penal consensual pelo legislador, o que é possível dizer é que há um abandono da verdade como correspondência, adotando-se a perspectiva do consenso, segundo a qual uma proposição é verdadeira quando produz um consenso fundado. Isso, contudo, é claramente diferente de dizer que a verdade deixou de ser um alvo a ser perseguido no processo penal. Em vez disso, estamos a falar de mudança de critério para aferição da verdade ou não de uma proposição.

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

Não por outro motivo, já se disse na literatura jurídica nacional que, com a Lei nº 9.099/95, que criou e regulou os institutos da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, ao lado do clássico princípio da verdade material, agora se tinha de admitir também uma “verdade *consensuada*” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 1999, p. 43-44). Aliás, embora essa lição doutrinária, especificamente, seja muitas vezes mencionada, peca-se, quase que invariavelmente, por esquecer que ela está intimamente conectada a uma outra, dos mesmos autores. Para eles, por força do art. 69 da Lei nº 9.099/95, existiria um direito subjetivo do autor do fato a não ser investigado pela autoridade policial se preferir a transação penal (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 1999, p. 109-110).

Ora, se nem mesmo investigação propriamente dita pode ocorrer, faz sentido, para referidos autores, que a transação penal pressuponha uma substituição da verdade material pela verdade “consensuada”. Na mesma linha de raciocínio, se nem investigação pode ser levada a efeito, não deve o Ministério Público, antes da proposta de transação penal, verificar a efetiva presença de justa causa, mas apenas a tipicidade formal ou a ocorrência de prescrição (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 1999, p. 139).

Ocorre que nada disso se aplica ao regime do acordo de não persecução penal. Em primeiro lugar, não há no regime jurídico do acordo de não persecução penal um dispositivo equivalente ao art. 69 da Lei nº 9.099/95, razão pela qual, inclusive, deixamos de analisar o acerto da interpretação segundo a qual daí decorre um direito a não ser investigado. Em segundo, porque, a nosso ver, o primeiro requisito do acordo de não persecução penal (“não ser caso de arquivamento”) só pode ser entendido como exigência de justa causa para celebração do ajuste – isto é, de probabilidade de condenação, ou de suspeita suficiente (*hinreichender Verdacht*), como preferem os alemães. Dito de outro modo, o arquivamento por falta de justa causa tem preferência sobre a proposta de acordo de não persecução penal. E, em terceiro, porque se o acordo de não persecução se satisfizesse com uma verdade consensual, não exigiria confissão circunstanciada, detalhada, para além da exigência, já mencionada, de justa causa. Bastaria uma mera declaração de culpa – algo como a *guilty plea* do direito norte-americano.

Desse modo, como diria Figueiredo Dias, “um acordo não pode conduzir por si próprio e sem mais à conclusão sobre a culpabilidade do arguido [...]. A confissão deve, em suma, ser comprovada na sua credibilidade e não devem ser omitidas, se indispensáveis, quaisquer diligências que conduzam ao seu esclarecimento” (2011, p. 45). Ou seja, o fator de legitimação da justiça consensual deve ser não (apenas) o consenso como tal, “mas a consciência de que já

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

a investigação preliminar conduziu à descoberta da verdade material” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 238).

Portanto, não conseguimos concordar com Aury Lopes Júnior, quando ele sustenta existir, nas investigações em geral, um “impedimento” para o instrutor (delegado de polícia, promotor etc.) apurar a fundo a *notitia criminis* (2013, p. 276-277). O raciocínio já nos parece errado se tivermos em mente o processo tradicional, de julgamento completo. Ora, se o processo, por si só, já constitui uma pena (SCHÜNEMANN, 2013, p. 117), quanto menos inocentes forem submetidos a ele, tanto melhor. Para isso, a autoridade policial precisa apurar a fundo a notícia do crime. Ademais, como já enfaticamente disse Jordi Nieva Fenoll, “de nenhuma maneira se deveria poder acusar alguém simplesmente ‘para ver o que se averigua em juízo’” (2012, p. 30). O raciocínio contrário, segundo o autor espanhol, ofende o princípio da presunção de inocência, que deve ser observado por todos os agentes públicos, inclusive pelos membros do Ministério Público (FENOLL, 2012, p. 30). Por fim, a posição de Aury Lopes Júnior desconsidera os teores dos arts. 4º, “caput”, do CPP, e 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/13.

Mas a posição de Aury Lopes Júnior é ainda mais perigosa em matéria de justiça penal consensual. É que, nesse caso, não haverá instrução processual, com tudo o que isso significa (ausência de contraditório, inexistência de oportunidade para o juiz exercer seus poderes instrutórios, de oportunidade para a defesa exercer suas faculdades probatórias etc.). Logo, já há um “défice de verdade” na justiça penal consensual. Isso precisa ser compensado – e não agravado! – por uma investigação preliminar bem feita, quiçá mais participativa, com atenção a eventuais diligências requeridas pela defesa (art. 14 do CPP) e às demais prerrogativas do defensor (v.g., art. 7º, XXI, do EOAB). Enfim, parece-nos “evidente que, se no curso da atividade normal de investigação já se descobrirem e desvendarem plenamente a ocorrência do crime e a sua autoria, tanto melhor” (BADARÓ, 2017, p. 122).

Isso posto, precisamos, ainda, enfrentar uma outra questão: o que exatamente significa esse “défice de verdade” da justiça penal consensual e, pois, do acordo de não persecução penal? Podemos dizer que, nesse âmbito, a verdade material, característica do processo penal tradicional, foi substituída pela verdade formal? Cremos que a resposta deva ser negativa. Como vimos acima, a expressão “verdade formal” apenas faz sentido em contraposição à expressão “verdade material”. E aquela possui, como nota característica, sua elevada sensibilidade ao comportamento processual das partes. Em nosso sentir, essa elevada sensibilidade não existe no marco do acordo de não persecução penal, afinal, o legislador exigiu, como requisitos para

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

o ajuste, a existência de justa causa, ou de base fática (SALES; MARINELA, 2020, p. 50), e detalhamento na confissão do fato (OLIVEIRA, 2021, p. 319-320).

Destarte, em nossa avaliação, a legitimação do acordo de não persecução penal advém, por um lado, do consenso, que autoriza a restrição a direitos fundamentais do investigado – questão que foge totalmente aos limites deste trabalho –, e, por outro, da convicção de que a investigação e a confissão detalhada já foram suficientes para a descoberta da verdade material. De conseguinte, a nosso ver há na sistemática do acordo de não persecução penal um “défice de verdade”, pelas razões já mencionadas, mas não chega a haver renúncia ao propósito do processo penal – em sentido amplo – de buscar a verdade material.

Justifica-se, por fim e segundo cremos, esse “défice de verdade” decorrente da sistemática do acordo de não persecução penal. Como explicado acima, o processo penal não persegue um fim único. Deve buscar, a um só tempo, (i) a verdade material e a imposição do direito penal, (ii) a proteção de direitos fundamentais das pessoas envolvidas na persecução penal, sobretudo do investigado, e (iii) o restabelecimento da paz jurídica violada com a prática do crime (ANTUNES, 2016, p. 14). Vimos, igualmente, que esses fins do processo penal são conflitantes, donde resulta a necessidade de encontrar soluções de “concordância prática” (SANTOS, 2020, p. 18). Vale dizer, os fins do processo penal não podem ser realizados de forma absoluta, sempre. É natural, na conformação de cada instituto, que ora prevaleça um, ora outro, desde que se salve o máximo possível dos demais.

No regime do acordo de não persecução penal, em nossa avaliação, o legislador, ao exigir justa causa e detalhamento da confissão para sua celebração, salvou o máximo possível da verdade material, ao mesmo tempo em que privilegiou o restabelecimento célere da paz jurídica colocada em causa pelo crime. Ao contrário do que por vezes se afirma, a celeridade tem seu peso no restabelecimento da paz jurídica, afinal, como lembram Roxin e Schünemann, “o processo precisa da máxima celeridade possível (...) em razão da redução da força de significado da sentença, tanto para o autor do delito como para a vítima, com o decurso do tempo” (2019, p. 60). A celeridade – como também a busca da verdade – apenas se torna algo ruim quando defendida a qualquer custo ou quando se confunde celeridade com precipitação (LEITE, 2013, p. 252-255). Contudo, pelas razões já expostas, não entendemos que ao legislador brasileiro, na regulamentação do acordo de não persecução penal, possa ser imputado tal pecado.

Ademais, o menor rigor na busca da verdade no âmbito do acordo de não persecução penal é compensado pelo fato de ele não constituir, propriamente, um “acordo sobre

juízo de julgamento”. Num acordo desse tipo, há efetiva condenação criminal, com todas as suas consequências, inclusive a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade (OLIVEIRA, 2021, p. 317).

## **6 CONCLUSÃO**

Pelo exposto, num esforço de síntese, podemos dizer que, em nosso sentir, a sistemática do acordo de não persecução penal é ainda compatível com o fim do processo penal de busca da verdade material. Em outras palavras, não houve renúncia a esse propósito. A uma, porque o art. 28-A do CPP exige, como requisito para celebração do acordo, que não seja caso de arquivamento. Isto é, exige justa causa, ou base fática. E, a duas, porque o mesmo dispositivo não se contentou com uma simples declaração de culpa do investigado. Em vez disso, exigiu, para celebração do acordo, confissão detalhada – que, por óbvio, deve estar em sintonia com os elementos informativos já colhidos. Deve o juiz, em seguida, quando do juízo de homologação do acordo, verificar a efetiva presença dos seus requisitos legais (JUNQUEIRA; COSTA, 2021, p. 260-266).

Sintomática, aliás, dessa tentativa do legislador de salvar o máximo de conteúdo possível da verdade material foi a não previsão da possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal na audiência de custódia, diferentemente do que fazia a Resolução nº 181/17 do CNMP (art. 18, § 7º). Para além do possível desvirtuamento do (importante) propósito da audiência de custódia e do possível comprometimento da validade do consentimento do investigado, nesse momento pode-se estar ainda distante da verdade material. Celeridade não pode se confundir com precipitação. A lentidão processual é ruim quando inútil. Pode ser positiva, por outro lado, se tiver conexão com reflexão, observação, serenidade e busca da verdade (LEITE, 2013, p. 255).

Assim, embora a comparação com institutos do direito norte-americano seja quase inevitável, por conta da larga experiência daquele país com justiça penal negocial, parece-nos preciso ter cuidado para não enxergar semelhanças onde não há. Lá, apesar de a busca da verdade figurar entre os fins do processo penal, se as partes chegam a um acordo já se torna menos importante determinar como os fatos realmente ocorreram (ARMENTA DEU, 2012, p. 140). Por isso é que, em muitos estados norte-americanos, na prática, juízes não fazem realmente a verificação da existência de base fática mínima para o acordo (GUINALZ, 2019,

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMPPSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

p. 152). É por isso, também, que *charge bargaining*, *fact bargaining* e *date bargaining*, lá, são comuns – enquanto que, aqui, ninguém sequer imagina que estejam autorizados.

Há, de fato, um “défice de verdade” no acordo de não persecução penal. O legislador privilegiou o célere restabelecimento da paz jurídica violada pelo crime, outra importante finalidade do processo penal. Por outro lado, não sacrificou completamente o objetivo de busca da verdade *material*; em vez disso, salvou o máximo possível do seu conteúdo.

## **REFERÊNCIAS**

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. La justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida e vuelta? Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DAMASKA, Mirjan. Negotiated justice in international criminal courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining. Consensual procedures and the avoidance of the Full Criminal Trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Novo Código de Processo Penal*. Textos Jurídicos – I, Ministério da Justiça, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?* Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer S. L., 2012.

GUINALZ, Ricardo. *Consenso no processo penal*. São Paulo: LiberArs, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. Breves considerações sobre o papel do juiz – e do Ministério Público – no acordo de não persecução penal. In: CAMBI, Eduardo; SALES, Danni; MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime: volume II*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 257-268.

**JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.**

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 178, ano 29, p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019.

SALES, Danni; MARINELA, Fernanda. Acordo de não persecução penal e os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais. In: CAMBI, Eduardo; SALES, Danni; MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime: volume I*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 40-55.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

**Artigo recebido em: 01/12/2021**

**Aceito para publicação em: 06/06/2023**

***FAKE NEWS, PROTEÇÃO DE DADOS E ELEIÇÕES NO BRASIL:***

**UMA ANÁLISE JURÍDICA**

***FAKE NEWS, DATA PROTECTION AND ELECTIONS IN***

***BRAZIL: A LEGAL ANALYSIS***

**FLAVIA SANNA LEAL DE MEIRELLES**

Mestra e Doutora em Direito – UERJ. Advogada. Professora da UNIFAA,  
UCAM e Unicarioca.

**LIANDRA SUFIATI MARCONCINI**

Bacharela em Direito – Unicarioca. Pós-graduanda em Direito Digital –  
UERJ. Advogada.

**ROGERIO BORBA DA SILVA**

Mestre em Direito - UniFlu, Doutor em Sociologia - IUPERJ. Professor  
Permanente do Mestrado em Direito Ambiental e Sustentabilidade –  
UNIFACVEST, e dos cursos de graduação em Direito do IBMEC, Unicarioca  
e FAMIFE.

## RESUMO

O tema do papel lesivo das *fake news* nas eleições no Brasil é tratado a partir de uma verificação da legislação vigente em matéria de proteção de dados e justiça eleitoral. O problema da pesquisa corresponde ao questionamento sobre se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) consegue ser um mecanismo de enfrentamento da disseminação de *fake news* para fins eleitorais, e tem como objeto de estudo a relação entre eleições na sociedade da era digital, *fake news* e proteção de dados. O objetivo geral é analisar a eficácia da LGPD para o enfrentamento da disseminação de *fake news* e, conseqüentemente, como mecanismo de contribuição com o processo eleitoral brasileiro. Os objetivos específicos são: entender a extensão do conceito de *fake news*, suas origens e as razões da popularidade destas na sociedade da era digital; estudar a LGPD em seus dispositivos e finalidades; realizar uma análise crítica da LGPD a partir da inegável realidade de disseminação desenfreada de *fake news* por motivos eleitorais; avaliar as resoluções vigentes do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre o tema; e identificar de que forma o Tribunal tem cuidado das questões relacionadas a *fake news* e proteção de dados. A partir da metodologia empregada - observação e análise das normas legais vigentes, do perfil de sociedade e das relações entre umas e outro - chegou-se à conclusão de que são graves os efeitos da disseminação de *fake news* nos resultados das eleições, tornando urgente a adoção de medidas por parte do Legislativo e do TSE.

**Palavras-chave:** *fake news*; era digital; proteção de dados; Tribunal Superior Eleitoral.

## ABSTRACT

The issue of the harmful role of fake news in elections in Brazil is addressed based on a review of current legislation on data protection and electoral justice. The research problem corresponds to the question of whether the General Data Protection Law (LGPD) can be a mechanism to face the spread of fake news for electoral purposes, and has as its object of study the relationship between elections in the society of the digital age, fake news and data protection. The general objective is to analyze the effectiveness of the LGPD in combating the spread of fake news and, consequently, as a mechanism for contributing to the Brazilian electoral process. The specific objectives are: to understand the extension of the concept of fake news, its origins and the reasons for its popularity in the society of the digital age; study the LGPD in its devices and purposes; carry out a critical analysis of the LGPD based on the undeniable reality of the unbridled dissemination of fake news for electoral reasons; evaluate the current resolutions of the Superior Electoral Court (TSE) on the subject; and identify how the Court deals with issues related to fake news and data protection. Based on the methodology applied - observation and analysis of current legal norms, the profile of society and the relationships between them - it was concluded that the effects of the dissemination of fake news on election results are serious, making it urgent to adoption of measures by the Legislative and TSE.

**Keywords:** fake news, digital era; data protection; Superior Electoral Court.

## SUMÁRIO

Introdução. 1. O fenômeno social das *fake news*. 2. A importância da proteção de dados pessoais para a integridade do processo eleitoral. 3 *Fake news* e a justiça eleitoral. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo enfrenta a temática das *fake news*, seu papel no resultado das eleições brasileiras e de que forma a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) procura contribuir com a solução desta questão. A ideia para tratar deste assunto surgiu a partir da constatação de que as *fake news* são um fenômeno mundial, já comprovadamente nocivo e cuja extensão não se resume à disseminação de notícias inverídicas. O assunto é complexo e demanda estudo aprofundado e interdisciplinar, motivo que justifica a relevância do tema apresentado.

O problema da pesquisa consiste na seguinte pergunta: a proteção de dados determinada pela LGPD consegue ser um mecanismo de enfrentamento da disseminação de *fake news* para fins eleitorais? Parte-se da hipótese de que não, diante da premissa de que não cabe em uma iniciativa legislativa a esperança de solução para uma questão de tamanha complexidade como é o caso do compartilhamento de notícias falsas. Em que pese a inegável importância dos textos legislativos para o ordenamento jurídico, sabe-se que há interesses escusos que motivam a circulação das *fake news* de caráter eleitoral, o que faz parecer ingênuo imaginar que um texto de lei poderia ser a solução do problema. A metodologia empregada no presente artigo consiste na observação e análise das normas legais atualmente vigentes, contextualizadas no perfil de sociedade da era digital, e das relações existentes entre umas e outras. Para tanto, estruturam-se três itens interligados e complementares.

O primeiro item aborda a extensão da definição de *fake news* e sua inevitável relação com a sociedade da era digital. O fato de ser tão recente o contato humano com as modernas tecnologias de comunicação dificulta o enfrentamento de questões havidas no cenário virtual. Neste sentido, uma vez que as informações sobre cada pessoa assumem a forma de dados no ciberespaço, e que o compartilhamento indevido de dados é um instrumento facilitador da expansão do alcance das *fake news*, encerra-se o primeiro item questionando se o estabelecimento da devida proteção legal aos dados virtuais serve ao propósito de combater a lesividade das *fake news* para os resultados eleitorais.

Em resposta ao questionamento apresentado pelo item 1, o segundo se inicia apresentando a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), suas origens, algumas de suas determinações legais, os conceitos nela envolvidos, bem como alguns de seus méritos e deméritos. Em seguida, o segundo item busca responder sobre a eficácia da LGPD para atender à referida finalidade questionada no capítulo anterior. A partir das considerações pormenorizadas sobre a lei, encerra-se esta parte entendendo que a LGPD não se basta como

medida de enfrentamento da lesividade das *fake news* nos resultados eleitorais do país, sendo necessária a adoção de medidas por parte da Justiça Eleitoral pátria sobre este tema – sem que se negue a fundamental parcela de responsabilidade da população no sentido de fazer uso consciente das tecnologias virtuais de comunicação e do direito ao voto.

O terceiro e último item busca identificar de que modo a Justiça Eleitoral brasileira tem se disponibilizado a enfrentar este problema. Uma vez que é certa a influência das *fake news* em resultados de eleições para diversos cargos no Brasil, bem como que tal influência contribui negativamente com a escolha dos governantes da nação, faz-se necessário verificar as iniciativas que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) brasileiro tem adotado no sentido de dar tratamento a esta questão. A complexidade do problema apresentado no presente artigo torna urgente que o Direito brasileiro disponha de instrumentos que permitam o legítimo combate à disseminação de *fake news*, ao mau uso dos dados de cada cidadão, com o consequente estrago que isso produz nos resultados do processo eleitoral.

## **1 O FENÔMENO SOCIAL DAS FAKE NEWS**

*Fake news* é o termo da língua inglesa designado para fazer referência a notícias falsas. Em que pese ser esse o seu significado em tradução livre para a língua portuguesa, é certo que há mais a se entender acerca das *fake news* do que meramente a verificação de falsidade da notícia. Trata-se de uma noção complexa, que possui raízes históricas e produz reflexos sociais diversos e intensos, motivo pelo qual mais aprofundada análise se faz necessária para o propósito do presente artigo.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que alguns estudiosos do tema se filiam ao entendimento segundo o qual o que se convencionou chamar de *fake news* não são, tecnicamente, notícias. Isto porque a definição de notícia depende de aquilo ser um enunciado produzido por uma redação profissional (BARBOSA, 2019, p. 38). Não é o que ocorre com as *fake news*, em especial nos dias de hoje, em que o maior meio de disseminação de tal conteúdo é o virtual, com o auxílio das redes sociais, que colocam o poder de comunicação ao alcance de todas as pessoas. O posicionamento segundo o qual *fake news* não podem ser categorizadas como notícias é, assim, conservador quanto ao fato de que a noção de informação se vincula necessariamente à ideia de notícia, a qual, por sua vez, tem automática relação com aquilo que é produzido profissionalmente pelo jornalismo (TAVARES; BERGER, 2010, p. 25).

Em que pese a referida e respeitável ponderação, para fins do presente artigo far-se-á referência às *fake news* como notícias. Trata-se, porém, de notícias fabricadas e cuja falsidade não apenas é intencional, como busca atender a determinados interesses específicos. Além disso, característica das *fake news* é haver potencial lesivo na falsidade contida naquela informação. Neste sentido, cumpre lembrar que a mentira é algo que permeia a vida humana desde o início da infância e ao longo de toda a fase adulta, de forma, muitas vezes, inofensiva (ABREU, 2016, p. 317). A gravidade do problema relacionado com as *fake news* se deve, justamente, ao fato de que elas não se resumem a mentiras inidôneas.

No caso das *fake news*, a mentira se insere em uma narrativa política que capta os temores e aspirações do eleitorado, fazendo o discurso da verdade não ser mais crível (EMPOLI, 2020, p. 24). Para tanto, constrói-se uma crescente suspeita de que as fontes tradicionais de disseminação da informação são duvidosas e fraudulentas, colapsando a confiança da população e criando o cenário social conhecido como pós-verdade (D'ANCONA, 2018, p. 42). Pós-verdade, assim, consiste no atual estágio de desenvolvimento da sociedade, em que a disseminação mal-intencionada de notícias falsas cumpre papel importante em desvirtuar a noção de verdade para aquilo que seja de interesse eleitoral momentâneo.

A era digital é um momento da História da humanidade que favorece a atuação das *fake news*. Isto porque não existe precedente tecnológico comparável com a Internet como meio de comunicação, e trata-se de uma realidade mais recente do que se imagina. De forma breve, explica-se que o embrião da Internet surgiu em meados de 1960, para finalidades militares, nos Estados Unidos, não tardando a chegar ao uso cotidiano para pessoas ao redor dos demais países (ERCÍLIA; GRAEFF, 2008, p. 12). A década de 1990 representou período de enorme crescimento para a Internet, que contou com diversas inovações para atuar em áreas distintas (KUROSE e ROSS, p. 49).

Já na última década do século XX, finalidades empresariais e comerciais passaram a contar com a Internet, tendo surgido inúmeros produtos e serviços de natureza virtual para vários segmentos sociais. Seguindo a tendência mundial, o Brasil teve seus primeiros acessos à Internet no final da década de 1980, tendo sido popularizada nas residências brasileiras para fins de utilização cotidiana no início do século XXI (ERCÍLIA; GRAEFF, 2008, p. 12).

O fato de ser uma realidade recente no Brasil e no mundo torna a Internet um assunto de difícil enfrentamento pelos ordenamentos jurídicos. Contando com menos de um século de existência, a rede de computadores é um assunto que demanda saberes interdisciplinares, e os avanços que ela representa no âmbito das Tecnologias da Informação e Comunicação são

**MEIRELLES; Flavia Sanna Leal de; MARCONCINI, Liandra Sufiati; SILVA, Rogerio Borba da. *Fake news, proteção de dados e eleições no Brasil: uma análise jurídica. RJESMPSP, 22, 2022, p. 66-82.***

inevitavelmente acompanhados por uma parcela de ônus – a exemplo de crimes cibernéticos, compartilhamento indevido de dados, disseminação de *fake news* e desvirtuação da verdade entre os eleitores de modo a modificar o que seria o orgânico resultado do processo de votação.

Por fim, com relação às *fake news*, uma forma muito eficaz de garantir sua ampla disseminação é por meio do compartilhamento não autorizado de dados dos usuários da Internet. Em razão disso, questiona-se se a Lei Geral de Proteção de Dados pode servir ao propósito de ajudar no combate às *fake news* e, conseqüentemente, aos seus efeitos nocivos nos resultados das eleições. Neste sentido, cumpre lembrar que o mundo virtual espelha a vida real, já que seus distintos aspectos podem ser transcritos na Internet (LIMA, 2020, p. 20). Por esta razão, uma vez que se saiba que os documentos, arquivos e informações das pessoas assumem, no ambiente virtual, a forma de dados, cumpre admitir a importância da recente Lei Geral de Proteção de Dados como iniciativa legislativa voltada à proteção do cidadão na era digital.

“Por seu papel decisivo nas eleições, notícias falsas viraram um fato político assustador” (BARBOSA, 2019, p. 13). Mascaradas da realidade que mais atende aos anseios emocionais de uma população assustada e permanentemente conectada, as *fake news* encontraram na era digital espaço amplo de atuação e de produção de estrago. É preciso que o ordenamento brasileiro se valha de mecanismos efetivos de proteção dos dados dos cidadãos de modo a tentar protegê-los da lesividade dos efeitos produzidos pelo recebimento contínuo de notícias falsas.

## **2 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PARA A INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL**

Como já foi comentado em maior detalhe, o avanço das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), especialmente a internet, trouxe avanços notáveis na troca de informação e comunicação. Atrelado a isso, ferramentas e estratégias de marketing político digital possibilitaram o surgimento de novas formas de fazer campanhas e novas maneiras de comunicação com o eleitorado a partir de aplicativos de mensagens instantâneas, blogs, redes sociais, websites etc.

Nesse cenário, em analogia ao entendimento apresentado por Bruno Bioni (2018, p.13), o eleitor deixou de ser um ator passivo no processo eleitoral, meramente receptor de informações e propagandas eleitorais. Mais que isso, passou a ter constante participação de produção e disseminação de conteúdo, possibilitando a livre circulação de ideias, isto é, a

interação com as pessoas, conceitos, hipóteses para tomadas de decisões políticas, alicerces para uma democracia saudável.

Por outro lado, o ecossistema digital de interações também viabilizou a produção, coleta, armazenamento e processamento de grandes volumes de dados, levando a novas maneiras de usar os dados no ambiente político. A utilização de métodos computacionais de modo a identificar a polarização de emoções a partir de textos, emoticons, curtidas, imagens, por exemplo, para identificar se um grupo de indivíduos está falando bem ou mal de determinado candidato, partido político ou coligação, bem como para direcionar mensagens políticas, estão cada vez mais frequentes no dia a dia dos eleitores, a maioria das vezes de maneira invisível.

Apesar da tentativa de influenciar comportamento do eleitor não se apresentar como uma estratégia nova nas campanhas eleitorais, a criação de perfis comportamentais, fenômeno também conhecido como perfilizações (profiling), traz uma nova roupagem à possibilidade de persuasão e manipulação de eleitorado em escalas e proporções ainda não totalmente conhecidas, podendo trazer graves consequências a direitos fundamentais e à manutenção da integridade do processo eleitoral. Esses novos desafios colocaram em crise o modelo regulatório existente e a própria atuação da justiça eleitoral, em especial na falta de disposições claras sobre a proteção dos eleitores sobre seus dados e informações.

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/2018 (“LGPD”) veio com a tentativa de suprir lacunas, padronizar regras e procedimentos, além de fomentar a criação de uma nova cultura relacionada à proteção de dados pessoais.

No entanto, ainda há obstáculos na tradução das regras e garantias presentes na LGPD para a lógica da legislação eleitoral e do papel da Justiça Eleitoral, carecendo de parâmetros claros capazes para orientar a conduta dos agentes nas campanhas eleitorais, para haver maior efetividade e segurança jurídica para os envolvidos.

Francisco Cruz e Heloísa Massaro (2020, p. 553-582) propõem a inclusão de uma ponte entre a LGPD e as demais obrigações legais referentes à campanha eleitoral (a Lei das Eleições e os regulamentos editados pelo TSE), buscando-se a aplicação dos preceitos da proteção de dados pessoais nas campanhas eleitorais, em articulação com as premissas normativas envolvidas.

A Lei das Eleições, Lei 9.504/1997, especialmente a partir das minirreformas de 2009, introduziu dispositivos mínimos e limitadas hipóteses de usos e compartilhamento de dados pessoais. Destaca-se o artigo 57-E, que estabeleceu a proibição do compartilhamento de “dados eletrônicos” por pessoas relacionadas ao artigo 24 dessa mesma lei, em favor de partidos,

coligações e candidatos. Já seu artigo 57-G estabeleceu o dever de possibilitar mecanismo para que os destinatários possam solicitar o descadastramento de envio de e-mails para fins de propaganda eleitoral.

Sem muita inovação, o TSE, para as eleições de 2020, aprovou a resolução nº 23.610/2019. Já em seu artigo 28, em regulamentação do artigo 57-B da Lei de Eleições, previu a necessidade da obtenção de consentimento dos eleitores para fins propaganda enviada por mensagem eletrônica, proibindo ainda, no seu inciso IV, a contratação de serviços de disparo em massa de conteúdo.

Outra importante alteração foi proposta pelo artigo 31, em regulamentação do artigo de nº 57-E da Lei das Eleições, a partir da alteração conceitual de “dados eletrônicos” para “dados pessoais”, passando às pessoas relacionadas no art. 24 da Lei nº 9.504/1997, bem como às pessoas jurídicas de direito privado, a proibição do compartilhamento de qualquer dado pessoal de seus clientes, capazes de identificar direta ou indiretamente um indivíduo e não apenas os dados eletrônicos.

A interação entre os dispositivos eleitorais e de proteção de dados no Brasil caminha a passos lentos. Com objetivo de ampliar o escopo de diretrizes e parâmetros no tratamento de dados pessoais no âmbito eleitoral, busca-se sinalizar algumas boas práticas para uso de dados pessoais em campanhas políticas. Exemplo é o divulgado pela Autoridade de Proteção de Dados do Reino Unido, o *Information Commissioner's Office* (ICO) (2019), órgão responsável pela fiscalização do cumprimento da legislação europeia de proteção de dados, trazendo para a lógica de aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Para o guia produzido pela ICO (2019), no momento em que uma campanha eleitoral realiza o tratamento de dados pessoais, deve-se executá-lo conforme as leis de proteção de dados. Isso inclui todo o ciclo do tratamento de dados pessoais, da coleta ao descarte, e não apenas no período de campanha eleitoral, observados os prazos de retenção dos dados.

Deve-se ainda definir com clareza os agentes de tratamento (controladores/operadores). Isso significa identificar o grau de controle e independência entre todos os envolvidos, por exemplo, candidatos, partidos, coligações, empresas de marketing e plataformas nas operações que incluem dados pessoais. A importância dessa definição se relaciona diretamente às responsabilidades desses agentes perante as regras da LGPD, pois os controladores somam maiores responsabilidades no ciclo do tratamento dos dados. Pelo grau de decisão e estratégias em campanhas, verificar-se-á que a maioria dos partidos políticos, coligações e candidatos são controladores.

A identificação de quais dados pessoais são tratados é de suma importância para a análise de quais regras da LGPD incidirão nesse processo. Dessa forma, qualquer dado capaz de identificar uma pessoa natural ou se os dados processados, juntados com outras informações e/ou dados puderem identificar um indivíduo, serão considerados dados pessoais. Assim, se em determinada pesquisa de propensão de voto for possível identificar, direta ou indiretamente, uma pessoa física, por exemplo, pelo CPF, nome, endereço pessoal, número do título do eleitor, essa opinião também será considerada um dado pessoal.

Uma maneira de não tornar as opiniões ou inferências dados pessoais verifica-se na elaboração de análises estáticas. Por exemplo: estudo de opinião pública a partir de indivíduos que vivem em determinada circunscrição eleitoral, desde que observados os procedimentos adequados de anonimização, isto é, desde que não permita a identificação do indivíduo.

Merecem ainda maior atenção os dados sensíveis, como, por exemplo, os dados de opinião política, filiação sindical, convicções religiosas ou filosóficas, conforme rol taxativo previsto no artigo 5º, inciso II, da LGPD. São dados pessoais com alto potencial ofensivo, suscetíveis a interpretações discriminatórias. Logo, exigem critérios maiores de proteção.

Cabe ainda destacar que a LGPD traz hipóteses legais, também chamadas de bases legais. Na prática, o tratamento de dados pessoais só poderá ocorrer se a situação fática se encaixar nas hipóteses descritas nesta Lei. Para fins de campanha política e conforme com a LGPD, duas bases legais podem ser enquadradas de acordo com as finalidades específicas: o legítimo interesse e o consentimento.

Apesar do legítimo interesse estar expressamente na lei, o seu conceito apresenta indeterminação, pois a LGPD não define quais circunstâncias serão analisadas para verificar se a finalidade informada se enquadra no interesse legítimo ou não do controlador. Sendo assim, com o propósito de limitar a utilização dessa base legal, alguns parâmetros de aplicação podem ser extraídos da LGPD, da doutrina nacional e da doutrina internacional.

Bruno Bioni (2019, p. 252-256), a partir na opinião do Grupo de Trabalho do Artigo 29, apresenta o teste de proporcionalidade do legítimo interesse, também conhecido como Legitimate Interests Assessment (LIA), que pode ser dividido em 4 partes. Busca-se com esse teste o equilíbrio entre o interesse legítimo do controlador, a expectativa e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no tratamento de dados.

Em linhas gerais, primeiro identifica-se no caso concreto o interesse legítimo do controlador. Depois, cabe analisar se não existe outra base legal mais protetiva e menos intrusiva aos direitos dos envolvidos no tratamento de dados. Analisa-se, ainda, se a utilização

desses dados está de acordo com as expectativas desses e quais são os possíveis riscos aos direitos e garantias fundamentais. Por fim, busca-se promover ações que mitiguem os riscos identificados.

No cenário de campanhas eleitorais, a utilização de dados de e-mail, por exemplo, para comunicação com eleitores sobre atividades de campanha, debates etc., que promovam o envolvimento democrático e que resguarde o direito à oposição por meio do descadastramento do e-mail, parece ser uma hipótese de possibilidade de utilização dessa base legal, já que, nesse caso, a utilização do consentimento traz uma impossibilidade prática de trazer um ambiente amplo de debates e ideias. Outro exemplo é o levantamento de coletas de opiniões, caso os dados não envolvam dados sensíveis, desde que seja possível utilizar técnicas de anonimização ou pseudoanonimização dos dados inicialmente identificados ou passíveis de identificação.

Caso não seja possível aplicar a hipótese do interesse legítimo, há possibilidade da atualização da base legal do consentimento. Essa hipótese está prevista no artigo 7º, inciso I, bem como no artigo 11, inciso I, da LGPD, este último dedicado aos dados sensíveis. Por sua vez, o artigo 5º, inciso XII da lei define consentimento como: “XII – consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018).

Entende-se por manifestação livre aquela em que há uma liberdade anterior de não usar o serviço, ou seja, quando há uma escolha significativa e real do titular dos dados. A manifestação será considerada informada quando ao titular são fornecidas todas as informações necessárias, o que inclui saber para quais finalidades os dados serão utilizados, se serão armazenados, se haverá compartilhamento dos dados com terceiros etc.

Já por manifestação inequívoca, significa que a manifestação precisa ser demonstrável, ou seja, o controlador dos dados deve conseguir comprovar que o consentimento foi obtido perante o titular. Além disso, nestas hipóteses, os indivíduos possuem o direito específico de retirar o consentimento. Essa hipótese inclui, por exemplo, o marketing para promoção dos objetivos e ideais de partidos, candidatos e coligações.

Cabe destacar que tornados públicos pelos indivíduos, por exemplo, via redes sociais, apesar de não demandar a obtenção do consentimento para o tratamento dos dados, devem ser tratados conforme os direitos dos indivíduos envolvidos e os princípios que norteiam a proteção de dados pessoais. Por esse motivo, na prática, a utilização desses dados pessoais de redes sociais para formação de perfis para uma campanha política carece de previsibilidade. Os eleitores não sabem que seus dados estão sendo utilizados para essas finalidades.

O tratamento de dados pessoais para fins de campanha também deverá atender os princípios presentes na LGPD, em especial atenção ao princípio da finalidade, transferência, adequação e necessidade, entre outros não menos importantes previstos no artigo 6º e no decorrer da LGPD. Em outras palavras, o controlador deve informar como, por quem e para qual finalidade (de campanha política e/ou outra), sempre garantindo a quantidade mínima de dados pessoais que precise para cumprir os propósitos mencionados e observados o período de retenção desses dados pessoais, justificando sempre por que é necessário mantê-los, entre outros. Em suma, os eleitores precisam ter de maneira acessível, clara, aberta, com máxima transparência as informações sobre os usos, transferência para terceiros e processamentos que são feitos a partir de seus dados pessoais.

Apesar da LGPD trazer um alicerce para o controle dos cidadãos sobre seus dados e informações, a transposição dessas regras e direitos necessitam de maior regramento da legislação eleitoral e da própria atuação do judiciário. Do mesmo modo, a população precisa de iniciativas de divulgação de boas práticas eleitorais, educando-a e buscando-se uma atuação dos próprios eleitores, de modo a fiscalizar atuações ilícitas em seus dados, como também trazendo parâmetros claros para atuação de candidatos, partidos e coligações para promoção de um ambiente colaborativo de proteção de dados pessoais e confiança no processo democrático.

### **3 FAKE NEWS E A JUSTIÇA ELEITORAL**

Compreendida a dimensão das *fake news* e o tratamento dado pelo Brasil aos dados pessoais, busca-se, por fim, identificar de que modo a Justiça Eleitoral brasileira tem se disponibilizado a enfrentar este problema. Não é de hoje que as *fake news* são difundidas nas eleições para diversos cargos, no Brasil e em outros países, como se verificou nas eleições de 2010, quando o então candidato a Presidência da República José Serra chegou a realizar exame de corpo de delito ao ser atingido na cabeça por uma bolinha de papel.

Faz-se necessário, então, verificar as iniciativas que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) brasileiro tem adotado no sentido de tratar a esta questão. A complexidade do problema apresentado no presente artigo torna urgente que o Direito brasileiro disponha de instrumentos que permitam o legítimo combate à disseminação de *fake news*, ao mau uso dos dados de cada cidadão, com o consequente estrago que isso produz nos resultados do processo eleitoral.

Preliminarmente, recorda-se o posicionamento consolidado do TSE sobre a livre manifestação de pensamento. Quando for veiculada nos meios de divulgação de informação

disponíveis na internet, “somente estará passível de limitação nos casos em que houver ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos.” (Recurso Especial Eleitoral nº 204014, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Data 10/11/2015).

Durante os debates acerca do direito de resposta, ao longo dos anos, consolidou-se posicionamento no TSE de que crítica dirigida à administração pública baseada em fatos noticiados pela imprensa não caracteriza, necessariamente, fato sabidamente inverídico, uma vez que “a mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias” (Ac. de 30.9.2014 no Rp nº 126713, rel. Min. Herman Benjamin).

A legislação define o fato sabidamente inverídico no artigo 58 da Lei nº 9.504/97, já apresentado, além do artigo 323 do Código Eleitoral, tendo como tipo “divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”, punível com pena de detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa, agravando-se “se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão”, conforme previsto em seu parágrafo único.

A partir dos tipos legais supracitados, o TSE consolidou fato sabidamente inverídico como “aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano, a ‘olhos desarmados’. Além disso, deve denotar ofensa de caráter pessoal a candidato, partido ou coligação [...]”. (Representação nº 121177, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/09/2014).

A questão dos fatos inverídicos e sua compreensão como uma modalidade de fake news, conforme já estudado no primeiro capítulo deste artigo, tem diversas fontes, sendo amplificada pela difusão da internet, ganhando corpo com a difusão de ferramentas tecnológicas, como o WhatsApp, modificando completamente a forma e o alcance da difusão de tais informações, gerando dois efeitos: a dificuldade de demonstração de sua ocorrência e identificação dos responsáveis em tempo hábil a garantir efetividade jurisdicional, o que leva ao segundo efeito, qual seja, o diminuto número de casos que chegaram ao TSE especificamente sobre o tema.

Em uma busca no sistema de pesquisa jurisprudencial na página eletrônica do TSE, fazendo-se uso da palavra-chave *fake news*, foram obtidos apenas 5 resultados, sendo a primeira delas uma decisão monocrática no processo Rp 0600546-70, inovando ao aplicar a Resolução nº 23.551/2017, que regulamentou as eleições de 2018, num caso de divulgação de notícias falsas na internet.

A representação apresentada pelo diretório nacional da Rede Sustentabilidade denunciava a divulgação de notícias falsas a respeito de sua pré-candidata Marina Silva, por meio de um perfil anônimo no Facebook nomeado “Partido Anti-PT”, tendo publicado cinco textos com diversas informações consideradas inverídicas e ofensivas à imagem política da pré-candidata à Presidência da República, ao associá-la a atos de corrupção relacionados com a Operação Lava Jato (TSE, 2019). Na decisão, foi deferido o pedido de liminar, determinando-se ao Facebook a remoção das publicações no prazo de 48 horas, além de fornecer, em até 10 dias, os registros de acessos a uma das postagens, dados sobre a origem do cadastro da página responsável pelas publicações, além dos dados pessoais de seu criador e administradores.

Como forma de subsidiar a justiça eleitoral brasileira, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5347/20, que cria a Lei de Enfrentamento à Desinformação nas Eleições. Pela proposta, do deputado Roberto de Lucena (Pode-SP), Facebook, Instagram, Twitter, Google e demais plataformas digitais deverão disponibilizar canais de comunicação direta entre os tribunais eleitorais e os eleitores brasileiros, a fim de combater publicações em massa de *fake news* e outras irregularidades.

Pelo projeto, as plataformas mencionadas terão de oferecer aos usuários brasileiros, logo na abertura das *timelines*, um recurso denominado “megafone”, permitindo aos tribunais o envio de mensagens relevantes sobre os pleitos, sob orientação do TSE, com o intuito de tornar permanente uma iniciativa criada em 2019 pelo próprio TSE, para combater e mitigar os efeitos negativos provocados pela divulgação de informações falsas nas eleições subsequentes.

## **CONCLUSÃO**

O artigo enfrentou a influência das *fake news* no resultado das eleições brasileiras e de que forma a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) pode reverter esse quadro, reconhecendo-se como um fenômeno mundial, comprovadamente nocivo e cuja extensão não se resume à disseminação de notícias inverídicas.

O primeiro item abordou a extensão da definição de *fake news* e sua inevitável relação com a sociedade da era digital, concluindo-se que o estabelecimento da devida proteção legal aos dados virtuais pode sim servir ao propósito de combater a lesividade das *fake news* para os resultados eleitorais.

Já o segundo trabalha a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), suas origens, algumas de suas determinações legais, os conceitos nela envolvidos, bem como alguns de seus méritos

**MEIRELLES, Flavia Sanna Leal de; MARCONCINI, Liandra Sufiati; SILVA, Rogerio Borba da. *Fake news, proteção de dados e eleições no Brasil: uma análise jurídica. RJESMPSP, 22, 2022, p. 66-82.***

e deméritos, reconhecendo-se a potencial eficácia da LGPD para combater a propagação das *fake news*, não bastando, isoladamente, como medida de enfrentamento da lesividade das *fake news* nos resultados eleitorais do país, sendo necessária a adoção de medidas por parte do Estado brasileiro, em especial a Justiça Eleitoral brasileira.

O terceiro e último item buscou identificar de que modo a Justiça Eleitoral brasileira tem enfrentado a influência das *fake news* nas eleições para diversos cargos no Brasil, verificando a insuficiência das iniciativas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), seja pela inovação na propagação das *fake news*, seja na demora dos recursos em chegarem ao TSE, o que gera a perda de objeto e, conseqüentemente, torne despicienda a sua participação.

Respondendo o problema da pesquisa, a proteção de dados determinada pela LGPD tem potencial para se tornar um mecanismo de enfrentamento da disseminação de *fake news* para fins eleitorais, refutando-se, parcialmente a hipótese original, mantendo-se a premissa de que a solução surgirá apenas de uma iniciativa legislativa, mas que pode servir de instrumental, entre outras medidas iguais ou mais importantes, para combater o compartilhamento de notícias falsas.

Verificou-se, portanto, que além das necessidades de compreensão do fenômeno social das *fake news* e proteção dos dados pessoais, carece-se ainda de legislação específica e da consolidação das instituições brasileiras – entre elas o TSE – para o combate à proliferação e, principalmente, à reversão em tempo hábil dos efeitos nocivos e antidemocráticos das *fake news*.

## **REFERÊNCIAS**

ABREU, Cristiano Nabuco de. *Psicologia do cotidiano: como vivemos, pensamos e nos relacionamos hoje*. Porto Alegre: Artmed, 2016.

BARBOSA, Mariana (Org.). *Pós-verdade e fake news: reflexões sobre a guerra de narrativas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais: as funções e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Gen, 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. DF: Senado. 2014. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm). Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF: Senado, 2018. Disponível em:

**MEIRELLES, Flavia Sanna Leal de; MARCONCINI, Liandra Sufiati; SILVA, Rogerio Borba da. *Fake news, proteção de dados e eleições no Brasil: uma análise jurídica. RJESMPPSP, 22, 2022, p. 66-82.***

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 22 maio 2021.

CRUZ, Francisco Brito; MASSARO, Heloísa. Dados Pessoais em Campanhas Políticas: a construção de uma ponte entre proteção de dados pessoais e regulação eleitoral. In: BIONI, Bruno. et al. (Coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 553-582.

D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news* (tradução Carlos Szlak). 1. ed. Barueri: Faro Editorial, 2018.

EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos* (tradução Arnaldo Bloch). 1. ed., 3. reimp. São Paulo: Vestígio, 2020.

ERCÍLIA, Maria; GRAEFF, Antonio. *A Internet*. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. *Redes de computadores e a Internet: uma abordagem top-down*. Revisão técnica de Wagner Zucchi. 5. ed. São Paulo: Addison Wesley, 2010.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018*. São Paulo: Almedina, 2020.

TAVARES, Frederico M.; BERGER, Christa. Na notícia e para além dela: o conceito de informação pelo jornalismo impresso. *Informação & Sociedade: Estudos*, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ies/article/view/3768>. Acesso em: maio de 2021.

THE INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *Guidance for the use of personal data in political campaigning*. 2019. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guidance-for-the-use-of-personal-data-in-political-campaigning/>. Acesso em: 1 maio 2021.

**Artigo recebido em: 05/06/2023**

**Aceito para publicação em: 30/06/2023**

# A RESPONSABILIDADE PENAL DO INDÍGENA E A (I)LEGITIMIDADE DA DUPLA PUNIÇÃO

## *INDIGENOUS CRIMINAL RESPONSIBILITY AND THE (IL)LEGITIMACY OF DOUBLE PUNISHMENT*

### **Ludmila de Paula Castro Silva**

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo-USP (aprovada summa cum laude). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Professora da Escola de Direito do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul.

### **Pedro Pulzatto Peruzzo**

Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Campinas, onde coordena a linha de pesquisa Cooperação Internacional e Direitos Humanos. Mestre e doutor em Direito pela USP. Advogado popular com experiência de trabalho com povos indígenas e filhos separados de pais com hanseníase no Brasil do século XX.

### **Rogério Sanches Cunha**

Mestrando em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade de Campinas (PUC-Campinas). Professor da ESMPSP, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso e de Santa Catarina. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Assessor Criminal do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

### **Thiago Rodovalho dos Santos**

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado).

## RESUMO

Este artigo tem o objetivo de sistematizar questões legais e problematizar alguns aspectos sobre a punição estatal de indígenas na hipótese de cometimento de crimes, com um olhar sobre as penalidades aplicadas no âmbito da aldeia por seus pares e também pelo estado brasileiro. Partiu-se da hipótese de que existem diretrizes legais objetivas para um tratamento equitativo do assunto apoiando-se no método hipotético dedutivo, trabalhando com elementos extraídos da Constituição, da legislação nacional, de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e de recomendações do Conselho Nacional de Justiça, considerou-se, numa revisão bibliográfica, questões relativas ao direito às diferenças e às peculiaridades desses grupos cultural e socialmente diferenciados.

**Palavras-chave:** Povos indígenas; Direito Penal; Direitos Humanos; Interculturalidade.

## ABSTRACT

This article aims to systematize legal issues and problematize some aspects of state punishment of indigenous people in cases of crimes, with a look at the penalties applied internally by the tribe by its members and also by the Brazilian state. Assuming that there are objective legal guidelines for an equitable treatment of the subject of this work, it is based on the hypothetical deductive method working with elements extracted from the Constitution, national legislation, international treaties enacted into the legal system by Brazil and recommendations of the National Council of Justice and considers, in a bibliographic review, issues related to the right to differences and the peculiarities of these culturally and socially differentiated groups.

**Keywords:** Indigenous people; Criminal Law; Human rights; Interculturality.

## SUMÁRIO

Introdução. 1 povos indígenas e direito: breves notas sobre a evolução normativa. 2 o indígena como sujeito ativo culpável do injusto penal. 3 a punição dos indígenas que cometem crimes. 4 jurisdição penal indígena, dupla punição pelo mesmo fato e o princípio da vedação do “bis in idem”. 5 conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem o objetivo de sistematizar questões legais e discutir alguns aspectos sobre a punição estatal de indígenas na hipótese de cometimento de crimes, com um olhar especial sobre as penalidades aplicadas no âmbito da aldeia por seus pares.

Além de uma disposição bastante aberta contida no artigo 231 da Constituição Federal, reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições, o artigo 57 do Estatuto do Índio também adota orientação um tanto genérica ao dizer que será “tolerada” a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporada como estatuto supralegal ao ordenamento jurídico brasileiro, diz que, na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. Diz, ainda, que as autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais levarão em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto e, no artigo 10, anuncia que, ao serem aplicadas sanções penais pela legislação geral a membros dos povos mencionados, serão aquilatadas as suas características econômicas, sociais e culturais, preferindo sanções sem encarceramento.

Em suma, apesar de conter disposições claras como a proibição da pena de morte ou de caráter cruel ou infamante e a preferência por tipos de punição outros que não o encarceramento, a matéria é tratada pela legislação com referência a termos e ideias bastante vagas, como “tolerar” e “na medida em que for compatível”.

Em 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 287, a ser aprofundada durante todo este trabalho, estabelecendo normas ligadas ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dando diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

Inobstante a especificação de questões importantes, como a nomeação de intérprete e perícia antropológica, a referida resolução não confere maior concretude às disposições da Constituição, do Estatuto do Índio e da Convenção 169 da OIT, reservando para a consulta prévia as dúvidas que eventualmente surgirem no âmbito da atividade judicial. Apesar de a consulta prévia ser uma ferramenta extremamente importante para a cidadania dos povos

indígenas (PERUZZO, 2020), a Resolução nº 287/2019, do CNJ, não avança de forma suficiente no sentido de garantir a objetividade e segurança jurídica que deveriam permear a punição estatal de indígenas acusados de crimes, em especial daqueles que já foram punidos dentro da aldeia, pelos seus pares. Eis a justificativa e relevância deste trabalho.

Antes de darmos sequência às reflexões propostas, contudo, consideramos importante fazer um registro de natureza não apenas metodológica, mas também política. Nós, autores deste trabalho, não manifestamos identidade ou pertencimento a nenhum povo indígena e, por isso mesmo, temos a consciência de que falamos de um lugar social, cultural e político que se confunde com o lugar daqueles que historicamente ocuparam, de forma hegemônica, os espaços de criação, interpretação e aplicação das leis.

Esse reconhecimento merece ficar registrado logo na introdução, pois não temos qualquer pretensão de produzir, neste trabalho, um discurso de autoridade, mas única e exclusivamente sistematizar ideias que possam, de forma minimamente organizada, contribuir para o processo de diálogo sobre a complexidade que reveste a aplicação da pena a indivíduos ou grupo de indivíduos culturalmente diferenciados de nós. Parafraseando Beltrão et alii (2017), temos consciência de que esse diálogo entre noções de justiça não ocorre com paridade de armas, pois o Estado brasileiro se constituiu olvidando etnicidades e engendrando políticas de homogeneização e integração dos grupos diferenciados à “sociedade nacional”. E, mais que isso, temos consciência de que: “A conversa entre as sensibilidades jurídicas no país ocorre na forma do que Yrigoyen Fajardo (2011) denomina *pluralismo jurídico subordinado colonial*, isto é, de modo a não reconhecer noções de direito que não sejam as provenientes do Estado.” (BELTRÃO et. Alii., 2017).

Trata-se, portanto, de um esforço conjunto para deixar algumas contribuições que somem no diálogo necessário entre variados sistemas de justiça e solução de conflitos que, no Brasil, marcam a realidade de um país culturalmente plural e diferenciado. Essa questão é relevante, ademais, se considerarmos a ilegalidade de qualquer medida legislativa ou administrativa que, podendo afetar os povos indígenas, partissem exclusivamente deste texto e caminhassem no sentido de uma consolidação sem prévia consulta aos povos interessados, uma vez que o artigo 6º da Convenção 169 da OIT, incorporada no Brasil pelo Decreto 5.051/2004, e consolidada no Decreto 10.088/2019, dispõe claramente sobre a obrigatoriedade de consulta.

Nas palavras de Pierre Clastres (2004, p. 87), o Estado “[...] é, por essência, o emprego de uma força centrípeta que tende, quando as circunstâncias o exigem, a esmagar as forças centrífugas inversas”. Assim sendo, temos consciência de que o Estado, sob os argumentos

sustentados ao longo da história sobre a inferioridade de raças não brancas<sup>1</sup> ou sob o argumento do integracionismo, representou e, de certo modo, ainda representa um projeto colonial de destruição dos modos de vida dos povos originários<sup>2</sup>, ainda que a Constituição, os tratados internacionais incorporados e a legislação nacional assegurem o direito às diferenças culturais a esses povos. Em outros termos, temos consciência de que, ao longo da história, os povos indígenas foram vítimas de inúmeros crimes, de estupros a assassinatos em massa, passando por tortura, difamação, sequestro e redução a condição análoga a escravidão. Temos consciência, por fim, do papel a ser desenvolvido pelo Estado brasileiro para que esses crimes, ainda hoje recorrentes, não sigam sem a devida apuração e os danos sem reparação.

Por outro lado, como núcleo deste estudo, analisamos casos de crimes cometidos por indígenas. E, considerando que o monopólio estatal do uso da força é um fato da realidade - e que esse fato orienta (ou deveria orientar) a atuação das instituições no cumprimento da legislação e do pacto constituinte vigente -, nossa contribuição busca evitar um deslize incauto para o relativismo absoluto que, ao fim e ao cabo, poderia representar o descaso com a necessidade de diálogo franco para que o conteúdo dos direitos humanos pudesse ser realizado de forma a considerar a realidade da pluralidade que marca a sociedade brasileira. Como afirma Rouanet (1993, p. 258), alguns relativistas ficam tão ansiosos para mostrar que não são colonialistas que se esquecem de que a melhor maneira de tratar os homens como iguais é argumentar com eles, e que o modo mais devastador de desprezá-los é não se dar o trabalho de discordar deles.

Por tudo isso, temos que levar em conta que, em muitos casos, a “chegada” do Estado no cotidiano de um povo tradicional pode gerar uma dependência que, se no início poderia não ser desejável (exatamente tendo em vista a perspectiva de respeito às práticas tradicionais), posteriormente pode exigir exatamente a manutenção do aparato estatal, por exemplo, na forma de serviços públicos. E isso não pelo fato de os serviços públicos serem melhores, mas porque, com a sua implementação, as práticas tradicionais podem ser perdidas, abandonadas e, como já conta a nossa história, criminalizadas pelo próprio Estado.

---

<sup>1</sup> A respeito das correntes que sustentaram uma hierarquia racial entre seres humanos, e como as bases teóricas e metodológicas dessas correntes foram manipuladas e influenciaram os cursos de Direito no Brasil, conferir Gould (1999) e Schritzmeyer (2010).

<sup>2</sup> O mexicano Pablo Gonzales Casanova apresenta uma ideia importante para pensarmos as formas modernas de colonialismo: “A definição do colonialismo interno está originalmente ligada a fenômenos de conquista, em que as populações de nativos não são exterminadas e formam parte, primeiro do Estado colonizador e depois do Estado que adquire uma independência formal, ou que inicia um processo de libertação, de transição para o socialismo, ou de recolonização e regresso ao capitalismo neoliberal. Os povos, minorias ou nações colonizadas pelo Estado-nação sofrem condições semelhantes às que os caracterizam no colonialismo e no neocolonialismo em nível internacional” (LINERA, 2008, p. 209).

Nos tópicos seguintes, logo depois de lembrar a evolução normativa envolvendo povos indígenas, vamos debater quando e como incide o direito penal sobre o índio autor de crime, sua punição pelo Estado e possivelmente pela aldeia e a forma de executar as respectivas penas, notadamente sob o olhar da vedação do “*bis in idem*” (ou da dupla valoração negativa em face do mesmo fato).

Trata-se, ademais, de mais uma oportunidade para que os profissionais que atuam no sistema de justiça possam se deixar afetar por experiências do campo e transformar essas experiências em tema de pesquisa<sup>3</sup>.

## **1 POVOS INDÍGENAS E DIREITO: BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO NORMATIVA**

O reconhecimento legal dos direitos indígenas no Brasil atravessa intrincado processo, marcado por delongado caminho de luta por sobrevivência, disputa por terras e busca por respeito a direitos essenciais, como alimentação, educação, saúde e segurança. Sem olvidar disposições normativas editadas no período colonial, a previsão da integração do indígena à sociedade nacional somente ganhou respaldo relevante nas Constituições Federais brasileiras de 1934 e 1967 (Emenda Constitucional nº 1/1969), assim como no Estatuto do Índio, enunciado pela Lei nº 6.001/1973, que em seu artigo 1º traz expressamente o propósito de preservar a cultura dos índios e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>Lima e Baptista (2014) dizem o seguinte sobre isso: “Entretanto, é preciso de início esclarecer que a pesquisa empírica é um desafio significativo para o campo do Direito, seja porque os seus operadores não estão socializados com essa metodologia, seja porque estão acostumados a pensar o Direito a partir de ideais abstrato-normativos (dever-ser) que costumam obscurecer a visão do campo para práticas e rituais que os contrariam, que se tornam objeto de estigma e, no limite, de denúncia, acusação e criminalização, não de pesquisa. Além do fato de que, socializados na lógica do contraditório, da *disputatio*, seja no processo, seja na produção da dogmática, os juristas são muito pouco afeitos à lógica da argumentação, voltada para consensualizações provisórias e sucessivas”.

<sup>4</sup>Uma visão geral sobre o Estatuto do Índio em vigor nos revela que a Lei 6.001/73 conta com 68 artigos, divididos em 7 títulos. Predominam dispositivos envolvendo questões afetas a terras dos índios (Título III) e bens e renda do patrimônio indígena (Título IV). No bojo da norma o legislador previu princípios que regem a matéria (Título I), assegurou direitos civis e políticos (Título II), tratou da educação, cultura e saúde (Título V), bem como normas penais (Título VI). O Estatuto encerra a matéria com disposições gerais (Título VII). Lendo e relendo a Constituição de 1988 não parece complexo perceber que aos povos indígenas foi reservado assento de destaque, consagrando a diversidade cultural e étnica como eixo norteador das demais normas sobre o tema. Esse reconhecimento converge para a não recepção do artigo 1º do Estatuto e de outros dispositivos, como por exemplo, o artigo 7º, que sujeita ao regime tutelar os índios e as comunidades indígenas consideradas, até a Constituição de 1988, não integradas à comunhão nacional. Tramita perante a Câmara dos Deputados, desde 1991, o Projeto de Lei 2.057, dispondo sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, projeto que já recebeu diversos substitutivos. Caso aprovado e sancionado, revogará o atual Estatuto do Índio, promovendo mudanças significativas na matéria.

Apesar das vozes que se levantaram contra as “guerras justas”<sup>5</sup> e que também alertaram para que os projetos de integração não fossem reduzidos à proposta eugenista contida no artigo 138, “b”, da Constituição de 1934<sup>6</sup>, a Constituição de 1988 avançou no sentido de considerar os povos indígenas como parte da sociedade nacional e focou numa inclusão pelo acesso a direitos, e não pela negação de identidades. É o que consta no texto final da Comissão Nacional da Verdade, especificamente no eixo temático sobre “Violações de direitos humanos dos povos indígenas”:

Tais violações perduraram até a promulgação da Constituição de 1988 e muitos dos seus efeitos permanecem até os dias atuais, apontando para a necessidade de completar o processo de justiça transicional aos povos indígenas, ainda em curso no Brasil. Ao superar juridicamente o paradigma do integracionismo, que concebia os “modos de ser” indígenas como condição a ser superada, a Constituição de 1988 se apresenta como principal marco de anistia aos povos indígenas (BRASIL, 2014, p. 252).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 demonstrou atenção à política indigenista, quebrando o paradigma integracionista e reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231<sup>7</sup>). Positivou-se a possibilidade de que os índios, suas

---

<sup>5</sup> João Pacheco de Oliveira e Carlos A. R. Freire (2006) explicam: “As “guerras justas” para aprisionamento dos índios *hostis* tinham sua legislação baseada num imaginário difuso sobre práticas indígenas “bárbaras” – canibalismo, poligamia etc. Tal imaginário era sempre acionado em defesa dos interesses econômicos dos colonos. [...] Foi com base nessas representações, associadas a argumentações de distintas ordens, que se construiu a crença (que se naturalizou como certeza) do caráter filantrópico e humanitário da intervenção colonizadora.”

<sup>6</sup> O artigo 138, “b”, da Constituição de 1934 dizia que incumbiria à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas, estimular a educação eugênica. A educação eugênica pretendia a purificação racial. Gould (1999) explica: “As justificações pré-revolucionárias da hierarquia racial adotaram duas modalidades. O argumento “mais brando” – retomando definições impróprias de um ponto de vista moderno – sustentava a unidade de todos os povos através da criação única de Adão e Eva. Esta concepção foi denominada monogenismo, ou origem a partir de uma única fonte. As raças humanas são produtos da degeneração da perfeição do Paraíso. A degeneração atingiu diversos níveis, menor no caso dos brancos e maior no caso dos negros. O clima foi o fator invocado com mais frequência como principal causa da distinção racial. Quanto à possibilidade de remediar os defeitos apresentados por certas raças modernas, as opiniões dos degeneracionistas estavam divididas. Alguns afirmavam que, embora gradualmente geradas sob a influência do clima, as diferenças já estavam definidas e eram irreversíveis. Outros argumentavam que o fato de ter sido gradual esse desenvolvimento tornava possível a reversão em um meio ambiente adequado. [...] Mas outros degeneracionistas achavam que os resultados benéficos do clima não se manifestariam com rapidez suficiente para provocar algum tipo de repercussão na história humana. O argumento “duro” prescindiu da versão bíblica por considerá-la alegórica, e afirmou que as raças humanas eram espécies biológicas separadas e descendiam de mais de um Adão. Como os negros constituíam uma outra forma de vida, não participavam da “igualdade do homem”. Os proponentes deste argumento foram chamados “poligenistas”. A esse respeito, conferir também interessante trabalho de Simone Rocha (2014), intitulado “Educação eugênica na constituição brasileira de 1934”, que analisa os *Annais da Assembleia Nacional Constituinte de 1933/1934* e aponta para um conjunto de discursos de parlamentares em relação à defesa da educação eugênica e posteriores visitas a programas implementados por Adolf Hitler na Alemanha nazista.

<sup>7</sup> O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 79.530, Rel. Min<sup>o</sup> Ilmar Galvão, DJ de 25-02-2000, estabeleceu que é de natureza civil, e não criminal, a tutela que a carta constitucional estabeleceu no caput do art. 231, não

comunidades e organizações vindiquem os seus direitos e interesses em juízo, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (artigo 232).

Firmada a nova ordem constitucional, relevante citar outras normas supervenientes – algumas já referidas na introdução - que procuram, em menor ou maior grau, assegurar a proteção do indígena e de sua cultura: a) Decreto nº 26, de 4/2/1991, que trata da educação indígena no Brasil; b) Decreto nº 1.775, de 8/1/1996, que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas; c) Decreto nº 3.156, de 27/8/1999, que estabelece as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde; d) Decreto nº 7.747, de 5/6/2012, que dispõe sobre a política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas (PNGATI); e e) Resolução nº 287, de 25/6/2019, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece procedimentos relativos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

A Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais caminha em sintonia, também, com o preceito constitucional do artigo 215 da CF/1988, que traduz o compromisso do Estado de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Vale registrar, nesse tanto, o teor do artigo 216 da Carta Maior que, no inciso II, reconhece como patrimônio cultural brasileiro os modos de criar, fazer e viver dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

## **2 O INDÍGENA COMO SUJEITO ATIVO CULPÁVEL DO INJUSTO PENAL**

Como esclarecido na introdução, o presente trabalho tem como objetivo principal sistematizar questões legais envolvendo a punição estatal de indígenas que cometeram crimes, merecendo olhar especial para aqueles que receberam, também, alguma punição na aldeia.

Algumas perguntas servirão de norte para o desenvolvimento do presente tópico: quem é o indígena a fazer jus à série de tratamentos diferenciados insculpidos no Estatuto? Todos têm capacidade de responder penalmente por fatos cometidos dentro e fora da aldeia? O indígena, a depender do seu grau de inadaptabilidade, pode ser considerado pessoa com desenvolvimento

---

se podendo confundir os respectivos direitos concedidos aos índios com o dever do Estado em proteger-lhes a vida e a integridade física, dever não restrito aos indígenas, mas estendido a todas as demais pessoas.

mental incompleto? Ou deve ser aquilatada em campo diverso, como na potencial consciência da ilicitude?

Vamos começar definindo o sujeito ativo especial. Na esteira do artigo 3º da Lei nº 6.001/1973, considera-se índio ou “silvícola” todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional. O mesmo dispositivo define comunidade indígena ou grupo tribal como um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em Estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Os indígenas ainda são classificados, no artigo 4º da Lei nº 6.001/1973, em: I – Isolados, ou seja, quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração, ou seja, quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III – Integrados, ou seja, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Considerando que o Brasil incorporou a Convenção 169 da OIT como estatuto supralegal<sup>8</sup>, a autoidentificação deve ser considerada nesse debate, pois o artigo 1º, item 2, diz que a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

---

<sup>8</sup> O artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição, estatui que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. No Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, de 03 de dezembro de 2008, o STF atribuiu estatuto supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos não incorporados como emenda. O art. 84, VIII, da Constituição diz que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. O art. 49, I, por sua vez, diz que é de competência exclusiva do Congresso resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4 (República Argentina), fixou entendimento no sentido de que a incorporação de tratado ou convenção internacional exige, primeiro, a assinatura pelo Chefe do Executivo nacional, depois referendo do Congresso, depósito do documento de ratificação na respectiva organização internacional (o que inicia a vigência e consequente responsabilidade internacional do Estado) e, por fim, a promulgação e publicação do texto no Diário Oficial, quando passa a ter vigência interna e vincular também internamente o Estado e os particulares.

Peruzzo e Ozi (2020) sustentam que o direito à autodeclaração tem tanto uma dimensão cultural de pertencimento a um grupo étnico ou racial específico, como também uma dimensão subjetiva, relacionada à personalidade do sujeito que titulariza e luta por direitos. O direito à autodeclaração, nesse sentido, é um desdobramento do direito à personalidade jurídica, considerando a indispensabilidade da condição de índio para a legitimidade de muitas lutas por direitos, como as lutas por cotas e pela terra tradicional. E, sobre isso, a Resolução nº 287/2019 do CNJ, no artigo 3º, diz que o reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia.

No que tange aos fundamentos da teoria do delito, o tratamento jurídico-penal do indígena constitui tema que gera diversos embates, especificamente quanto à culpabilidade, em seu aspecto afeto à imputabilidade (capacidade de imputação).

Sobre esse tema, Juarez Tavares (2018, p. 418) explica que Claus Roxin, ao debruçar-se sobre a culpabilidade, afirma que seu conceito está ligado à ideia de acessibilidade normativa, ou seja, agente culpável é aquele que, em virtude de sua constituição psíquica e mental estava, no momento da prática do fato, em condições de atender ao apelo da norma.<sup>9</sup> Já Reinhard Merkel, trabalha com dois conceitos: receptividade e reatividade. Dessa forma, o agente deve ser receptivo ao ser capaz de sentir o sentido da norma; e depois, ter a capacidade de reagir adequadamente a essa receptividade ou compreensão da norma.

Refletindo sobre a condição do indígena, as lições de Roxin e Merkel são perfeitamente aplicáveis, pois as ideias citadas colocam no centro do debate a acessibilidade normativa, que é capaz de superar a antiga discussão sobre a existência ou não da liberdade de vontade ou poder de agir de um sujeito culturalmente diferenciado.

Júlio Mirabete e Renato Fabbrini (2012, p. 199), por sua vez, lecionam que o indígena pode ser incluído na cláusula de desenvolvimento mental incompleto<sup>10</sup>, desde que fique demonstrada sua inadaptação à vida no meio civilizado. Anotam que não se trata de algo patológico ou teratológico, mas da ausência de adaptação à vida social de nosso nível às normas

---

<sup>9</sup> Nesse sentido: “*Si se pudiera probar que una persona era alcanzable en la situación concreta por el llamado de la norma (‘asequible normativamente’), y era receptible a posibilidad normal de ser determinado por motivos – lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente – partimos de que este, al tomar una decisión contra el Derecho, ha actuado culpablemente*” (ROXIN, 2016, p. 290).

<sup>10</sup> Este é o entendimento adotado na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 e assentado na doutrina tradicional, podendo ser citado na mesma linha a lição de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 290): “O desenvolvimento mental incompleto ou retardado consiste numa limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo sem capacidade de comunicação.”

complexas que a regulam e aos critérios de valores de nossos julgamentos que colocam os indígenas em condição de incapacidade total ou parcial de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pela legislação penal. Ressaltam que não basta a condição de indígena, exigindo-se exame apurando a inadaptação.

Esse entendimento sobre desenvolvimento mental incompleto, apesar da intenção de contribuir para o debate, deixa de considerar uma série de fatores importantes. Não nos parece correto recorrer ao campo do desenvolvimento mental incompleto para tratar de trocas e traduções interculturais. Durante muito tempo, os povos indígenas, e também os negros, foram considerados seres humanos inferiores sob o argumento do “desenvolvimento mental”. Alguns estudiosos se valiam do tamanho da cavidade craniana para estabelecer uma escala evolutiva entre raças. Ocorre que esses critérios foram estabelecidos mais com base em preconceitos que em evidências científicas.

A análise que Gould (1999) fez da produção de George Morton, grande colecionador de crânios, voltando aqui pra questão metodológica que nos interessa especialmente, tem um foco especial no método, que consistia em encher cavidades cranianas com sementes de mostarda peneirada e, após completar a cavidade, despejar as sementes em um cilindro graduado e obter o volume médio do cérebro em polegadas cúbicas. Quanto maior o crânio, mais no topo da escala evolutiva era colocada a “raça”. Gould estudou esse método e, analisando os crânios, verificou sérias inconsistências metodológicas.

Durante o verão de 1977, passei várias semanas reavaliando os dados de Morton (Morton, que se declarava objetivista, publicou todos os seus dados brutos; portanto, podemos inferir com bastante segurança os passos que empreendeu para chegar aos resultados exibidos pelos quadros). Em poucas palavras, e para dizê-lo sem rodeios, os dados resumidos dos quadros formam uma colcha de retalhos de falsificações e acomodações evidentemente destinadas a verificar determinadas crenças *a priori*. (GOULD, 1999).

A respeito da medição dos crânios indígenas, Gould (1999) comenta:

[...] o valor “correto” de 80,2 é excessivamente baixo, pois resulta de um procedimento inadequado. Os 144 crânios de Morton pertencem a índios de muitos grupos diferentes, entre os quais existem diferenças significativas com relação à capacidade craniana. [...] A amostragem de Morton apresenta-se distorcida devido à presença majoritária de crânios pertencentes a um grupo extremo: o dos incas peruanos, cujo cérebro é pequeno (eles constituem 25% da amostragem e sua capacidade craniana média é de 74,36 polegadas cúbicas). Por outro lado, os iroqueses, cujo cérebro é grande, estão representados apenas por 3 crânios (ou seja, 2% da amostragem).

Vale lembrar o que consta do preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da ONU, incorporada pelo Decreto 65.810 de 1969: “Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum.”

Considerando essa forma preconceituosa de tratar as diferenças, bem como essa categorização em escala evolutiva dos diferentes grupos humanos misturando questões biológicas e culturais, é possível estabelecer uma relação com o evolucionismo analisado por Kuppe e Potz. Esses autores trabalham a forma pela qual eram estudados os sistemas jurídicos de povos ditos “primitivos”.

*[...] trataron de incluir el material procedente de pueblos primitivos o exóticos en una ciência jurídica general, y todo eso durante una época en la cual tales pueblos eran considerados como decadentes y obtusos por el resto de las ciencias europeas. (...) Sin embargo, justamente fue ese estudio el propósito de los primeros antropólogos jurídicos. Ellos se dedicaron primeramente a la búsqueda de escalas evolutivas en la historia del derecho, para explicar a las instituciones jurídicas a partir de contextos socioculturales, y no a partir de conciencias individuales. (KUPPE; POTZ, 1995).*

Essa análise se conecta, ademais, com outras três categorias difíceis utilizadas por Júlio e Renato Fabbrini, quais sejam: “meio civilizado”, “vida social de nosso nível” e “normas complexas”. Estamos chamando essas categorias de “difíceis”, pois são categorias culturais e, como tais, reflexivas<sup>11</sup>. Além disso, dificulta a compreensão de que a complexidade da nossa cultura não exclui a complexidade de outras culturas e que, ademais, nem mesmo seria correto traçar qualquer correspondência entre uma manifestação cultural e outra<sup>12</sup>.

Pondera Marcela Baudel de Castro (2013) que, no Estatuto do Índio, a questão da culpabilidade é resumida ao critério da inimputabilidade, à luz da divisão já ultrapassada entre índios isolados, integrados e em vias de integração. Entende, assim, que são inimputáveis os

---

<sup>11</sup> A busca por uma definição de “etnia” e “cultura”, parafraseando Manuela Carneiro da Cunha (2009, p. 235), já foi responsável pela derrubada de árvores demais, tantas foram as páginas dedicadas a essa empreitada. Certamente, pois a definição desses termos enfrenta, de início, um obstáculo epistemológico, na medida em que definir cultura seria uma atividade metalinguística reflexiva, ou seja, um esforço para se definir um discurso sobre o outro por meio dos conceitos típicos desse próprio discurso (que não é do outro). Nesse sentido, entendemos que vale a pena considerar que é exatamente em razão da verificação de uma metalinguagem reflexiva na busca pela definição de cultura que, sem a pretensão de coerência, mas apenas de completude (como afirmou a própria autora), Manuela Carneiro da Cunha estabelece uma distinção entre cultura e “cultura” (com aspas).

<sup>12</sup> Nesse sentido, Lévi-Strauss (1993, p. 339) diz que apesar de as sociedades indígenas utilizarem instrumentos semelhantes, por exemplo, aos utilizados por sociedades paleolíticas, (...) “a elaboração do material, os tipos de instrumentos, sua destinação, portanto, eram diferentes, e uns nos ensinam pouco sobre os outros a esse respeito. Como, portanto, poderiam instruir-nos sobre a linguagem, as instituições sociais ou as crenças religiosas?”

índios isolados, imputáveis os integrados, e a depender de exame antropológico será definida a capacidade de imputação dos índios em vias de integração, os quais, em sua maioria, apresentam-se como semi-imputáveis<sup>13</sup>.

Para nós, a condição de índio não integrado não gera presunção de incapacidade penal. A regra é a sua imputabilidade, que poderá ser afastada por critérios válidos para qualquer cidadão, ou seja, quando doente mental, menor de 18 anos na data dos fatos ou tomado por embriaguez acidental completa. Não se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, seja por ausência de potencial consciência da ilicitude (erro de proibição), seja por motivo supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, na linha do que sustenta Cunha (2020, p. 369) e de forma alinhada à forma como a Constituição de 1988 passou a tratar os povos originários. Nesse sentido, explica Víctor Gabriel Rodríguez:

No Brasil, em que ainda resta alguma população indígena não de todo integrada ao resto da sociedade, há que se questionar acerca da imputabilidade do índio. Mas esse questionamento deve necessariamente partir do abandono da antiga concepção de que o índio não integrado não tem desenvolvimento mental completo. Ainda que se reconheça, por questões antropológicas que aqui não cabe aprofundar, que a sociedade indígena se encontra em uma fase anterior de desenvolvimento – o que ainda assim é muito relativo –, não há qualquer sustentáculo, sequer jurídico, para que ao indígena não integrado se o considere de algum modo mentalmente incapacitado. O que pode ocorrer ao índio não integrado é que a ignorância acerca dos valores vigentes na sociedade não indígena possa impedir o conhecimento da proibição de alguns delitos. Não se trata apenas de conhecer a lei penal – que nesse contexto é o menor dos problemas –, mas da absorção ou não dos valores que são subjacentes à norma jurídico-penal. Se o ser humano aprende por imitação, há que se saber reconhecer que uma atitude que nos pareça abjeta pode representar um valor positivo a outra cultura. Em algumas tribos da Amazônia, matar o recém-nascido, o ancião ou o doente é atitude socialmente valorada para a manutenção do grupo (RODRÍGUEZ, 2010, p. 284-285).

Sem destoar da nossa linha de raciocínio, explica Monia Peripolli Dias (2014) que não se sustenta mais o critério de que os indígenas possuem mentalidade incompleta ou retardada, visto que, ocorrendo essa colisão cultural, importa tão somente perquirir se, de acordo com a

---

<sup>13</sup> Aliás, para Marcela Castro, a redução da pena trazida pelo Estatuto do Índio será aplicada subsidiariamente à diminuição presente no art. 26, parágrafo único, do CP (culpabilidade reduzida), pressupondo esta que o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. De fato, anotando a premissa de que a imputabilidade situa-se em campo diverso do conceito social referente ao nível de integração do indígena, importante reconhecer que fica inviável a aplicação concomitante e sobreposta, neste aspecto da dosimetria da pena, do Estatuto do Índio e do Código Penal, porque a mesma circunstância afeta à ausência – ainda que parcial – de compreensão do indígena sobre o caráter ilícito do fato justifica tanto a incidência de atenuante, na forma do artigo 56 da Lei nº 6.001/1973, como da causa de diminuição de pena, com lastro no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal.

sua cultura e seus costumes, o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime, segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Para arrematar, vale a pena lembrar a lição de Edilson Vitorelli (2018, p. 391) quando afirma que a aplicação do erro de proibição traduziria a compatibilização do Direito Penal com o respeito constitucional à organização social, costumes, crenças e tradições indígenas<sup>14</sup>, visto que a seleção de condutas reprováveis penalmente tem sustentáculo marcadamente cultural, de modo que podem não coincidir com os bens eleitos por uma cultura distinta. Defende, portanto, que a reprovação imposta pelo Direito Penal só recairia sobre a conduta do índio que conhecesse os valores tutelados pela norma penal e tivesse vontade livre e consciente de transgredir o bem jurídico.

### 3 A PUNIÇÃO DOS INDÍGENAS QUE COMETEM CRIMES

A punição do indígena condenado pela prática de crime e a execução da sanção têm regramento especial no Estatuto do Índio, instrução a ser observada pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o artigo 56 do Estatuto determina que, em caso de condenação, a pena deverá ser atenuada de acordo com a maior ou menor integração do sentenciado, respeitando-se os parâmetros estabelecidos no artigo 4º.

Esta norma está revestida de simplicidade e vagueza em sua redação, considerada a complexidade de seu reflexo, gerando celeuma em sua aplicação. A jurisprudência prevalente concentra-se em designar que a disposição abrange somente o indígena não integrado à comunhão nacional<sup>15</sup>.

A análise do processo de integração ou não do indígena é complexa e parte de variados critérios, diversos da autoidentificação, a saber: a fluência na língua portuguesa, o grau de escolaridade, a habilidade para condução de veículos automotores, a qualidade de eleitor, o nível de ingerência em organização criminosa, a desenvoltura para a prática criminosa e outras<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> O Projeto de Lei 2.057/1991 adota o critério do erro de proibição no que concerne à alocação da culpabilidade do indígena, distanciando-se da mera atribuição de inimizabilidade, conforme seu artigo 90.

<sup>15</sup> Sobre a possibilidade de atenuar a pena com base no artigo 56 do Estatuto do Índio apenas para indígena não integrado, conferir decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.361.948/PE, publicado em 16/09/2013 e decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região na Apelação nº 200683050003400, publicado em 26/11/2008.

<sup>16</sup> Afastando alegação de inimputabilidade do réu, conferir decisão da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 30.113/MA, publicado em 16/11/2004, onde foi considerada a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes.

Todavia, a jurisprudência majoritária na seara criminal faz a conjugação com outros critérios, evitando que pessoas que convivem plenamente na sociedade não indígena, ainda que tenham raízes étnicas indígenas e assim se reconheçam, sejam beneficiadas com a atenuação da pena sem respaldo em critério razoável que estabeleça o entrelaçamento adequado com a desequiparação concedida. Em outros termos, a qualificação como indígena não pode gerar uma atenuação automática da pena, assim também como não provoca a sua inserção em regime especial de aprisionamento, pelo simples fato de possuir tal raiz étnica.<sup>17</sup>

Nesta senda, ainda que o artigo 56 do Estatuto do Índio faça menção à necessidade de atender ao grau de integração do indígena, teria sido mais técnico e hialino se fizesse tal especificação como procedeu em outros dispositivos da lei, já que o indígena que convive e conhece a legislação oficial do Estado brasileiro não perde sua qualidade intrínseca, ainda que passe a se relacionar com outras regras de convivência e organização social. Em sentido contrário à jurisprudência consolidada, se fosse avaliada somente a interpretação literal do artigo, face à ausência de designação classificatória, deveria ser a atenuante aplicada a todos os índios – sem prejuízo da incidência da limitação constante do Enunciado de Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 231<sup>18</sup> –, já que o artigo dispõe que, além de considerá-la na aplicação da pena, o juiz deve também observar o grau de integração do indígena.

Entretanto, sobre o tema, verifica-se uma possível mudança de paradigma com a edição da Resolução nº 287/2019, do CNJ. No seu artigo 2º, dispõe que os respectivos procedimentos serão “aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes tanto da língua portuguesa quanto de línguas nativas, independentemente do local de moradia, em contexto urbano, acampamentos, assentamentos, áreas de retomada, terras indígenas regularizadas e em diferentes etapas de regularização fundiária”. Acrescenta o artigo 3º que “o reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia”.

O CNJ considerou, por consequência, a possibilidade de autodeclaração da pessoa indígena no âmbito do processamento criminal e, caso isto ocorra, a autoridade judicial “deverá indagar acerca da etnia, da língua falada e do grau de conhecimento da língua portuguesa (art. 3, § 2º, da Resolução nº 287/2019, CNJ)” e “remeter as cópias dos autos do processo à regional

---

<sup>17</sup> Conveniente mencionar que, partindo da classificação do artigo 4º do Estatuto do Índio, em vários dispositivos ao longo do diploma há expressa referência ao grau de integração do índio, conforme se vê dos artigos: 2º, inciso II; 6º, parágrafo único; 7º, caput; 8º, caput; 12, caput; 16, §2º; 58, inciso III; e 59.

<sup>18</sup> A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

da Fundação Nacional do Índio – FUNAI mais próxima em até 48 (quarenta e oito) horas” (art. 3, § 3º, da Resolução nº 287/2019, CNJ).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o parágrafo único do artigo 56 do Estatuto, especial em relação ao artigo 33 do Código Penal, determina que as penas de reclusão e detenção sejam cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos<sup>19</sup> da habitação do condenado. Vale comparar a redação dos dispositivos em comento:

Art. 56, Estatuto do Índio: As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 33, Código Penal: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Percebam que o espírito da lei remete à manutenção do agente criminoso indígena em local que prestigie contato com sua cultura, encaminhando-o à Fundação Nacional do Índio - FUNAI<sup>20</sup> ou outro órgão federal de assistência aos índios, se houver. O preceito normativo traz comando de difícil execução, devido à ausência de estruturação da FUNAI para encarcerar pessoas condenadas, seja no que se refere à deficiência nos quesitos segurança e recursos humanos, seja pela desnaturação de sua função primeva. Em resumo, o legislador entrega para a FUNAI tarefa típica de execução de pena, destoando, por completo, da missão maior do órgão, o que acaba por refletir numa atuação muito aquém da esperada por todos, leia-se, legislador, sistema de justiça e a sociedade, aqui também compreendidos os indígenas.

Relevante mencionar que a Resolução nº 287/2019, do CNJ, prevê que, não sendo caso de seguir os mecanismos próprios da comunidade indígena para fins de responsabilização (artigo 7º), excepcionalmente, quando da definição da pena e do regime de cumprimento a serem impostos à pessoa indígena, a autoridade judicial deverá considerar as características culturais, sociais e econômicas, suas declarações e a perícia antropológica, de modo a: I - aplicar penas restritivas de direitos adaptadas às condições e prazos compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena; II - considerar a conversão da multa pecuniária em prestação de serviços à comunidade, nos termos previstos em lei; e III - determinar o cumprimento da prestação de serviços à comunidade, sempre que possível e mediante consulta prévia, em comunidade indígena (artigo 9º).

---

<sup>19</sup> Transcrição feita nos exatos termos que constam na Lei nº 6.001/1973, em que pese o erro de concordância nominal.

<sup>20</sup> Foi criada por via da Lei nº 5.371, em 1967, com o intuito de ser o principal órgão oficial indigenista do Brasil.

O CNJ arrematou este ponto ao deliberar, no artigo 10 da supramencionada Resolução, que não havendo condições para aplicação do disposto nos artigos 7º e 9º, a autoridade judicial deverá aplicar, sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 da Lei nº 6.001/1973, para condenação a penas de reclusão e de detenção. Para tanto, a autoridade judicial poderá buscar articulação com as autoridades comunitárias indígenas da Comarca ou Seção Judiciária, bem como estabelecer parceria com a FUNAI ou outras instituições, com vistas à qualificação de fluxos e procedimentos.

Nesse ponto, pairam fundadas dúvidas sobre a precisão do cumprimento da pena e da fiscalização da respectiva execução, uma vez que não se pode depreender que o regime especial de semiliberdade fiscalizado por autoridades indígenas ou FUNAI tenha os mesmos rigores da execução de pena tradicionalmente observada pelo Estado. O risco de ineficácia de resposta ao crime é imenso, pois, sem o alcance dos olhos e das mãos do Estado, a pena aplicada ao indígena, fiscalizada por um par, pode ganhar características diversas daquelas pretendidas e necessárias à prevenção geral e específica do delito. E isso pode se agravar em situações como violência contra a mulher, crianças, idosos e outros sujeitos vulnerabilizados. Situação bastante complexa se considerarmos, ademais, que nem sempre o aparato estatal dá conta de cumprir com o seu papel em razão das questões que trouxemos para o centro da reflexão que norteia este artigo<sup>21</sup>. Em outros termos, a própria dimensão pedagógica da pena pode se perder nesse caminho se não forem consideradas todas as questões ora alertadas.

Levando em consideração que o parágrafo único do artigo 56 da Lei nº 6.001/1973 faz alusão ao regime de cumprimento de pena, atrela-se à fase de execução, não podendo ser invocado no caso de prisão cautelar. A prisão preventiva, por exemplo, se justifica como forma de preservação da ordem pública e econômica, por conveniência (necessidade) da instrução criminal e como garantia da futura aplicação da lei penal.

Como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 53),

na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.

---

<sup>21</sup> “Mulheres indígenas também são vítimas de violência doméstica e ao acessar as medidas previstas na Lei Maria da Penha encontram tantos obstáculos que na maior parte dos casos se sentem mais vitimizadas do que protegidas.” (TALAMONE, 2022).

Tem, portanto, inegável caráter de uma prisão cautelar de natureza processual e, por conta disso, deve preencher os requisitos típicos de toda e qualquer medida cautelar, a saber, o “*fumus commissi delicti*” e o “*periculum libertatis*”. Sua finalidade e eficácia não parecem conviver com o espírito do artigo 56 do Estatuto do Índio.

#### 4 JURISDIÇÃO PENAL INDÍGENA, DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO “BIS IN IDEM”

Partindo de uma perspectiva ampla e moderna, pode-se afirmar que a jurisdição tem por função atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais. Em outros termos, a jurisdição é a função do Estado que dá resposta às pretensões que lhe são apresentadas, dizendo o direito e dando significado concreto à aplicação dos valores constitucionais (NICOLITT, 2013, p. 63).

Essa função concentra-se nas mãos do Estado, detendo ele o monopólio do uso legítimo da força. Todavia, excepcionalmente, em algumas situações pontuais anunciadas pelo próprio sistema jurídico, o Estado admite o emprego de sanções por aqueles que não integram seus quadros. É nesse espectro de exceção que se analisa o artigo 57 do Estatuto do Índio, que prevê: “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

Esse dispositivo precisa ser interpretado à luz dos artigos 5º, inciso XXXV, e 231 da CF/1988. Assim interpretando, Edilson Vitorelli (2018, p. 399) conclui que o Estado deve interferir no processo de responsabilização conduzido pelos grupos tribais apenas se e quando a sanção indígena se mostrar em flagrante desrespeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Incumbe ao Poder Judiciário, então, analisar se a sanção indígena se ateve aos limites dos direitos humanos, não podendo ingressar no mérito de sua justiça. Entende, ainda, que a regra deve ser a de que o Estado não deve sobrepor sua sanção à hipótese em que o crime já tenha sido punido de acordo com o sistema jurídico-penal indígena.

Partindo da lição de Vitorelli, faremos algumas observações, dela discordando em certa medida, em especial em relação ao conteúdo da segunda parte da sua conclusão, que parece reconhecer “bis in idem” na hipótese de dupla sanção (uma imposta pelo grupo, outra pelo Estado-Juiz). Para nós, a intervenção do Estado nas sanções do grupo tribal deve ser tomada num sentido mais alargado. Não bastasse, a possível dupla punição não implica, por si só, ilegítima intervenção do Estado. Vejamos.

Se é certo que a penalização aplicada pelos grupos tribais deve respeitar os direitos humanos<sup>22</sup>, também é certo que tal sanção deve ser proporcional ao crime cometido para conceder a justa medida de resposta, desestimulando a reiteração da conduta. Assim sendo, a violação aos direitos humanos não emerge apenas em relação ao tipo de pena (cruel, degradante ou de morte), mas também sob a dimensão pedagógica da resposta do grupo indígena. É neste ponto que entra tudo o que trouxemos para o debate sobre diversidade cultural, tradições, interpretações e compreensão da pena pelo índio que a recebe e pela comunidade (indígena e não indígena) que se beneficia dela.

Justamente atentando para esse juízo de proporcionalidade, tem-se por indeclinável que a jurisdição estatal não pode ser excluída de seu poder de análise, ainda que para tanto necessite adentrar no mérito da justiça da decisão para fazer respeitar os direitos humanos fundamentais, especialmente quando falamos de grupos vulnerabilizados, como mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. E essa tem sido a orientação de outras Constituições que igualmente reconhecem - expressamente - a jurisdição indígena.

O artigo 190 da Constituição boliviana de 2009, por exemplo, ao reconhecer a jurisdição indígena originária campesina, diz: "La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución".

Por sua vez, o artigo 171 da Constituição equatoriana de 2008, anuncia:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las

---

<sup>22</sup> Relevante lembrar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4º, 3, dispõe que "não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido" e no artigo 5º, 2, prevê que "ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes". Nesta perspectiva, a conduta de grupos tribais consistente na imposição de sanções de caráter cruel, infamante ou mesmo a pena de morte como forma de castigo constitui crime a ser tipificado de acordo com a conduta praticada. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TORTURA. CRIME EM RAZÃO DE COSTUMES INDÍGENAS. DISPUTA DE TERRAS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TIPICIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal quando a motivação do delito envolve questões intrínsecas de direitos e cultura indígenas, como ocorre na hipótese. 2. Nos termos do art. 57 do Estatuto do Índio, não é permitido aos líderes de grupos tribais a imposição de sanções de caráter cruel ou infamante, nem de pena de morte contra seus membros, sendo típica, portanto, a conduta que impôs à vítima intenso sofrimento físico, como forma de aplicar castigo. 3. Fixado pelas instâncias ordinárias, com amplo arrimo no acervo probatório, que a vítima - indígena sob sua autoridade - foi submetida a intenso sofrimento físico, não há como ilidir essa conclusão, pois demandaria revolvimento de provas e fatos, não condizente com a via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória. 4. Habeas corpus não conhecido. STJ-HC 208.634/RS (BRASIL, 2016).

decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

O fato de o artigo 57 do Estatuto do Índio “tolerar” a aplicação de penas pela própria comunidade não significa uma transferência plena do direito de punir do Estado para essas comunidades. Essa ideia se reforça pela previsão do artigo 56 do Estatuto, que reconhece a penalização estatal, fazendo previsão de modalidades mais flexíveis de pena. Não se trata de hipótese única de abrandamento da pena no ordenamento jurídico brasileiro, já que algo semelhante ocorre com as medidas socioeducativas de adolescentes em conflito com a lei, que devem observar a brevidade e a condição de pessoa em desenvolvimento.

Sem desconsiderar o teor do art. 231 da Constituição de 1988 e os artigos 9º.1, e 10, ambos da Convenção 169, da OIT<sup>23</sup>, que reconhecem aos indígenas sua organização social, costumes, crenças e tradições, por certo a sanção penal aplicada dentro das aldeias não impede o poder-dever de o Estado também punir e executar sua punição, o que não significa que a sanção lá aplicada não deva ser considerada, de qualquer forma, na sanção estatal.

A Resolução nº 287/2019, do CNJ, prevê, no artigo 7º, que “a responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia”. O respectivo parágrafo único dispõe que “a autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73.”

Em outras palavras, um crime que configura violação a um direito humano perpetrado por um indígena não pode ser relativizado sem o devido cuidado, notadamente com base na diferença cultural, sob pena de o Estado, que assumiu a responsabilidade do uso legítimo da força, validar métodos que, ao fim e ao cabo, afrontam os valores essenciais da ordem constitucional e internacional. E isso fica ainda mais claro quando se trata de um indivíduo que conhece o motivo das proibições e entende a dimensão das consequências.

Lévi-Strauss, a respeito da diversidade, diz o seguinte:

---

<sup>23</sup> Artigo 9º. 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto. Artigo 10 1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

A necessidade de preservar a diversidade das culturas, num mundo ameaçado pela monotonia e uniformidade, não escapou certamente às instituições internacionais. Elas devem compreender também que não bastará, para atingir essa finalidade, acalentar tradições locais e conceder uma trégua aos tempos passados. É o fato da diversidade que deve ser salvo, não o conteúdo histórico que cada época lhe deu, e que nenhuma soberania saberia perpetuar para além de si mesma. É preciso, portanto, atentar para a força nascente, encorajar as potencialidades secretas, despertar todas as vocações para conviver o que a história tem em reserva; é preciso estar pronto também para considerar sem surpresa, sem repugnância e sem revolta, o que todas essas novas formas sociais de expressão não poderão deixar de oferecer de inusitado. A tolerância não é a posição contemplativa, dispensando as indulgências ao que já foi ou que é. É uma atitude dinâmica, que consiste em prever, compreender e promover o que quer ser. A diversidade das culturas humanas está atrás de nós, à nossa volta e à nossa frente. A única reivindicação que podemos fazer a esse respeito (exigência que cria para cada indivíduo deveres correspondentes) é que ela se realize de modo que cada forma seja uma contribuição para a maior generosidade do outro. (1993, p. 366).

Nesse sentido, Lévi-Strauss propõe uma “coligação” entre as culturas para o progresso da humanidade, coligação essa que tem natureza complementar, de acréscimo, que é muito diferente do mero “aproveitamento de cultura”, que é descaracterizador, dizendo que o maior dever da humanidade é “[...] jamais esquecer que nenhuma fração da humanidade dispõe de fórmulas aplicáveis ao conjunto, e que uma humanidade confundida num gênero de vida único é inconcebível, pois seria uma unidade petrificada” (1993, p. 365).

Dentro desse espírito, e cientes da desigualdade de forças políticas e de narrativas que marca a relação dos povos originários com o Direito oficial do Estado, propomos que a responsabilização penal do indígena faça confluir o respeito à cultura indígena e a aplicação da legislação penal. Para tanto, deve estar fundado em três pilares: primeiro, na análise acurada da culpabilidade, em especial sob a ótica do possível erro de proibição; segundo, na proporcionalidade da pena aplicada dentro da aldeia, com espeque nos direitos humanos, inclusive com a fixação de critérios objetivos de execução da sanção, evitando, em especial, hipertrofia da punição; e, terceiro, que, no caso de dupla punição (da aldeia e do Estado), a sanção da aldeia não seja ignorada pelo Estado-Juiz, podendo atenuar a pena imposta pelo Judiciário, quando heterogêneas, ou nela computada, quando homogêneas e, ainda, quando cumpridos os requisitos legais objetivos, deixando de aplicar a pena.

Caso emblemático ocorreu no Tribunal de Justiça de Roraima que, interpretando o artigo 57 do Estatuto do Índio, sob a égide do artigo 231 da Constituição, em caso que envolvia a prática de homicídio entre indígenas, decidiu pelo reconhecimento da autonomia das comunidades indígenas na aplicação de penalidade, afastando a atuação do Poder Judiciário

com fundamento na proibição do bis in idem<sup>24</sup>. Esse julgamento, apesar de contrário à praxe forense, ganhou ressonância na comunidade jurídica e vem sendo utilizado como referência de reconhecimento da cultura dos povos indígenas.

Noutro caso, sob a argumentação de que deve ser resguardada a manifestação cultural da etnia, praticada dentro da coletividade, nos limites da aldeia indígena, assim como seu modo de vida, tradições, crenças e formas de expressão do direito ao autorreconhecimento, o Ministério Público Federal (MPF), em sede extrajudicial, considerou que um homicídio de indígena, valendo-se de arma de fogo e esquartejamento em ritual tradicional do povo Munduruku, denominado “Pajelança Brava”, não deve ser objeto de intervenção judicial, pois, caso fosse, ocorreria ofensa aos meios culturais de aplicação de justiça e encontraria expressiva resistência dos indígenas. No bojo da decisão de arquivamento, chega-se a mencionar que tal perspectiva deve ser aplicada

ainda que as comunidades indígenas tenham um elevado nível de comunicação com a sociedade envolvente, pois os diferentes sistemas de valores éticos e culturais importam na consideração de que aquela conduta é normal e aceita dentro do grupo a que pertencem, impedindo que a norma seja internalizada. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).<sup>25</sup>

Com o devido respeito, não concordamos com as soluções alcançadas nos dois casos. Não estamos sustentando, importante registrar, que o Estado tem soluções perfeitas e irretocáveis para questões criminais. Isso seria o mesmo que argumentar que o Estado que não chega para demarcar a terra, que não chega para assegurar saúde pública, para garantir meio ambiente ecologicamente equilibrado, tenha que chegar apenas com o Direito Penal. No entanto, a não aplicação da pena, nesses casos, demanda, por força do que dispõe a legislação sobre o assunto, de fundamentação consistente que evidencie que a punição foi proporcional ao delito e que direitos humanos fundamentais violados não ficaram desamparados. E essas

---

<sup>24</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. ACr 0090.10.000302-0 (RORAIMA, 2016).

<sup>25</sup> No caso concreto, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do MPF, em sessão colegiada, por unanimidade, deliberou pela homologação do arquivamento do Procedimento de Investigação Criminal (PIC) nº 1.23.008.000394/2015-61. (Relator: Francisco de Assis Vieira Sanseverino; Membros: Carlos Frederico Santos e Luiza Cristina Fonseca Frischeisen) (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).

considerações são importantes especialmente se tivermos em conta que a criação de precedentes que sustentam a absoluta autonomia do sistema de punição indígena pode passar a ser aplicado a grupos vulnerabilizados, como mulheres indígenas, idosos, pessoas com deficiência e crianças.

Vale lembrar que o princípio da vedação do *bis in idem* não é absoluto, bastando lembrar que o artigo 8º do Código Penal prevê a hipótese de extraterritorialidade da lei penal brasileira, caso em que a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. Permite, portanto, que o agente seja processado, julgado e condenado tanto pela lei brasileira como pela lei estrangeira, devendo ser considerados dois fatores: a quantidade e a qualidade das penas. É esse o espírito que pugnamos para o caso de dupla punição.

Sobre referido dispositivo de lei, deve ser alertado que teve sua eficácia limitada pelo STF, o que não enfraquece nossa sugestão. No julgamento do HC 171.118/SP (BRASIL, 2019), em 12 de novembro de 2019, o tribunal concluiu que o artigo 8º do CP “deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”. No caso, um indivíduo havia praticado tráfico de drogas e lavagem de dinheiro por meio de condutas que abarcaram os territórios do Brasil e da Suíça. Foi processado e condenado no país europeu, mas, considerando as disposições do artigo 6º do CP, segundo o qual o crime se considera praticado no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (teoria da ubiquidade), foi processado também no Brasil pelos mesmos fatos, situação à qual se aplicaria o disposto no artigo 8º. Baseando-se nas regras do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF concluiu que é vedada a dupla persecução penal em jurisdições de países distintos (CUNHA, 2020, p. 161-162). O ministro Gilmar Mendes destacou que o Código Penal deve ser interpretado em conformidade com os direitos estampados nos tratados internacionais, pois a jurisprudência do tribunal admite o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais devido ao status normativo supralegal dos tratados de direitos humanos, que, embora, estejam abaixo da Constituição.

Trazendo esse mesmo raciocínio para o nosso estudo, quando a punição da aldeia for considerada injusta ou ilegítima, o Estado deve agir, seja para corrigir, seja para evitar a proteção ineficiente. A não aplicação da pena ocorreria nos casos em que os parâmetros de proporcionalidade e respeito aos direitos humanos fundamentais tivessem sido atendidos na

punição dentro da aldeia. É uma forma de compatibilizar a organização social, os costumes, as crenças e as tradições das comunidades indígenas com a soberania do Estado<sup>26</sup>.

## **5 CONCLUSÃO**

A Constituição Federal de 1988 demonstrou atenção à política indigenista, quebrando o paradigma integracionista e reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231). Positivou-se a possibilidade de que os índios, suas comunidades e organizações vindiquem os seus direitos e interesses em juízo, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (artigo 232).

A condição de índio, mesmo o não integrado, não permite presumir sua incapacidade penal por desenvolvimento mental incompleto, como ainda hoje sugere alguma doutrina. A regra é a sua imputabilidade, que poderá ser afastada quando doente mental, menor de 18 anos na data dos fatos ou tomado por embriaguez acidental completa. Não se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, seja por ausência de potencial consciência da ilicitude (erro de proibição), seja por motivo supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

A responsabilização penal pelo Estado do indígena deve respeitar a sua cultura. Para tanto, serão considerados três pilares: primeiro, na análise acurada da culpabilidade, em especial sob a ótica do possível erro de proibição; segundo, na proporcionalidade da pena aplicada dentro da aldeia, com espeque nos direitos humanos, inclusive com a fixação de critérios objetivos de execução da sanção, evitando, em especial, hipertrofia da punição; e, terceiro, que, no caso de dupla punição (da aldeia e do Estado), a sanção da aldeia não seja ignorada pelo Estado-Juiz, podendo atenuar a pena imposta pelo Judiciário, quando heterogêneas, ou nela computada, quando homogêneas, ou deixar de aplicá-la quando cumpridos os requisitos legais.

As considerações construídas neste trabalho tiveram o propósito de contribuir para que, sob o argumento do respeito à diversidade, sejam consolidados entendimentos jurisprudenciais que desconsiderem a necessidade de atenção diferenciada quando as vítimas sejam grupos vulnerabilizados dentro das próprias aldeias, como pode ocorrer com mulheres indígenas, idosos, pessoas com deficiência e crianças.

---

<sup>26</sup> “*Um controle social mínimo*” (SILVEIRA, 2009, p. 372).

## REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Jane Felipe; BARATA, Camille Gouveia Castelo Branco; ALEIXO, Mariah Torres. Corporeidades silenciadas: reflexões sobre as narrativas de mulheres violadas. *Rev. Direito e Práx.* 8, 1, Mar. 2017.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Textos temáticos. Brasília: CNV, 2014, v. 2. Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_2\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf). Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *HC 208.634/RS*. Relator: Min. Rogério Schietti 14 jun. 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201101273835](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101273835). Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. *Habeas Corpus 171.118/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>. Acesso em: 29 out. 2022.

CASTRO, Marcela Baudel de. O tratamento jurídico-penal conferido aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. *E-gov*, Florianópolis, 2 abr. 2013. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-tratamento-jur%C3%ADdico-penal-conferido-aos-ind%C3%ADgenas-no-ordenamento-jur%C3%ADdico-brasileiro-0>. Acesso em: 29 out. 2022.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosacnaif, 2009.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

DIAS, Monia Peripolli. *O tratamento jurídico-penal dispensando aos indígenas: frente à colisão cultural desse povo com a cultura preponderante brasileira*. Editora Novas Edições Acadêmicas, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo, Saraiva, 1991.

GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Trad. Valter Lellis Siqueira. Ed. 2. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário antropológico*, v. 39, n. 1, 2014, 9-37.

KUPPE, René; POTZ, Richard. La Antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Antropología Jurídica*. Editora da Universidad Nacional Autónoma de México: México, 1995.

**SILVA, Ludmila de Paula Castro Silva; PERUZZO, Pedro Pulzatto; CUNHA, Rogério Sanches; SANTOS, Thiago Rodovalho. *RJESMPPSP*, 22, 2022, P. 84-110.**

LÉVI-STRAUSS, C. *Antropologia Estrutural Dois*. ed 4. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LINERA, Álvaro García. *La potencia plebeya: Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*. Buenos Aires: PROMETEO libros, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 4873/2021*. Procedimento nº 1.23.008.000394/2015-61. Relator: Francisco de Assis Vieira Sanseverino, 04 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/arquivamento-homicidio-indigena.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto. *A Presença Indígena na Formação do Brasil*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. *Rev. Direito e Práxis*, v. 8, n. 4, Dez. 2017, p. 2708-2740.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; OZI, Giulia. O direito à autoidentificação dos povos indígenas como direito fundamental. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 15, 2, 2020. <https://doi.org/10.5902/1981369434252>.

ROCHA, Simone. Educação eugênica na constituição brasileira de 1934. In: *Anais X ANPEDSUL*, Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul, Florianópolis, 2014.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos do direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.

RORAIMA. Tribunal de Justiça (Câmara Única). *ACr 0090.10.000302-0*. Relator: Des. Mauro Campello, 18 dez. 2015.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2016, t. I.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. O ensino da antropologia jurídica e a pesquisa em direitos humanos. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica Lucía (Org.). *Formação Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.137-153.

**SILVA, Ludmila de Paula Castro Silva; PERUZZO, Pedro Pulzatto; CUNHA, Rogério Sanches; SANTOS, Thiago Rodovalho. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 84-110.**

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. 2009. Professor Titular – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. . Acesso em: 28 jun. 2023.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural II*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 328-366.

TALAMONE, Rose. Mulher indígena enfrenta condicionamento cultural e obstáculos na aplicação da Lei Maria da Penha. *Jornal da USP*, São Paulo, 28 jul. 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/mulher-indigena-enfrenta-condicionamento-cultural-e-obstaculos-na-aplicacao-da-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 29 out. 2022

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. Lei nº 6.001/1973. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

**Artigo recebido em: 03/03/2023**

**Aceito para publicação em: 21/06/2023**

# ENSAIO SOBRE O ENCARCERAMENTO DE TRANSGÊNEROS NO BRASIL

## *ESSAY ON THE INCARCERATION OF TRANSGENDER PEOPLE IN BRAZIL*

### **MOISES GERALDO DE OLIVEIRA**

Advogado em São Paulo. Mestre em Direito (2021) e Doutorando em Direito Político e Econômico (2022-), todos pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Integra o grupo de pesquisa Estado e Direito no Pensamento Social Brasileiro na Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculado a linha de pesquisa a Cidadania Modelando o Estado.

### **BRUNO DO NASCIMENTO SILVA**

Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2019). Atualmente é advogado - GIPSZTEJN ADVOGADOS ASSOCIADOS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado.

## RESUMO

Considerando a escassez de políticas criminais efetivas e capazes de assegurar um tratamento digno durante a detenção, o presente artigo tem por escopo abordar de um ponto de vista jurídico os diferentes posicionamentos sobre o encarceramento da comunidade LGBT no Brasil, em especial, os transgêneros. Por se tratar de assunto pouco discutido e que não carrega consigo grande repercussão diante da mídia, viu-se a possibilidade de esclarecimento das questões trazidas com o intuito não apenas de que a temática seja normatizada e torne-se uma diretiva para o procedimento de cumprimento da pena, mas, também, a fim de que sejam observados os postulados estabelecidos em nossa Carta Maior e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, evitando-se, assim, violações de direitos. Contudo, não há como negar que ainda se está longe do que se tem por ideal, ou seja, conferir a todos os cidadãos o pleno gozo de seus direitos mais intrínsecos. Erigido sobre uma lógica binária de separação por gênero, em que se enaltece a masculinidade, o sistema carcerário tenta suprimir as identidades daqueles que estão alheios à padronização imposta, submetendo-os às mais diversas formas de violência e violações de direitos. Abandonados pelo Estado e pela sociedade, esses indivíduos buscam em meio às suas próprias fragilidades a força necessária para reafirmar o direito de ser quem são. Desse modo, é possível concluir que o direito assegurado às pessoas transexuais pela Resolução Conjunta nº 1, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, pautado na sistemática adotada pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, não só confere aos Estados a obrigatoriedade pela implementação de políticas criminais eficientes, mas, também, é capaz de conferir a essas pessoas a esperança de se verem livres das condutas discriminatórias e que atentem aos direitos humanos, ainda que não sejam livres de fato e de direito.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Encarceramento. Transgêneros. Criminalidade.

## ABSTRACT

Considering the scarcity of effective criminal policies capable of ensuring decent treatment during detention, this article aims to address from a legal point of view the different positions on the incarceration of the LGBT community in Brazil, especially transgender people. As this is a little discussed subject and does not carry with it great repercussion in the media, it was seen the possibility of clarifying the issues raised with the intention not only that the theme be standardized and become a directive for the compliance procedure the penalty, but also in order to observe the postulates established in our Charter and International Conventions on Human Rights, thus avoiding violations of rights. However, there is no denying that it is still far from what is considered ideal, that is, giving all citizens the full enjoyment of their most intrinsic rights. Built on a binary logic of separation by gender, in which masculinity is exalted, the prison system tries to suppress the identities of those who are alien to the imposed standardization, subjecting them to the most diverse forms of violence and violations of rights. Abandoned by the State and society, these individuals seek, in the midst of their own frailties, the necessary strength to reaffirm the right to be who they are. Thus, it is possible to conclude that the right guaranteed to transsexual

people by Joint Resolution No. 1, of the National Council for Combating Discrimination, based on the systematic adopted by the international system for the protection of human rights, not only gives States the obligation to implement efficient criminal policies, but it is also capable of giving these people the hope of freeing themselves from discriminatory behavior and that they respect human rights, even if they are not free in fact and in law.

**Keywords:** Human rights. Incarceration. Transgender. Criminality.

## SUMÁRIO

Introdução. 1 O sexo das prisões. 2 A liberdade de ser quem se é, quando não se é livre de fato e de direito. 3 Direitos ou privilégios? Um novo olhar sobre o sistema penitenciário brasileiro. 4 Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

Erigido sobre uma lógica binária de separação por gênero, em que se enaltece a masculinidade, o sistema carcerário tenta suprimir as identidades daqueles que estão alheios à padronização imposta. Nesse sentido, o sistema penal não apenas inadmite variações à padronização imposta, como também vitimiza as individualidades em prol da manutenção da lógica binária de separação por gênero. É nesse contexto de marginalização que se situam as pessoas transgênero, identificadas como alvo de violências e violações profundas em seus direitos mais intrínsecos. Caracterizam-se como grupo com alta vulnerabilidade, afetado não apenas pelas violações comuns ao ambiente prisional, mas, também, pela violência decorrente da transfobia, que as insere em um contexto de exclusão ainda maior, em um cenário de marginalização dúplice, seja a marginalização perante à sociedade, seja a marginalização perante os seus pares (criminosos), acentuada pela política criminal do sistema carcerário de supressão de identidades e padronização dos indivíduos.

O presente artigo buscará abordar essas questões através do método qualitativo, com base em estudos e artigos científicos, preponderantemente aqueles voltados aos direitos humanos, direito penal e execução penal, estudos antropológicos e, de igual modo, aqueles voltados às questões de gêneros e transgeneridade.

A partir dessas análises, a pesquisa objetiva difundir o conhecimento acerca da relação havida entre transgeneridade e cárcere, suas implicações e possibilidades de enfrentamento dos problemas existentes, especialmente relativo às mulheres transgêneros, a partir da análise crítica do sistema binário de padronização e separação por gênero e as violências e violações perpetradas contra esses indivíduos como mecanismo de supressão de suas identidades.

## **1 O SEXO DAS PRISÕES**

A transexualidade, fenômeno que apesar de não ser recente na humanidade é claramente repudiado na sociedade brasileira que ainda carrega consigo fortes marcas de um conservadorismo histórico-cultural, também é alvo de inúmeras controvérsias no campo jurídico. Para se compreender o fenômeno da transexualidade, é necessário assimilar a ideia de que sexo e gênero não são sinônimos, tampouco necessariamente correspondentes.

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMSP*, 22, 2022, P. 111-131.**

A distinção entre sexo e gênero, embora de suma importância, parece pouco esclarecida para grande parcela da sociedade, podendo-se dizer, de maneira sucinta, que sexo se refere ao corpo biológico, aquele determinado no nascimento. Já o gênero se refere à construção social como aquilo que se entende por masculino e feminino.

Neste pensar, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), define a identidade de gênero como sendo a

profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (ABGLT, 2017).

Ocorre, entretanto, que, por vezes, essa correspondência inexistente. É o que se define por transexualidade, uma vez que a identidade de gênero não condiz com o sexo biológico. Nesse sentido, é possível afirmar que as pessoas transexuais “apresentam um enorme conflito, visto que, desde a infância, têm a sensação de ter nascido com o corpo “trocado”, isto é, percebem-se aprisionados em um corpo que não identificam como seu” (BRUNS; PINTO, 2003).

Bem se sabe que, historicamente, a população transgênero sempre foi alvo de violências físicas e psicológicas e de exclusão social, reservada ao espaço da rejeição extrema, resultando em um processo de marginalização desses indivíduos, que muitas vezes identificavam nessa última a oportunidade de se inserir em algum núcleo social que não os rejeitasse (JESUS, 2012). Inegável, no contexto das vulnerabilidades LGBT, que violências físicas e psicológicas são constantes. De acordo com a organização internacional Transgender Europe, entre os anos de 2008 e 2011, cerca de 325 (trezentas e vinte e cinco) pessoas trans foram assassinadas no Brasil, sendo, em sua maioria, as mulheres transexuais e as travestis (JESUS, 2012).

Consoante os dados levantados pela ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), cerca de 90% da população de travestis e transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda, apresentando-se tal número como resultado da elevada dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal e da deficiência na qualificação profissional desses indivíduos em decorrência da exclusão social, familiar e escolar (BENEVIDES, 2018).

Em matéria veiculada pela Folha de S. Paulo, Alana Barbosa, 23, auditora de vendas na Atento e que trabalha há quatro anos em centrais de atendimento telefônico, relata a realidade vivenciada na busca por um emprego: “É o único ramo de emprego em que consigo serviço.

Quando você é transgênero, pode trabalhar com atendimento, no ramo da beleza ou, como a maioria da população, na rua [com a prostituição]” (OLIVEIRA, 2018).

Analisando a fala de Alana, é possível notar que ela reflete o cenário de rejeição ao qual as pessoas transgênero, em sua maioria, são corriqueiramente submetidas. Sua reflexão acerca da carência de oportunidades demonstra, entre outros aspectos, como as práticas discriminatórias impactam não somente no direcionamento profissional desses indivíduos, mas, também, na vida pessoal, uma vez que, levados à prostituição, estão também sujeitos à criminalidade.

Nesse sentido, Lola, uma travesti de 33 anos, em entrevista realizada por Marcio Zamboni, pesquisador antropólogo que estuda a temática do encarceramento trans, retrata a realidade da dicotomia entre transexualidade e criminalidade:

Nós[,] travestis[,] não somos do crime, entendeu? A gente muitas vezes comete um crime dentro daquilo que a gente faz, que é a prostituição. Porque onde tem prostituição a gente sabe que tem muito crime. Na pista tem muita droga, muito roubo, muita violência também. Essa coisa de ciúme, de competição, dá muita briga também, muito barraco. O crime é uma coisa que a gente pode fazer assim, e ser presa por isso, e tem que pagar cadeia. Mas não é da nossa natureza, entendeu? (ZAMBONI, 2017).

Neste cenário, a fala de Lola é capaz de trazer elementos enriquecedores na construção deste trabalho. Sua afirmação sobre os crimes cometidos em decorrência de sua atividade (prostituição) e o antagonismo que propõe ao reconhecer que, em geral, pessoas trans não possuem maior propensão para o crime, leva a identificar uma associação implícita entre crime e masculinidade e prostituição e feminilidade.

Partindo de um espectro criminológico, concebe-se a ideia de que as pessoas trans não são determinadamente criminosas habituais, ou seja, pessoas que fazem do crime seu meio de vida, mas, em verdade, trata-se de criminosas ocasionais, que em razão da marginalização imposta pela sociedade são inseridas em contextos execráveis, ficando, então, sujeitos à delinquência.

Tomando como norte a fala de Lola e os dados obtidos pela ANTRA, é possível concluir que a extremada intolerância, aliada a um preconceito enraizado na sociedade, mostra-se verdadeiro óbice na busca a uma vida minimamente digna. Além do mais, a escassez de incentivos à inserção de pessoas transgênero no mercado de trabalho ou demais setores da economia, faz com que essa marginalização as leve, muitas vezes contra seu consentimento,

mas como única forma que a sociedade julga lhes parecer adequada, para a prostituição, facilitando o acesso à criminalidade.

Ainda neste cenário, há muito tempo se fala em quão desumanas são as prisões no Brasil e como seu sistema prisional é ineficaz. Nesse lugar, onde os direitos fundamentais dos presos são esquecidos, o Estado tenta criar uma falsa expectativa de que os detentos serão ressocializados e algum dia voltarão a compor de maneira harmônica a sociedade. Nesse contexto de infundáveis violações físicas e psicológicas, depara-se com a problemática do aprisionamento da comunidade LGBT, em particular os transgêneros.

Um levantamento feito pela SAP (Secretaria de Administração Penitenciária) do Estado de São Paulo, em 2013, revelou haver 431 (quatrocentos e trinta e um) travestis e 19 (dezenove) transexuais em suas dependências, distribuídas entre suas cinco coordenadorias regionais (Regiões Metropolitanas; Noroeste; Central; Oeste; Vale do Ribeira e Litoral). Esse mesmo levantamento demonstrou que a distribuição de travestis e transexuais é proporcional ao número de presos sendo 450 (quatrocentos e cinquenta) travestis e transexuais para 230.000 (duzentos e trinta mil) presos, ou seja, uma relação de aproximadamente uma travesti ou transexual para cada 500 presos. Por outro lado, em que pese se constatar que, se no âmbito das regiões (coordenadorias) tal número mantém certa proporcionalidade, o mesmo não se verifica no interior das coordenadorias, isso porque, em apenas duas unidades (Tupi Paulista e Presidente Prudente) estavam 101 travestis e um transexual, correspondendo a mais de 83% dessa população na região (ZAMBONI, 2017).

Durante a produção deste artigo, foram enviados e-mails às instituições responsáveis pela administração penitenciária de cada estado da Federação, solicitando um levantamento do número de presos transgêneros nas penitenciárias, houve apenas resposta da AGEPEN-MS (Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário do Mato Grosso do Sul), que informou haver 14 transgêneros na Penitenciária Estadual de Dourados (PED), 10 transgêneros no Instituto Penal de Campo Grande (IPCG) e 10 transgêneros, em média, no Estabelecimento Penal Feminino Irmã Irma Zorzi.

Esses dados, antes de mais nada, servem como norte do presente trabalho, não apenas por quantificar o número de presos transgêneros, mas, em sua essência, por reafirmar o envolvimento deste público com a criminalidade. Além disso, a dificuldade no acesso a essas informações inviabiliza um estudo aprimorado e fidedigno quanto à realidade enfrentada pela população transgênero no cárcere, uma vez que a falta de parâmetros impossibilita estabelecer

um elo entre a situação vivenciada e a situação juridicamente assegurada a esse público, ou seja, confrontar o mundo do ser com o do dever ser.

Analisando sua estrutura de formação, pode-se dizer que sistema penal parte de uma lógica binária de separação por gênero, na qual os indivíduos que compõem esse grupo possuem papéis nitidamente demarcados, ou seja, “homem é homem e mulher é mulher”. É dizer, o sistema, em suas práticas de neutralização, vitimiza as individualidades em prol de uma padronização (LIMA; NASCIMENTO, 2014).

Em entrevista realizada por Márcio Zamboni, Joaquim, um preso provisório, fala da existência de uma ideologia do crime que valoriza a masculinidade:

Isso é uma coisa da ideologia do crime no Brasil, entendeu? É uma coisa que não foi o PCC que inventou. O PCC adotou e por assim dizer transformou em lei, mas é uma coisa que já estava na ideologia do crime. E o que é? É essa ideia de que para ser bandido tem que ser sujeito homem e tem que gostar de mulher. E a gente vê que isso vale até para mulher, que em geral a mulher do crime é aquela que gosta de mulher também. É o sapatão. Mas a gente vê que isso é uma ideologia. Na verdade, se você pensar não tem nada a ver uma coisa com a outra. O sujeito pode ser homossexual e pode ter a personalidade criminoso, aquela propensão, ser do crime mesmo. A atitude criminoso qualquer um pode ter, não tem essa. Mas no Brasil ele não vai ter voz ativa na organização, não vai ter o lugar dele, por que tem essa ideologia. (ZAMBONI, 2017).

O discurso de Joaquim aborda um ponto importante no contexto do presente trabalho, pois traduz a ideia de que mesmo no mundo criminoso existe clara aversão ao que escapa à padronização do sistema. Isto é, subsiste a ideia de que há muito transgênero que é mais criminoso do que muito ladrão, mas, em última análise, significa dizer, as pessoas trans são do crime, mas não são o crime, porque o sistema associa poder a masculinidade e para ser o crime tem que ser sujeito homem.

Para se compreender a “ideologia do crime” exposta na fala de Joaquim, é necessário entender o complexo sistema de controle das cadeias, sejam as alinhadas com o PCC (Primeiro Comando da Capital), o CRBC (Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade), a Seita Satânica, ou então, a denominada “Cadeia dos coisas” (aqueles que não estão alinhados com nenhuma facção e/ou que por elas foram rejeitados) (ZAMBONI, 2017), no âmbito do Estado de São Paulo.

No tocante ao coletivo de presos hegemônico no Estado de São Paulo, o PCC, a proibição do estupro e a adoção da igualdade como sendo um dos valores máximos dessa facção trouxeram mudanças significativas nas condições de vida dos indivíduos da comunidade

LGBT. Todavia, se a proibição do estupro consolidou a esses sujeitos um resguardo ao direito de ter sua integridade física inviolada, pautada na lógica dos direitos humanos, tem-se que a proibição de práticas sexuais entre os presos, o direito a utilizar roupas femininas e cabelos longos viola o direito de autonomia e autodeterminação que possuem (ZAMBONI, 2017).

Em entrevista realizada por Marcio Zamboni, Samantha, que já contava com oito passagens pelo sistema prisional, refere:

A minha irmã me cobra muito para eu ir para uma cadeia do PCC. Ela disse que já fechou com os irmãos de eu ir para lá. Eu já fiquei em cadeia do PCC, mas para a gente que é homossexual é ruim demais, é muito sofrimento. A gente fecha com eles mas tem que usar cabelo curto, não pode usar roupa feminina, não pode ter relação. E aqui tem uns bofe [sic], cada homem que tem aqui, uns bofe lindo que você não acredita e que tão querendo você. (ZAMBONI, 2017).

Esquecidos como são, esses sujeitos estão fadados a aceitar as realidades que o sistema lhes impõe. Sem resquícios de esperanças de que o cumprimento de pena seja o mais humano possível, submetem-se às árduas possibilidades que se lhes apresentam, seja pela proibição do estupro em troca da adoção de padrões e condutas eminentemente masculinos, tal como exige-se nas cadeias controladas pelo PCC, seja pela necessidade de autoafirmação do seu ser mais íntimo em prejuízo das mais incontáveis violências que possam vir a sofrer. Fato é que, lançados à sorte de um sistema prisional erigido a partir de uma lógica binária de separação por gênero, esses indivíduos, através da força que encontram em suas próprias fragilidades, lutam para que suas identidades não sejam suprimidas.

## **2 A LIBERDADE DE SER QUEM SE É, QUANDO NÃO SE É LIVRE DE FATO E DE DIREITO**

Atualmente, sabe-se que a determinação do estabelecimento prisional para início do cumprimento da pena privativa de liberdade obedece a um critério objetivo, conforme disposto no artigo 82, § 1º, da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984), o qual prevê que a mulher e o idoso, separadamente, serão recolhidos em estabelecimento próprio, de acordo com sua condição pessoal.

A separação de presos de acordo com o sexo não é recente, sendo observada, inicialmente, na Europa e, posteriormente, introduzida no contexto brasileiro. Dentre outros motivos para a construção de estabelecimentos prisionais eminentemente femininos, expõe-se

a segurança e dignidade humana das condenadas como fundamento legal, uma vez que enquanto mantidas em estabelecimentos prisionais comuns aos homens, as mulheres em cumprimento de pena eram violadas das mais diversas maneiras, de modo a impor-lhes, ainda que sem a real intenção, uma segunda punição (ANDRADE, 2018).

No campo dos Direitos Humanos, o sistema internacional fez grandes avanços em direção ao alcance da igualdade de gênero e no combate às formas de violência presentes na sociedade e na família. Sob essa ótica, pode-se dizer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foram os grandes expoentes na defesa dos direitos e garantias dos indivíduos que compõem a sociedade internacional, objetivando propiciar um sentimento de liberdade pessoal e justiça social, fundado nos direitos essenciais do homem. Os princípios estabelecidos no bojo do Pacto de San José mostram-se verdadeiras diretrizes na luta pela efetivação, proteção e gozo dos direitos inerentes à pessoa humana, contrapondo-se a quaisquer formas discriminatórias ou que representem perigos a uma vida digna, tal como previsto em seu artigo primeiro. Observe:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Ainda no cenário internacional, os Princípios de Yogyakarta (PRINCÍPIOS, 2006) trouxeram grandiosa contribuição quanto à aplicação dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, afirmando aos Estados a obrigação precípua que detêm na efetivação dos direitos fundamentais do homem. Conforme o rol de princípios estabelecidos, vislumbra-se a imprescindibilidade de sua implementação pelos Estados, a fim de se construir sociedades livres de preconceito e todas as formas de discriminação.

Segundo essa lógica, o 9º Princípio de Yogyakarta que versa sobre o direito de se ter um tratamento humano durante a detenção dispõe que as pessoas privadas de liberdade deverão ser tratadas com respeito à sua dignidade, sendo certo de que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem elementos fundamentais da dignidade de cada pessoa. Ainda, o mesmo princípio atribui aos Estados a obrigatoriedade de:

- a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais;
- b) Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que se refere à saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado;
- c) Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero (grifou-se);
- d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral. (PRINCÍPIOS, 2006).

No Brasil, os primeiros dispositivos legais que davam amparo à separação dos presos de acordo com o sexo se encontram no Código Criminal do Império (BRASIL, 1830), datado de 1830, que, dentre outras coisas, previa a proibição do julgamento de mulheres grávidas, além da separação por sexo, no momento da prisão.

Inevitável dizer, em se tratando de direitos e garantias fundamentais à dignidade da pessoa humana, que a Constituição Brasileira de 1988, pensada sobre os ideais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se tornou instrumento de referência na aplicação dos direitos intrínsecos à pessoa humana, uma vez que, além de se adaptar às novas realidades e constantes mudanças de uma sociedade pluralista, a possibilidade de internalização de tratados e convenções que versassem sobre matéria de direitos humanos como normas de caráter supralegal e infraconstitucional, atribuiu um caráter mais humanitário ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em seu artigo 5º, incisos XLVIII e XLIX, prevê a Carta Maior (BRASIL, 1988) que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado, assegurando, ainda, o respeito à sua integridade física e moral (BRASIL, 1988). Se por um lado tal previsão constitui um direito fundamental do preso e, portanto, de observância obrigatória, por outro lado tem-se o impasse na efetivação e gozo desses direitos por pessoas trans, haja vista a escassez de normas positivas que regulem o encarceramento destes indivíduos, aliado ao fato de não ser pacífico na justiça brasileira o entendimento sobre a identidade de gênero, criando verdadeira insegurança jurídica quanto aos critérios para determinação do estabelecimento prisional para início do cumprimento da pena.

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMSP*, 22, 2022, P. 111-131.**

Em confronto a essa realidade, em 2018, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, no julgamento do *Habeas Corpus* 152.491 (BRASIL, 2018), determinou a transferência de duas travestis que se encontravam em penitenciária masculina, numa cela com trinta e um homens, sofrendo todos os tipos de violências psicológicas e corporais, sob o fundamento de que deveriam ser colocadas em estabelecimento prisional correspondente às suas identidades de gênero (MINISTRO..., 2018). A decisão, ainda que de grande brilhantismo, conferiu efeitos apenas *inter partes*, deixando em aberto a discussão quanto a eventuais novos casos.

Para embasar e conferir força à sua decisão, o ministro do Supremo Tribunal Federal observou o disposto na Resolução SAP nº 11 (SÃO PAULO, 2014), da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, bem como o contido na Resolução Conjunta nº 1 (BRASIL, 2014), do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, isso porque, ao determinar a transferência de travestis para estabelecimentos prisionais correspondentes às suas identidades de gênero, no caso em concreto os estabelecimentos prisionais femininos, julgou-se em paridade com as normas positivas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que tais normas não possuam força de lei, mas, principalmente, com fundamento na Constituição da República e nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Em que pese a ausência de caráter legal, essas resoluções mostram-se necessárias e, além disso, retratam um verdadeiro marco histórico na política criminal, ao regulamentar a situação das pessoas transgênero no cárcere. Ao assegurar esses direitos, não mais segregando-os em razão do sexo, como por muito tempo se fez, afasta-se a lógica binária de separação por corpos e inicia-se um processo de reconhecimento dos indivíduos em razão da sua identidade.

Diante desse contexto significativo, tem-se a Resolução SAP nº 11 como a gênese da política prisional brasileira na busca por um estado de igualdade e não discriminação em atenção à população transgênero no cárcere, sobretudo, no que diz respeito à unidade para o cumprimento de pena. Observe:

Artigo 3º - As pessoas que passaram por procedimento cirúrgico de transgenitalização poderão ser incluídas em Unidades Prisionais do sexo correspondente;  
Parágrafo único: Deverão ser tomadas providências de regularização do prenome social de registro civil, caso não tenham sido realizadas até seu ingresso na SAP. (SÃO PAULO, 2014).

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMPS*, 22, 2022, P. 111-131.**

Nesse mesmo pensar, tem-se a Resolução Conjunta nº 1, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação:

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. (BRASIL, 2014).

Sob essa ótica, nota-se que as disposições contidas nas resoluções em análise, ou seja, adoção do critério da identidade de gênero como parâmetro objetivo para determinação do estabelecimento prisional para o cumprimento da pena, não são somente legítimas, como também possuem respaldo constitucional, ainda que de maneira implícita. Isso porque a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos III e XLVIII, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; [...] (BRASIL, 1988)

A adoção do princípio da igualdade, a vedação à tortura e tratamentos desumanos, bem como a fixação de estabelecimentos prisionais diferentes para homens e mulheres, dialogam, em sua integralidade, com a sistemática adotada no âmbito do sistema jurídico internacional, no que tange aos direitos humanos, como observado no Pacto de San José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além disso, ao determinar que as pessoas transexuais masculinas e femininas devam ser encaminhadas para unidades prisionais femininas, vê-se que o intuito é conferir maior segurança à saúde física e mental desses indivíduos, de modo a reduzir o número de abusos praticados pelos demais detentos.

Não bastasse tais direitos se vejam inseridos dentro do rol das ditas cláusulas pétreas<sup>1</sup>, como prova de sua imprescindibilidade e indisponibilidade, certo é que não é plausível,

---

<sup>1</sup> Art. 60 da CF. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMPS*, 22, 2022, P. 111-131.**

tampouco coerente, sabendo-se das mais diversas formas de violência ocorridas dentro ou fora dos contextos prisionais, mas com maior razão naqueles locais predominantemente masculinos, permitir que ainda hoje pessoas transgênero sejam mantidas em estabelecimentos que propiciem essas formas de subjugação dos direitos fundamentais alheios.

Contudo, se no que se refere às pessoas transgênero possa-se dizer que grandes avanços foram concretizados, subsiste a dúvida quanto às pessoas travestis, tal direito é estendido a elas ou são possuidoras de mera expectativa? A decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, embora fundamental para dar novo entendimento sobre a identidade de gênero em âmbito judicial, criou uma verdadeira celeuma jurídica, uma vez que levantou questionamentos sobre o que deveria prevalecer: o direito a receber um tratamento digno durante a prisão ou o direito à saúde e segurança das demais detentas. Isso porque, segundo matéria veiculada pela BBC News (CASO, 2018), em setembro de 2018, Karen White, 52 anos, autodeclarada transexual, ganhou o direito de ir para a ala feminina com base em diretrizes do sistema penitenciário do Reino Unido que recomendam que o local em que a pessoa é presa deve corresponder ao seu gênero, mesmo sem que houvesse feito a cirurgia de transgenitalização. Tempos depois, Karen foi acusada pelo estupro de quatro detentas com quem dividia cela em um presídio para mulheres na Inglaterra. O caso fomentou discussões sobre onde encarcerar pessoas travestis privadas de liberdade, sem que haja a necessidade de supressão dos direitos de uns em relação aos outros.

Como resposta a esse imbróglio, em seu artigo 3º a Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação trouxe a previsão de criação de espaços de vivência específicos destinados às travestis e aos gays em estabelecimento prisionais masculinos, em razão de sua segurança e vulnerabilidade. Veja:

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo. (BRASIL, 2014)

Ainda à sombra da Resolução SAP nº 11, que previa a possibilidade de transferência para estabelecimentos prisionais femininos apenas por pessoas que já houvessem passado por procedimento transexualizador, a criação de espaços de vivência específicos mostra-se como

avanço crucial na busca incansável pela cessação das violências empregada contra esse público no sistema prisional.

Assim, se na dimensão teórica da efetivação dos direitos pode-se dizer que com o advento da Constituição Federal de 1988 alcançou-se o ápice da proteção dos direitos e garantias fundamentais à dignidade da pessoa humana, o mesmo não se verifica na prática, uma vez que é notória a segregação e todas as formas de violência que ainda hoje são dispensadas à comunidade LGBT, demonstrando, portanto, que ainda há enorme caminho a ser percorrido até que se alcance a plenitude e gozo dos direitos que, de maneira quase utópica, são assegurados pela Carta Constitucional.

### **3 DIREITOS OU PRIVILÉGIOS? UM NOVO OLHAR SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Há muito se sabe que o sistema prisional brasileiro alcançou o ponto mais alto de seu insucesso, se confrontado com a lógica que emana das leis, tratados e convenções sobre direitos humanos. A omissão estatal, quanto às condições degradantes às quais os presos são subordinados, revela um verdadeiro sentimento de desprezo em relação a essas pessoas. A bem da verdade, fato é que, embora devesse ser entendida e pensada como exceção, a prisão no Brasil se tornou regra, vista como a solução capaz de pôr fim à criminalidade. Entretanto, em clara discordância com as opiniões que justificam a política criminal hoje estabelecida, tem-se o encarceramento em massa como uma das medidas mais danosas à sociedade e, desse modo, contribuindo para que o sistema penitenciário esteja fadado ao fracasso. (CONNECTAS, s.d.)

Se por um lado o encarceramento em massa se presta a justificar o combate à criminalidade, por outro lado enxerga-se como tentativa de remediar a omissão estatal nas demais áreas sociais, principalmente no que concerne à educação.

Segundo dados da Organização Não Governamental Internacional Conectas, o índice de aprisionamento no Brasil é de 307 presos por 100 mil habitantes, superando em escala alarmante a taxa mundial (cerca de 144 presos por 100 mil habitantes). Dentre outras possíveis observações, esses dados demonstram a fragilidade de se investir no direito penal como mecanismo contendor dos problemas de caráter social, bem como revela que o aumento significativo do número de prisões não é capaz de reduzir os índices de criminalidade. Pelo contrário, contribui com as violações de direitos humanos. (CONNECTAS, s.d.)

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMPS*, 22, 2022, P. 111-131.**

Em torno desse cenário, emerge a questão sobre a criação de unidades prisionais exclusivas para pessoas transgênero e demais indivíduos que compõem a comunidade LGBT. O enredo dessa questão está relacionado aos altos níveis de violência e violações de direitos humanos, bem como à restrição de que essas pessoas possam ser quem de fato são, em detrimento da ideologia do crime que supervaloriza a masculinidade, conforme retratado no primeiro capítulo deste artigo.

De início, cabe ressaltar que embora as regras para criação de estabelecimentos prisionais devam observar procedimentos basilares como apresentação de projeto básico de implantação arquitetônica e de engenharia, assim como orçamento e especificação do bem a ser produzido e, ainda, desde que comprovada a real necessidade de criação de um estabelecimento prisional para aquela localidade (BRASIL, 2011), a Lei de Execuções Penais previu a criação de estabelecimentos prisionais próprios e adequados às condições pessoais dos que ali se encontrem custodiados.

Contudo, em que pese essa previsão constitua a regra e, portanto, de observância precípua, no bojo do § 2º do mesmo artigo a LEP autoriza a manutenção de presos de sexos não correspondentes em mesmo local, desde que em estabelecimentos isolados. Veja:

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

§ 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados. (BRASIL, 1984)

Nessa perspectiva, uma vez garantido o direito de se ter estabelecimentos próprios de acordo com o sexo dos detentos, pode-se afirmar que não existe óbice legal para a criação de estabelecimentos prisionais exclusivos para transgêneros. Todavia, não há como suscitar o referido debate sem que se possa analisar se essa medida representa a proteção dos direitos humanos e garantias constitucionais, ou se, em verdade, reverbera disposições atentatórias à dignidade humana e eminentemente discriminantes.

Em sede constitucional, a regra contida no artigo 5º, inciso XLVIII (BRASIL, 1988), ao dispor que as penas serão cumpridas em estabelecimentos distintos, conforme natureza do

delito, idade e sexo do apenado, serve como supedâneo para legitimar a criação de estabelecimentos prisionais próprios para pessoas transgênero. Aliado a este fato, sugere-se a ideia de que, distanciadas daqueles que as violentam, o cumprimento de penas desses indivíduos possa estar o mais próximo possível do seu ideal, segundo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN , 2001)

Por outro lado, a Constituição da República é firme em reconhecer como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, de igual modo, reconhecer como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988). De tal modo que, se o que se busca é a erradicação de todas as formas de discriminação, a fim de se alcançar um verdadeiro bem-estar social, afasta-se a ideia de criação de presídios exclusivos, tendo em vista que, ao se conceber essa ideia, firma-se o pensamento de que ao invés de integrar o indivíduo à sociedade, assegurando-lhe o gozo de seus direitos, deve-se excluir para proteger.

Sob esse prisma, se pelos postulados assentados na Constituição pátria a criação de presídios já se mostra frontalmente inconstitucional, com mais razão se pautados pela lógica sob a qual se erigiram os mecanismos de proteção dos direitos humanos, diante do nítido caráter discriminatório.

Talvez, melhor solução ainda seja aquela prevista no artigo 4º da Resolução Conjunta nº 1, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, a qual disciplina que homens e mulheres transexuais deverão ser encaminhados para unidades prisionais femininas, sendo assegurado às mulheres transexuais o tratamento isonômico ao das demais mulheres privadas de liberdade. (BRASIL, 2014)

Em verdade, essa medida não reflete outra coisa senão uma real intenção de que o Poder Judiciário possa acompanhar as mudanças ocorridas no seio da sociedade, buscando-se, em sua essência, evitar o descompasso entre a situação juridicamente assegurada e aquela vivenciada cotidianamente.

Nesse contexto, expõe-se a necessidade de se promover medidas capazes de assegurar os direitos intrínsecos as pessoas transgênero, em especial àquelas que se encontram no cárcere, visando a assegurar um tratamento digno durante a detenção, de modo que, através de políticas criminais eficazes, possa se constituir uma sociedade livre de preconceitos e repousada sobre os ideais dos direitos humanos.

#### **4 CONCLUSÃO**

A questão do gênero no sistema prisional se mostra cada vez mais complexa, uma vez que não se limita ao cárcere, mas se depara com uma série de fatores, principalmente sociais.

Erigido a partir de uma lógica que valoriza o sentimento de indiferença e esquecimento, o sistema prisional suprime os direitos mais íntimos de cada indivíduo, sujeitando-os a incontáveis violências físicas e psicológicas. Lançados à sorte de um sistema prisional ineficaz, esses indivíduos sujeitam-se às mais repugnantes realidades que lhes são impostas.

Nos dias de hoje, vê-se o sistema carcerário reproduzir em seu interior as condutas discriminatórias já retratadas na sociedade, como se legítimas fossem. Seus modos de coerção, punição e supressão da identidade daqueles que fogem à padronização do sistema, mostram-se ferramentas hábeis a manter no conjunto carcerário o ideal binário de separação por gênero, como forma de ratificar nos mais diversos setores da sociedade a exclusão derivada da discriminação.

Conforme os resultados obtidos e apresentados no presente trabalho, conclui-se que ainda existe um longo e árduo caminho até que se alcance, enfim, a igualdade e o pleno gozo dos direitos assegurados na Constituição Federal. Entretanto, pode-se afirmar que o advento da Resolução SAP nº 11, bem como da Resolução Conjunta nº 1, atestam um verdadeiro avanço na busca por um bem-estar social que dialogue com os princípios e garantias inerentes à dignidade da pessoa humana.

Diante dessa realidade é que se reafirma a imprescindibilidade de que sejam implementadas políticas criminais eficazes no combate às formas de discriminação, bem como a obrigatoriedade do Estado em adotar medidas capazes de promover a igualdade não somente no contexto prisional, mas também em todos os outros setores da sociedade, para que pessoas transgênero possam ter uma vida que vá muito além do mero fato de existir, que tenham a liberdade para ser quem de fato são e, portanto, que não precisem mais se sujeitar à situações execráveis, ou, pior, ter que abrir mão daquilo que de mais precioso possuem: suas identidades.

#### **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. *Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus. O surgimento dos presídios femininos no Brasil*. 2. ed. San Miguel de Tucumán: Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018.

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMSP*, 22, 2022, P. 111-131.**

BENEVIDES, Bruna. *Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017*. ANTRABrasil, 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília (DF): Presidência da República, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília (DF): Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Diretrizes básicas para a arquitetura penal*. Brasília (DF): Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011. Acesso em: 1 maio 2019. Disponível em: [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes\\_ArquiteturaPenal\\_resolucao\\_09\\_11\\_CNPCP.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf).

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014*. Disponível em: [http://www.lex.com.br/legis\\_25437433\\_RESOLUCAO\\_CONJUNTA\\_N\\_1\\_DE\\_15\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2014.aspx](http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx). Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 152.491/SP*. Relator: Luís Roberto Barroso, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341940>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRUNS, Maria Alves de Toledo; PINTO, Maria Jaqueline Coelho. *Vivência Transexual: o corpo desvela seu drama*. Campinas: Átomo, 2003.

O CASO do estuprador que se declarou transgênero, foi preso com mulheres e abusou delas. *BBC News Brasil*, s. 1., 11 set. 2018. Acesso em 10 de mai de 2019, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45482538>. Acesso em: 19 abr. 2019.

CONNECTAS. (s.d.). Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/10%20Medidas\\_Diagramado\\_PEQ\\_vfinal\\_.pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/10%20Medidas_Diagramado_PEQ_vfinal_.pdf). Acesso em: 19 abr. 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. 2. ed., revista e ampl. Brasília – DF, 2012. Disponível em:

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMSP*, 22, 2022, P. 111-131.**

<http://www.diversidadesesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

LIMA, Heloísa Bezerra; NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminista. *Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate*. v. 2, n. 2, p. 75-89, 10 dez. 2014.

MINISTRO determina transferência de travestis para estabelecimento prisional compatível com identidade de gênero. *STF*, Brasília, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369997>. Acesso em: 19 abr. 2019.

ABGLT (Ed.) *Nota da ABGLT sobre a retirada dos termos “orientação sexual” e “identidade de gênero” da proposta da BNCC – Base Nacional Comum Curricular*. Niterói, Rio de Janeiro, 10 de abr de 2017. Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/dcb2da\\_4b6ca0788400484aa65ce780ba351d45.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/dcb2da_4b6ca0788400484aa65ce780ba351d45.pdf). Acesso em: 1 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 27 abr. 2019.

PIOVESAN, Fátia Cristina. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. *I Colóquio Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, 2001. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/piovesan\\_sip.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf). Acesso em: 1 maio 2019.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 6-9 de nov de 2006. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 1 maio 2019.

SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. *Resolução SAP nº 11, de 30 de janeiro de 2014*. Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário. São Paulo: Secretaria de Administração Penitenciária, 2014. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos\\_humanos/LGBT/LEGISLACAO/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LGBT/LEGISLACAO/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf). Acesso em: 1 maio 2019.

OLIVEIRA, Filipe. Empresas começam a buscar profissionais transexuais e travestis. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 jun. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/empresas-comecam-a-buscar-profissionais-transexuais-e-travestis.shtml>. Acesso em: 1 maio 2019.

**Oliveira, Moises Geraldo de; Silva, Bruno do Nascimento. Ensaio sobre o encarceramento de transgêneros no Brasil. *RJESMSP*, 22, 2022, P. 111-131.**

ZAMBONI, Marcio. O barraco das monas na cadeia dos coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. *ARACÊ – Direitos Humanos em Revista*, 93-115, fev. de 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/download/135/71>. Acesso em: 24 ago. 2018.

**Artigo recebido em: 13/02/2023**

**Artigo aceito em: 21/06/2023**

# A TESE DE INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO

## *THE THESIS OF INSIGNIFICANCE IN THEFT*

**Carolina Guerra Zanin Lopes**

Bacharela pela Universidade de São Paulo, Promotora de Justiça do Estado de São Paulo desde 2003, Promotora de Justiça Criminal do Foro Regional de Penha de França - Comarca da Capital.

**Everton Luiz Zanella**

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo desde 2003, Doutor em Direito Processual Penal (2016) e Mestre em Direito Penal (2009), ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Promotor de Justiça do Tribunal do Júri da Comarca da Capital.

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo uma abordagem da tese de insignificância no crime de furto. O texto parte de uma concepção do princípio da proporcionalidade, expondo, em especial, a faceta da vedação da proteção insuficiente, de maneira a legitimar a utilização do direito penal quando ele for necessário para a proteção de bem jurídico de relevância constitucional. A partir de então, se estabelece uma crítica pontual aos operadores do direito, que aplicam a tese de insignificância de maneira incorreta e desmedida, o que enfraquece a tutela do bem jurídico-penal, contribui para a impunidade e vulnera a vítima do crime e a sociedade como um todo.

**Palavras-chave:** Furto. Princípio da proporcionalidade. Vedação da proteção insuficiente. Bem jurídico-penal. Insignificância.

## ABSTRACT

This paper aims to address the principle of insignificance in theft. The text starts from a conception of the principle of proportionality, exposing in particular the facet of the prohibition of insufficient protection, to legitimize the use of criminal law for the protection of society, from the constitutional point of view. The article elaborates a punctual criticism to the operators of the law, who apply the principle of insignificance in an incorrect and excessive way, enriching the protection of the legal-criminal interest, contributing to impunity and disarming the victim of crime and society.

**Keywords:** Theft. Principle of proportionality. Prohibition of insufficient protection. Constitutional protection. Insignificance.

## SUMÁRIO

Introdução. 1. O princípio da proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente 2. A tese de insignificância. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A questão da tese de insignificância em matéria penal, como desdobramento do princípio da intervenção mínima<sup>1</sup>, tem sido invocada e aplicada pelos operadores do Direito com amplidão.

De proêmio, observa-se que não há previsão legal, portanto, não havendo parâmetros legais para a aplicação da tese de insignificância.

Sua aplicação demanda cautela, na medida em que, se aplicada de forma equivocada e desmedida, implica em ofensa à garantia constitucional de segurança pública<sup>2</sup> (artigos 5º e 6º, *caput*, da CF), bem como em afastamento da lei penal pelo Poder Judiciário, com inobservância do princípio constitucional da separação de Poderes (art. 2º e art. 60. §4º, da CF).

Neste artigo será feito um estudo do conteúdo e alcance da tese de insignificância no crime de furto a partir de uma análise do princípio da proporcionalidade e da sua faceta da proibição da proteção penal insuficiente.

## **1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

O crime de furto está previsto no art. 155, *caput* e parágrafos, do Código Penal, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com força de lei.

A competência para a votação de leis é conferida pela Constituição Federal ao Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional e, desse modo, a alteração do Código Penal e, especificamente, a criação ou revogação de infrações penais, deve ser feita por meio de lei, votada pelo Congresso Nacional.

---

<sup>1</sup> Muñoz Conde bem sintetiza a ideia de intervenção mínima do Direito Penal: “*O Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito*” (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 59-60).

<sup>2</sup> João Santa Terra Junior (2018, p. 51) ensina que “a segurança pública recebe expresso amparo constitucional no preâmbulo, no artigo 5º, *caput*, no artigo 6º, *caput*, e no Capítulo III, do Título V, pelo artigo 144, 5 que estabelece, em seu *caput*, ser ela dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2002, p. 754) assevera que a segurança pública corresponde a uma “atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas” em prol da preservação da convivência social que possibilita a todos “o gozo de seus direitos e o exercício das suas atividades, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses”.

A norma penal vigente deve ser aplicada a todos, em concretização dos princípios e garantias da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da igualdade e da segurança (art. 1º, inciso III e art. 5º, *caput* e incisos I e II, ambos da CF), que impõem a tutela do direito da vítima<sup>3</sup>, vulnerado pela ação do infrator.

Por consequência, a norma penal não pode ser interpretada de forma que seja esvaziado ou tolhido seu conteúdo, sob pena de a interpretação implicar em proteção penal insuficiente.

A Constituição da República assinalou de forma insofismável a garantia da segurança **e da propriedade** ao cidadão, nos exatos termos dos artigos 5º, *caput* e 6º, *caput*. Trata-se de mandado constitucional de criminalização de condutas que atingem a segurança da sociedade e o bem jurídico tutelado, sendo vedada a proteção insuficiente.

Na medida em que a Constituição elegeu garantias e direitos a serem tutelados, a legislação infraconstitucional e a aplicação da lei pelos operadores do Direito devem atender ao imperativo de proteção plasmado no texto constitucional. A ausência de previsão legal que assegure a tutela da garantia ou a aplicação da lei que inviabilize esta tutela perfazem proteção insuficiente, em desacordo com a Constitucional Federal.

A propósito da vedação de proteção insuficiente, a lição do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 104410:

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

---

<sup>3</sup> Não podemos nos esquecer que o Código de Processo Penal reconhece a vítima como sujeito de direitos, dentre os quais ser comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, da designação de data para audiência e do teor da sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem; permanecer em espaço reservado (separado) durante as audiências do processo; receber atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às expensas do ofensor ou do Estado; ter sua intimidade, vida privada, honra e imagem preservados no processo (art. 201, *caput* e parágrafos).

A norma penal deve respeitar, sempre, o princípio da proporcionalidade, o qual possui uma dupla face: de um lado, proíbe-se o excesso punitivo e de outro a proteção deficiente, o que significa dizer que a tutela estatal não pode nem ser imoderada em face do acusado (e por tal razão se observa a importância e o grau de ataque ao bem jurídico para se impor, abstrata ou concretamente, a sanção penal), e tampouco ser ineficaz para amparar o bem jurídico-penal.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck (2005, p. 180):

A proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

A respeito da segunda face da proporcionalidade destaca, com propriedade, Edilson Mougnot Bonfim (2012, p. 101-104):

Outra modalidade do princípio da proporcionalidade é a da proibição da proteção deficiente ou princípio da proibição da infra-proteção, pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível.

Desta forma, tanto a norma penal (previsão em abstrato pelo legislador) como a sua aplicação pelo operador do Direito no caso concreto devem observar a dupla face do princípio da proporcionalidade.

## **2 A TESE DE INSIGNIFICÂNCIA**

O conteúdo da tese de insignificância consiste em afastar a incidência do tipo penal quando a lesão ao bem jurídico tutelado for insignificante.

No Dicionário Brasileiro Globo (FERNANDES; LUFT; GUIMARÃES, 1993), o verbete “insignificante” apresenta os seguintes significados: que não tem valor, sem importância.

Baseia-se na ideia de que, para a criminalização de uma conduta, faz-se necessária não só a tipicidade formal (adequação do fato concreto à norma em abstrato), mas também a chamada “tipicidade material”, que agrega à tipicidade formal a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma (afinal, esta é a missão do Direito Penal: salvaguardar os bens jurídicos mais importantes em uma sociedade).

A insignificância não pode ser subjetiva e variável conforme o ponto de vista do Operador do Direito, ou do infrator, ou da vítima.

A necessidade de segurança jurídica e de impessoalidade na aplicação da norma impõem a adoção de conceito objetivo para a consideração sobre a insignificância.

Afrontaria os princípios constitucionais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade e da moralidade (artigos 5º, *caput* e 37, *caput*, ambos da CF) a possibilidade de que valor reputado insignificante pelo Juiz de Direito seja, efetivamente, significativo para a vítima do furto, para o furtador ou para outro Juiz de Direito.

Nessa linha, lesão insignificante é aquela que **não representa lesão efetiva para qualquer pessoa**. Por conseguinte, considera-se insignificante **o valor econômico que beira a zero**, porque é valor efetivamente insignificante para todos os cidadãos da sociedade brasileira.

Observa-se que adotamos, aqui, um **conteúdo objetivo** da tese de insignificância, ou seja, um conceito que se pode aplicar para todas as pessoas, indistintamente.

Não ignoramos que parte da doutrina aplica uma definição sob um aspecto subjetivo, de forma que a insignificância do valor de um bem deveria ser tomada em comparação com o patrimônio da vítima da subtração. Não compactuamos, contudo, com esse entendimento. Em primeiro lugar, porque geraria intensa insegurança jurídica, pois a aplicação ou não da tese de insignificância ficaria muito adstrita à subjetividade do julgador; em segundo lugar, porque os Tribunais pátrios já consolidaram, há muito, o entendimento de que para fins de aplicação do privilégio no furto se considera o pequeno valor da coisa de maneira objetiva. Ora, se para se aplicar o privilégio se considera um filtro fixo, objetivo (valor do bem furtado até 1 salário-mínimo<sup>4</sup>), com mais razão esse filtro objetivo deve ser utilizado também para a tese de insignificância, cujo reconhecimento acarretará na atipicidade material dos fatos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre o valor do privilégio, Luiz Regis Prado (2017, p. 255) disserta que “mais recentemente tem sido aceito o critério do valor do salário-mínimo para delimitá-lo; ou seja, ultrapassado tal valor, vedar-se-ia a aplicação da figura privilegiada”. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça: “O salário-mínimo pode ser utilizado como

Assentadas estas premissas, somente se cogita da aplicação da insignificância, que excluiria a tipicidade, quando o furto se referir a bem de valor ínfimo, que beira a zero, como nos casos de furtar um lápis, um sabonete, uma colher de plástico, um chiclete. Nestes casos, ante o valor econômico praticamente inexistente, seria afastada a própria tipicidade do delito.

Nestes casos, o conteúdo de insignificância é comungado por todos da sociedade - é consenso na sociedade que estes bens, por terem valor que beira a zero, têm, isoladamente, valor econômico insignificante.

Pontua Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 86) que a insignificância “representa a desnecessidade de se aplicar a sanção penal a uma infração considerada insignificante em relação à proporcionalidade da lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal. Exemplo: subtrair um grampo de uma loja”.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete (1998, p. 219), “é praticamente pacífico que não haverá furto quando da subtração de algo que tem valor econômico irrelevante, como nos casos de subtração de um alfinete, um palito, uma flor vulgar, uma folha de papel”.

De forma precisa, Mário Luiz Sarrubbo (2012): “É necessário que a coisa tenha valor econômico. Não constitui fato punível, por exemplo, a subtração de um alfinete”.

Por fim, Cleber Masson (2019, p. 724) exemplifica a aplicação do princípio da insignificância no furto quando houver “subtração do cadarço de um tênis em uma grande loja de calçados” ou a “subtração de uma folha de papel de uma agência bancária”.

O alcance da tese, como é curial, deve ser delimitado pelo seu conteúdo: deve ser aplicada somente nas hipóteses fáticas que se amoldarem perfeitamente ao seu significado.

A tipicidade, a própria previsão legal do fato típico, não pode ser afastada quando o bem tem valor econômico, ainda que pequeno.

Para hipótese de **bem de pequeno valor** já há previsão legal expressa de figura privilegiada, inserida no §2º do artigo 155 do Código Penal, com redução de pena de um a

---

parâmetro para aferir o pequeno valor do bem furtado, e, na hipótese, esse foi avaliado em R\$ 475,00, o que é inferior ao valor do salário-mínimo vigente à época do fato. Portanto, preenchidos todos os requisitos – primariedade e pequeno valor da *res furtivae* –, o reconhecimento da citada minorante se impõe, por ser direito subjetivo do Sentenciado” (BRASIL, 2019).

<sup>5</sup> Para Cleber Masson (2019, p. 724), a tese de insignificância “funciona como causa de exclusão da tipicidade, afastando a tipicidade material, mediante a interpretação restritiva do tipo penal. Seu reconhecimento depende de *requisitos de ordem objetiva e subjetiva*. São requisitos objetivos a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica. Por outro lado, seus requisitos subjetivos são a importância do objeto material para a vítima,

dois terços; substituição da pena de reclusão pela de detenção; ou a possibilidade de aplicação isolada da pena de multa.

Se o furto for simples e tentado, o reconhecimento do privilégio permitiria a celebração de transação penal. Isto porque se toma a pena máxima do crime de furto simples (4 anos) e se reduz em seus patamares mínimos as causas de diminuição presentes no caso – tentativa e privilégio (um terço mais um terço), atingindo-se pena máxima inferior a 2 anos (art. 61, da Lei n.º 9.099/95, com redação da Lei n.º 11.313/2006).

O furto simples consumado permite o benefício de suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n.º 9.099/95).

Se o furto for consumado e mesmo que seja qualificado, será possível, ainda, o acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e o agente, desde que seja confesso e preencha os demais requisitos do art. 28-A do Código de Processo Penal (inserido pela Lei n.º 13.964/2019). Observa-se que o acordo de não persecução penal é possível para crime com pena mínima inferior a 4 anos, de forma que somente não cabe para os furtos com emprego de explosivo ou fraude eletrônica, ou quando a subtração for de substância explosiva ou matéria-prima para tal finalidade (furtos qualificados com penas mínimas de 4 anos, conforme art. 155, §§ 4º-A, 4º-B e 7º), situações que geralmente não se coadunam com a tese de insignificância.

O furto de um bem no valor de R\$ 20,00 (um saco de cimento, por ex.) tem sido considerado por alguns aplicadores do Direito como caso de insignificância. Entretanto, o valor de R\$ 20,00 pode ser insignificante para o Juiz de Direito, para o Promotor de Justiça ou para o Advogado, mas pode não o ser para o dono da loja furtada. Provavelmente não era insignificante para o infrator, que decidiu praticar o delito ao invés de gastar seu próprio dinheiro e efetuar a compra. Nesta esteira, a vítima em situação de pobreza ficaria sem tutela legal.

A propósito, ninguém rasga ou joga no lixo a quantia de R\$ 20,00 e não o faz simplesmente porque não é um valor insignificante, desprezível, nem beira a zero. Aliás, as pessoas em geral ficam aborrecidas em ter que pagar R\$ 20,00 por alguns minutos em um estacionamento, justamente porque há valor econômico nesta pequena quantia.

---

levando-se em conta a sua situação econômica, o valor sentimental do bem e também as circunstâncias e resultado do crime”.

**Lopes, Carolina Guerra Zanin; Zanella, Everton Luiz. A tese de insignificância no crime de furto. *RJESMPS*, 22, 2022, P. 132-146.**

Da mesma forma, as pessoas fazem pagamentos à vista para ter descontos de R\$ 5,00, R\$ 10,00 ou R\$ 15,00.

Uma infinidade de produtos que todos compram custa menos que R\$10,00: creme dental, frutas, pacote de açúcar, detergente, álcool em gel, par de meias, máscaras de proteção etc. E quando qualquer destes produtos se estraga por alguma razão, as pessoas, de um modo geral, sentem algum aborrecimento com a perda, porque o cidadão de bem valoriza aquilo que compra com o dinheiro que é fruto de seu trabalho.

Nos exemplos acima, está-se diante de bens de pequeno valor, com subsunção à figura penal privilegiada. Não são fatos atípicos, mas sim delitos de menor potencial ofensivo (passíveis de transação penal) ou ao menos de pequena para média gravidade (passíveis de suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal).

Preleciona André Estefam que a insignificância se aplica ao bem de valor irrisório, como um palito de fósforo ou um pedaço de queijo e:

Não se pode confundir o conceito de pequeno valor, o qual caracteriza o privilégio, com a noção de insignificância, que resulta na atipicidade material da conduta. [...] O STJ, por exemplo, já deixou de aplicar a exclusão da tipicidade em um caso de grande reprovabilidade da conduta por ter o pai induzido o seu filho de apenas 9 anos a furtar objeto avaliado em R\$ 4,80 contra uma associação sem fins lucrativos. Traçar a linha divisória entre o que se entende por privilégio e o que se pode considerar insignificante não é tarefa das mais fáceis. Não se pode admitir, todavia, uma aplicação larga do princípio da bagatela, desprezando a relevância jurídica de uma série de comportamentos ilícitos, como se devessem permanecer à margem do Direito Penal. Em outras palavras, insignificante não é o bem de diminuto ou reduzido valor, mas aquilo que contenha um valor econômico tão inexpressivo que não justifique, sob qualquer hipótese, a caracterização de uma infração penal. [...] Cite-se, como exemplo, o critério adotado por José Faria da Costa, à luz da legislação penal lusitana: ‘Propendemos, por isso, a aceitar que um dos critérios integradores de um tal conceito objetivo de valor mínimo com significado jurídico-penal se possa descortinar – mas tão só como um dos critérios, repete-se – no valor da menor subdivisão de moeda que efetivamente circule em um determinado momento’. (ESTEFAM, 2021, p. 177 e 182).

Entretanto, fatos que deveriam ser subsumidos ao tipo básico de furto ou ao furto privilegiado vêm sendo, de forma equivocada e desmedida, afastados da aplicação da lei por meio de desacertos na aplicação da tese de insignificância: bens no valor de um salário-mínimo, aparelhos de telefone celular, vinhos, pares de tênis da moda etc. De modo franco, pode-se afirmar que nenhum operador do Direito e, mais que isso, quase ninguém neste país consideraria insignificante o furto de tais bens se fossem seus próprios.

Então, por que considerá-los insignificantes quando o furto atinge terceira pessoa, a vítima? A empatia, tão mencionada nos tempos atuais, impõe esta reflexão aos aplicadores e intérpretes da lei.

O mote para o emprego exagerado da tese de insignificância pode estar no afã de encerrar processos e diminuir o volume trabalho. Entretanto, isso é feito de maneira indevida, porque à custa da lei, de princípios e garantias constitucionais e da proteção minimamente eficiente da sociedade.

A permanência deste entendimento equivocado sobre a aplicação da insignificância e a persistência de agentes de furtos na senda criminosa (a impunidade acoroça a prática de novos delitos) resultará em quantos outros furtos infligidos à sociedade sem qualquer consequência legal? Esta aplicação errônea seria o mesmo que liberar, *contra legem*, a prática dos crimes patrimoniais de valores pequenos, com a criação de inconcebível imunidade penal.

Necessário destacar o aspecto prático: o arquivamento do inquérito policial por aplicação equivocada da tese de insignificância (ou por outra razão) não gera nenhuma consequência para o agente. Na folha de antecedentes não consta o motivo do arquivamento e, na certidão do ofício judicial, também não consta a motivação do arquivamento.

Uma vez que haja a informação de “inquérito arquivado”, em regra não é analisado o motivo do arquivamento. Portanto, é possível que um agente furte diversas vezes bens de pequeno valor (mas não de valor insignificante) e, nas ocasiões em que tenha sido surpreendido, os inquéritos policiais tenham sido arquivados com aplicação indevida da tese de insignificância. Nessa situação, estar-se-ia diante de agente contumaz de delitos de furto, beneficiado pelo indevido afastamento da incidência da lei penal, impune para prosseguir na prática de delitos.

No exemplo acima, haveria inegável imunidade, conferida a despeito de habitualidade criminosa, voltada a bens que não tenham valor vultoso.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico impõe a exata diferenciação entre furto de bem de pequeno valor e furto de bem de valor insignificante, com as correlatas consequências.

A propósito, o ensinamento irretocável de Luiz Vicente Cernicchiaro, citado por Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 522): “O crime de furto (CP, art. 155) é disciplinado

organicamente. O tipo fundamental de crime coordenado com os tipos derivados. Harmonizam-se. Não há contradição. As normas intercomunicam-se”.

Como já aludimos, o princípio penal da intervenção mínima preconiza a utilização do Direito Penal como *ultima ratio* quando os outros ramos do Direito se mostram insuficientes para solucionar o ato ilícito. No caso de furto de bens de pequeno valor, a aplicação indevida da tese de insignificância implica em paradoxal colidência com o princípio da intervenção mínima, pois se deixa de aplicar a lei penal **sem que haja outro ramo do Direito** que solucione a lide instalada no seio social.

Verifica-se que na imensa maioria dos casos em que vem sendo aplicada, indevidamente, a tese da insignificância, seria hipótese de aplicação da figura normativa expressamente prevista de furto privilegiado.

Não se busca o encarceramento a todo o custo. Pelo contrário. Para o delito de furto privilegiado, ainda que nas formas qualificadas, quando compatíveis<sup>6</sup>, podem ser aplicadas as várias medidas despenalizadoras previstas na lei, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal. Portanto, o furto de bem de pequeno valor terá correlata consequência branda, que afasta até mesmo a ação penal. Para o criminoso episódico, que cometeu o furto como um deslize isolado, a medida despenalizadora será suficiente e adequada para a prevenção e repressão ao delito e para dissuadi-lo do cometimento de novos crimes.

---

<sup>6</sup> A delimitação do conceito de insignificância permite a aplicação a algumas hipóteses de furto qualificado, quando a conduta do agente não implicar em outra ofensa ao patrimônio da vítima. É o caso do furto em concurso de duas ou mais pessoas, ou mediante fraude ou destreza. No furto qualificado pelo emprego de escalada e de chave falsa, se não houver dano adicional ao patrimônio (além do bem subtraído), seria possível a aplicação da tese de insignificância. Entretanto, a qualificadora decorrente da destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa afigura-se incompatível com a aplicação da tese de insignificância, porque implica em outra ofensa ao patrimônio da vítima, além do bem subtraído. A tônica para a aplicação, ou não, às formas qualificadas de furto, deve ser a verificação de eventual ofensa adicional ao patrimônio da vítima. O mesmo raciocínio se aplica ao furto privilegiado, que pode ser compatível com figuras qualificadas, conforme Súmula 511 do STJ. A respeito de qualificadoras que obstam ao reconhecimento da atipicidade por insignificância, ressalta Victor Eduardo Rios Gonçalves que os tribunais “têm entendido que a gravidade diferenciada do delito no caso concreto pode afastar o princípio da insignificância, por indicar a necessidade de imposição de uma pena (um arrombamento com grande prejuízo para a vítima ou a presença de outra qualificadora qualquer, furto com invasão de domicílio ou com clonagem de cartão de crédito, furto contra criança ou pessoa idosa, por exemplo). A propósito: ‘Deve ser mantido o *decisum* recorrido, pois encontra-se, de fato, em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual, *verbis*: ‘É firme nesta Corte o entendimento segundo o qual a prática do delito de furto qualificado por escalada, destreza, rompimento de obstáculo ou concurso de agentes indica a reprovabilidade do comportamento do réu, sendo inaplicável o princípio da insignificância’ (AgRg no REsp n. 1.432.283/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27-6-2014)’ (STJ, AgRg no AREsp 1307149/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 4-9-2018, DJe 10-9-2018)”. (GONÇALVES, 2021, p. 152).

Contrariamente, a ausência de qualquer consequência penal, ainda que por meio de branda medida despenalizadora, assinala a sensação de impunidade, fomenta a prática de novos delitos e desguarnece a sociedade.

Portanto, se o bem tiver pequeno valor, o agente com boa conduta social não terá privação de liberdade nem sofrerá sanção severa, tampouco ficará absolutamente impune. Haverá consequência por meio de medida despenalizadora, como transação penal (para a figura básica tentada), a suspensão condicional do processo (para o furto simples) e acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo (para a figura qualificada).

Dessa forma, há justa retribuição à lesão ao patrimônio da vítima, com respeito aos direitos e garantias constitucionais e atendido o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Se aplicada a tese de insignificância para valor pequeno (que não é inexistente), as vítimas pobres, detentoras de bens de pouca valia, ficariam sempre à margem da proteção legal. Na mesma esteira, a vítima mais abastada também ficaria sempre à margem da proteção legal e estariam justificados os furtos praticados contra pessoas ricas ou grandes empresas.

Sendo a vítima pessoa jurídica de grande porte ou pessoa física de maiores posses, o furto de um objeto de *pequeno* valor que lhe pertença não pode ser considerado *insignificante*. Afinal, a riqueza decorrente do trabalho honesto merece igual proteção penal.

Em vários processos já se entendeu insignificante o valor de R\$ 100,00 (cem reais), tendo em conta o porte grande da empresa vítima. Equivocado este entendimento, que abre as portas para os furtos em um supermercado, por exemplo. Se milhares de pessoas resolverem furtar bens deste valor de um supermercado<sup>7</sup>, haverá saque e enorme prejuízo, com demissões de funcionários e encerramento da empresa. Esse entendimento errôneo decorre da observação isolada do patrimônio da vítima, com olvide do valor do bem de *per si*, que não é insignificante para a maioria das pessoas, até porque representa cerca de 10% (dez por cento) do salário-mínimo.

---

<sup>7</sup> Importante fazer aqui uma distinção para o furto famélico, no qual o agente subtrai alimentos para saciar a sua fome ou a fome de terceiro. O que importa para a configuração do furto famélico não é propriamente o valor do bem (em que pese geralmente ele ser pequeno), mas sim a presença da excludente de ilicitude do estado de necessidade: o agente furta para que ele ou seus dependentes não morram de fome. O agente sacrifica o patrimônio da vítima para salvar a vida, saúde ou integridade, própria ou de terceiros. Tais bens jurídicos devem estar em risco atual ou iminente (devido à fome) para se justificar a subtração; do contrário, o estado de necessidade não estará presente.

**Lopes, Carolina Guerra Zanin; Zanella, Everton Luiz. A tese de insignificância no crime de furto. R.JESMPSP, 22, 2022, P. 132-146.**

Bem salienta André Estefam (2021, p. 182): “A lei não fala em ‘pequeno prejuízo’, mas em ‘pequeno valor’, motivo pelo qual pouco importa a condição financeira do ofendido”.

Em ambas as hipóteses – falta de proteção para vítimas pobres e para vítimas ricas - ocorre violação dos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade, da dignidade da pessoa humana e das garantias de segurança e da propriedade. A ampliação da tese de insignificância reflete ora uma ideia elitista, ora uma ideia de engajamento político contra o afortunado. Ambas inaceitáveis.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro Celso de Melo, relator do HC nº 84.412, traçou certos critérios a serem seguidos para a aplicação do alegado princípio:

[...] O princípio da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público. (BRASIL, 2014).

Destaca, ainda, André Estefam:

Para o Superior Tribunal de Justiça, de maneira meramente indicativa e não vinculante, aponta-se como parâmetro a décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal para aferição da relevância da lesão patrimonial (HC 389.537/AC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 27-6-2017). Nesses casos, porém, pode-se reconhecer o *privilegium* (§ 2º). [...] O STJ, em complementação aos requisitos objetivos do STF, também dispôs de uma série de requisitos subjetivos: a) extensão do dano, compreendendo a importância do objeto material para a vítima, sua situação econômica e eventual valor sentimental do bem; b) circunstâncias e resultado do crime para determinar se houve lesão significativa; c) condições pessoais da vítima; e d) condições pessoais do agente, que consiste em verificar a existência habitualidade ou contumácia delitiva. Verifica-se que a aplicação do referido princípio ocorre apenas com a análise no caso concreto. (ESTEFAM, 2021, p. 177 e 182).

Expostos esses requisitos, observa-se que, se o bem tiver valor, ainda que pequeno, há grau de ofensividade, periculosidade social, expressividade da lesão em potencial ou reprovabilidade do comportamento e, portanto, não se aplica a tese de insignificância. Diferentemente, se o valor do bem beirar a zero, não se verificam os referidos critérios.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

**Lopes, Carolina Guerra Zanin; Zanella, Everton Luiz. A tese de insignificância no crime de furto. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 132-146.**

Feita esta análise, impõe-se precisão na aplicação da tese de insignificância para o delito de furto, para adequá-la ao ordenamento jurídico brasileiro, com respeito às garantias e aos princípios constitucionais e em conformidade à lei penal vigente, notadamente, ao tipo penal básico de furto e ao tipo de furto privilegiado.

A delimitação do conteúdo da tese de insignificância ao conceito objetivo de valor que beira a zero harmoniza-se com as garantias de segurança pública, de legalidade, de impessoalidade, de igualdade, de propriedade e garantia contra a proteção insuficiente, sendo igualmente preservado o princípio da separação de Poderes, sem que a atuação do Poder Judiciário extrapole o âmbito de sua competência constitucional, com respeito à competência constitucional do Poder Legislativo.

A conformidade constitucional da aplicação da lei ao caso concreto representa, em última análise, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, somente possível com a correlata garantia de sua segurança.

## **REFERÊNCIAS**

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1.478.374 – SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. SUPOSTA AFRONTA À SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INEXISTENTE. FURTO QUALIFICADO. RÉU PRIMÁRIO. RES FURTIVA DE VALOR INFERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO*. [...]. Relatora: Min. Laurita Vaz, 14 jun. 2019. Disponível em: [BRASIL. Supremo Tribunal Federal \(2. Turma\). \*HC n. 84.412. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL\* \[...\]. Relator: Min. Celso de Mello, 19 out. 2004. Disponível em: \[FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. \\*Dicionário Brasileiro Globo\\*. 30. ed. São Paulo: Globo, 1993.\]\(https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200. Acesso em: 26 dez. 2022.</a></p></div><div data-bbox=\)](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=96422959&num_registro=201901011135&data=20190614&tipo=91&formato=PDF36#:~:text=No%20que%20se%20refere%20%C3%A0,m%C3%ADnimo%20ao%20tempo%20do%20fato. Acesso em: 12 mar. 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

ESTEFAM, André. *Direito penal*. Volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

**Lopes, Carolina Guerra Zanin; Zanella, Everton Luiz. A tese de insignificância no crime de furto. R.JESMPSP, 22, 2022, P. 132-146.**

GONÇALVES, Victor Eduardo R. *Curso de Direito Penal*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017).

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume II – Parte especial. 15. ed. São Paulo: RT, 2017.

SANTA TERRA JUNIOR, João. A segurança pública como direito fundamental: proposta de modificação da atuação ministerial para a sua tutela. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, ano XXI, n. 35, p. 47-62, jan./jun. 2018. Disponível em: [https://mpgo.mp.br/revista/dados\\_revista14/revista14\\_dados3.html](https://mpgo.mp.br/revista/dados_revista14/revista14_dados3.html), acesso em 12-03-2022).

SARRUBBO, Mário Luiz. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Manole, 2012, p. 55.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“*übermassverbot*”) à proibição da proteção deficiente (“*untermassverbot*”) ou de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, a. 32, n. 97, p. 180, mar. 2005.

**Artigo recebido em: 08/04/2022**

**Aceito para publicação em: 21/06/2022**

**GOVERNANÇA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES:  
EM BUSCA DA INTEGRIDADE NAS INSTITUIÇÕES**  
*GOVERNANCE IN THE NEW BIDDING LAW:  
IN SEARCH OF INTEGRITY IN INSTITUTIONS*

**Vladimir Brega Filho**

Mestre e doutor em direito; estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

**Hirmínia Dorigan de Matos Diniz**

Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito à Educação. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

**Claudio Smirne Diniz**

Doutor em Direito (PUC/PR). Professor do PPGD da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

## RESUMO

A Lei nº 14.133/2021 trouxe significativas modificações no regime jurídico das licitações e contratações públicas, conferindo-lhe maior racionalidade, atualidade e incremento dos sistemas de controle. Incorpora, a nova Lei, fundamentos da governança pública, relacionados ao planejamento das aquisições, instrumentalizado, dentre outros, pelo plano de contratações anual; gestão de riscos, de maneira a distribuí-los, previamente, entre os contratantes, evitando-se litígios; gestão por competências e segregação das funções; a instituição de Portal Nacional de Contratações Públicas, em favor de transparência e do controle; além de programas de integridade, com ênfase na prevenção de ilícitos. Trata-se de importante sistemática para a consecução das finalidades do procedimento licitatório, constituindo-se em inegável contribuição para a eficiência das contratações públicas.

**Palavras-chave:** Licitações. Contratos administrativos. Governança pública. Planejamento. Integridade.

## ABSTRACT

Law nº 14.133/2021 brought significant changes to the legal regime of public tenders and contracting, giving it greater rationality, timeliness and an increase in control systems. It incorporates, the new Law, fundamentals of public governance, related to the planning of acquisitions, instrumented, among others, by the annual contracting plan; risk management, in order to previously distribute them among the contracting parties, avoiding disputes; management by competencies and segregation of duties; the institution of the National Public Procurement Portal, in favor of transparency and control; in addition to integrity programs, with emphasis on the prevention of illicit acts. This is an important systematic for achieving the purposes of the bidding procedure, constituting an undeniable contribution to the efficiency of public procurement.

**Keywords.** Bids. Administrative contracts. Public governance. Planning. Integrity.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Finalidades. 3. Governança pública. 4. Governança nas aquisições: planejamento e o plano de contratações anual. 5. Gestão de riscos. 6. Gestão por competências e segregação das funções. 7. Agente de contratação. 8. Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). 9. Programas de integridade. 10. Conclusão. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O Direito Administrativo está a lidar com significativas inovações trazidas pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021<sup>1</sup>). A relevância do tema é indiscutível, porque grande parcela dos orçamentos públicos destina-se ao adimplemento das obrigações fundadas em contratos administrativos, tendo em vista que esses, ao contrário do que ocorre no regime jurídico de direito privado, são necessariamente precedidos do procedimento licitatório (CF, art. 37, XXI<sup>2</sup>).

A disciplina das licitações envereda-se por campos extremamente sensíveis, a desafiar a própria contenção do exacerbado poder econômico estatal, capaz de definir preços de produtos e serviços; e, ao mesmo tempo, encontra resistência nos grupos privados de pressão, alguns, infelizmente, com relações estreitas com práticas corruptivas<sup>3</sup>.

Observa-se que há certo consenso em relação ao ponto de que uma nova lei seria efetivamente necessária. Em que pese a importância da Lei nº 8.666/1993, inegável seu formalismo excessivo, possivelmente anacrônico em relação ao dinamismo exigido da Administração Pública contemporânea.

Assim, a Lei busca maior eficiência nas contratações públicas, o que reivindica o uso de novas tecnologias, como bem ilustra a preferência pelos procedimentos eletrônicos (art. 17, § 2º); e a utilização de sistemas de integridade nas contratações.

A nova Lei inspira-se em regimes de contratação previstos em leis especiais, notadamente na Lei do Pregão e no Regime Diferenciado de Contratação, além de orientações jurisprudenciais já sedimentadas sobre o tema, consolidando, agora, em um único texto, institutos e sistemáticas que até então encontravam-se dispersos e com aplicação restrita.

---

<sup>1</sup> Trata-se de matéria de competência legislativa concorrente, sendo a competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]” (CF, art. 22, XXVII). Precedente: ADI 1.746. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18-9-2014, P. DJE de 13-11-2014.

<sup>2</sup> “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

<sup>3</sup> “*Corruption is one of the main obstacles to sustainable economic, political and social development, for developing, emerging and developed economies alike. Overall, corruption reduces efficiency and increases inequality. Estimates show that the cost of corruption equals more than 5% of global GDP (US\$ 2.6 trillion, WorldEconomic Forum) with over US\$ 1 trillion paid in bribes each year (World Bank). It is not only a question of ethics; we simply cannot afford such waste*” (OECD, 2023).

Exemplo disso é a inversão das fases da licitação, de tal maneira que o julgamento anteceda a habilitação, conferindo maior eficiência e celeridade ao procedimento. Tal inovação já havia sido adotada na Lei do Pregão, no Regime Diferenciado de Contratação, nas Estatais e nas Concessões.

Agora, todas as licitações e contratações públicas passam a ser regidas por uma única Lei, à exceção das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, as quais permanecem submetidas ao regramento da Lei nº 13.303, de 30.06.2016, ressalvadas as disposições referentes aos crimes licitatórios (art. 1º, § 1º).

Submetem-se ao dever de licitar, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 37, XXI).

Constitui-se o procedimento administrativo licitatório em instrumento utilizado para a contratação, com terceiros, de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, por meio do qual é selecionada, por critérios objetivos, a proposta mais vantajosa, na perspectiva do interesse público. Por outro lado, assegura-se, em tais procedimentos, a igualdade de tratamento e de oportunidades entre os interessados em contratar com a Administração Pública.

São pressupostos lógicos da licitação a existência de pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes; e pressuposto jurídico, a constatação de que a licitação possa se constituir em meio apto para a Administração atender ao interesse que deve prover.

Pretende-se destacar, no presente ensaio, as finalidades a serem atingidas pelo procedimento licitatório e a contribuição das práticas de governança, oriundas da gestão privada, para a consecução de tais objetivos, sendo certo que essa nova postura implica em substancial modificação e aperfeiçoamento das rotinas administrativas.

## **2. FINALIDADES**

Os objetivos do procedimento licitatório estão elencados no art. 11, *caput*, da Lei nº 14.133/2021<sup>4</sup>. Em síntese, quer-se, com a licitação, selecionar a proposta que melhor atenda

---

<sup>4</sup> Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações

às necessidades da Administração Pública, “inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. Vale dizer, deverá ser considerada, como critério seletivo, a durabilidade da solução apresentada, uma vez que, eventualmente, produtos de valores mais baixos podem ser menos duráveis e, portanto, implicarem em maiores custos a longo prazo.

Objetiva-se, também, a justa competição e o tratamento isonômico entre os licitantes. Pondera-se, todavia, que a vedação de qualquer favorecimento a determinado licitante, em detrimento dos demais, não impede que seja encetada disciplina diferenciada a particulares legalmente protegidos, a exemplo do que ocorre com as microempresas e empresas de pequeno porte.

O procedimento licitatório pretende coibir contratações superfaturadas ou, ao contrário disso, com preços manifestamente inexequíveis. Pretende-se, igualmente, incentivar a inovação tecnológica e o desenvolvimento sustentável, vetor que abrange aspectos ambientais e socioeconômicos, tais como a preservação do meio ambiente, o pleno emprego, o fomento às pequenas empresas.

Para o atingimento de tais finalidades, as boas práticas, aglutinadas na concepção do que se denomina como governança pública, credenciam-se como indispensáveis instrumentos.

### **3. GOVERNANÇA PÚBLICA**

Entende-se por governança o sistema de regras de controle e direção, idealizado no âmbito da Ciência da Administração, a que se submete determinada organização, com o propósito de aprimorar seu desempenho. Trata-se de prática marcada, dentre outros aspectos, pelo caráter de prevenção (e não de repressão) aos desvios e à inadequada utilização de recursos.

A ideia de governança pública está associada “à estruturação dos órgãos estatais e à organização de seu funcionamento, de modo a assegurar níveis elevados de objetividade, eficiência e legitimidade”, por meio da “segregação de funções, da existência de órgãos dotados de competências específicas para desenvolvimento das atividades-fim (em uma acepção ampla) e à adoção de órgãos de controle interno e externo da regularidade da atuação dos diversos agentes” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 264).

---

com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

O conceito traz como diretrizes a adoção de soluções inovadoras e planos estratégicos, a desburocratização, o crescente uso dos meios tecnológicos, a articulação entre as instituições, o aprimoramento do controle interno e a gestão de riscos (AMADO, 2021, p. 209-218).

O art. 7º da Lei nº 14.133/2021 trata especificamente do tema:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no *caput* deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no *caput* e no §1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Anteriormente, a Instrução Normativa Conjunta nº 1/2016 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Controladoria Geral da União já tratava da implantação de práticas de governança no âmbito do Poder Executivo Federal, associando a elas “mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

De igual forma, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, também se ocupava da política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 2º, III), conceituada como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão (art. 2º, I).

Contemplava os seguintes princípios: capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas, responsabilidade e transparência (art. 3º). Importa destacar que o conceito de transparência<sup>5</sup> mostra-se mais amplo que o de

---

<sup>5</sup> Na ordem jurídica interna, o acesso às informações constitui-se em direito fundamental: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que

publicidade. Enquanto esse encontra-se restrito às formas de divulgação dos atos administrativos, aquele abrange a acessibilidade das informações, de forma integral, sem necessidade de requerimento (transparência ativa), a serem disponibilizadas em arquivos abertos, que permitam o tratamento de dados.

Isso porque, a simples oferta de dados, “em tempos de desenvolvimento tecnológico, se apresentados sem uma arquitetura minimamente compreensível, podem se tornar muito mais uma ferramenta de ocultação do que de revelamento” (VALLE, 2014).

É exatamente o que José Joaquim Gomes Canotilho denomina de “direito de arquivo aberto” (CANOTILHO, 2003, p. 516):

O direito ao arquivo aberto deve hoje conceber-se não apenas como o direito a obter informações por parte dos cidadãos, mas também como direito a uma *comunicação aberta* entre as autoridades e os cidadãos. A comunicação aberta implicará, entre outras coisas, o dever de a administração *fornecer activamente informações* (ex.: colocar os dados informativos na Internet, criar *sites* adequados, ofertas *on-line*).

O imperativo da governança indica o dever de implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos, voltados à identificação de vulnerabilidades; adotar mecanismos de controle interno para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. De igual modo, é necessário promover um ambiente de integridade e confiabilidade para as contratações, do que se esperam resultados eficientes e efetivos<sup>6</sup>.

#### **4. GOVERNANÇA NAS AQUISIÇÕES: PLANEJAMENTO E O PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL**

O planejamento, fundado na previsão tempestiva de contratações, é visto como instrumento de intensificação da eficiência, inserindo-se, portanto, no ambiente da governança (art. 18). Refere-se, na verdade, à prática que deve, necessariamente, estar presente em qualquer organização, sobretudo naquelas que movimentam vultosos recursos financeiros, comprometidos à satisfação de necessidades fundamentais.

---

serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (CF, art. 5º, XXXIII).

<sup>6</sup> Art. 11. [...] Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

A concretização do planejamento está a depender de que cada unidade da Administração venha a estimar suas necessidades de contratação, encaminhando-as a setor responsável pela correspondente consolidação e compatibilização.

O passo seguinte seria o exercício decisório, pela autoridade competente, no sentido de avaliar as demandas. “Essas decisões deverão ser adotadas tomando em vista o planejamento estratégico, os demais instrumentos de planejamento de médio e longo prazo e as disponibilidades previsíveis” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 274).

Nessa linha, a governança nas aquisições exige a instituição de plano de contratações anual (art. 12, VII<sup>7</sup>), concebido com propósitos de racionalização, de forma a evitar compras episódicas ou aleatórias, tendentes ao desperdício ou à perda de escala.

Pretende-se, também, com a referida ferramenta, garantir a observância do alinhamento com o planejamento estratégico, assim como constitui-se em elemento de subsídio para a elaboração das respectivas leis orçamentárias (art. 11, parágrafo único). Deverá o plano ser divulgado na internet e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e execução dos contratos (art. 12, § 1º).

A elaboração do plano de contratações anual será disciplinada em regulamento, a ser editado no âmbito de cada ente federado. No âmbito da União, o Decreto nº 10.947, de 25.01.2022, regulamenta o inc. VII do art. 12 da Lei nº 14.133/2021, “para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”<sup>8</sup>.

É também previsto o estudo técnico-preliminar, por meio do qual se identifica o problema e idealiza-se a melhor solução, “de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação” (art. 18, § 1º<sup>9</sup>).

---

<sup>7</sup> Art. 12. [...] VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. [...]

<sup>8</sup> O art. 5º do Decreto estabelece seus respectivos objetivos: “A elaboração do plano de contratações anual pelos órgãos e pelas entidades tem como objetivos: I - racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais; II - garantir o alinhamento com o planejamento estratégico, o plano diretor de logística sustentável e outros instrumentos de governança existentes; III - subsidiar a elaboração das leis orçamentárias; IV - evitar o fracionamento de despesas; e V - sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade”.

<sup>9</sup> “§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o

O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar: I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente (art. 40).

## **5. GESTÃO DE RISCOS**

A governança pressupõe, também, a gestão de riscos<sup>10</sup>, instrumentalizada por cláusula de “matriz de alocação de riscos” (art. 22<sup>11</sup>). Trata-se de significativa alteração na concepção clássica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, porque

---

problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III - requisitos da contratação; IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina”.

<sup>10</sup> A Lei das Parcerias Público-Privadas inaugurou expressamente a alocação de riscos entre os contratantes: Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

<sup>11</sup> Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. § 1º A matriz de que trata o *caput* deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual. § 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado. § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

inova em relação à possibilidade de escolha, pelas partes contratantes, de quem suportará os ônus financeiros de evento futuro<sup>12</sup>.

Transcreve-se o dispositivo que traz seu conceito:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

[...]

Depreende-se da doutrina (MOREIRA, 2022, p. 49-50):

O termo “matriz” refere-se ao lugar onde algo é instalado; a sua principal fonte ou origem; onde funciona sua direção central. Em outras palavras, na cláusula contratual em que os riscos do contrato são catalogados, sistematizados e consensualmente alocados nessa matriz. Existem escolhas técnicas, exame de boas práticas setoriais, análise de custos e respectiva precificação. A partir de sua positivação contratual, torna-se objetiva a alocação de riscos: suprime-se a subjetividade de sua responsabilização futura. Para certos eventos, sabe-se de antemão quem deverá arcar com sua prevenção e, caso ocorra, com sua gestão, solução e custos.

A identificação dos riscos inicia-se com o diagnóstico da instituição, a ser elaborado de forma a contemplar aspectos quantitativos (estrutura física, estoque de materiais, histórico de compras, etc...) e qualitativos (capacitação, tecnologia disponível, dentre outros).

A definição prévia dos riscos, com a correspondente distribuição entre as partes contratantes, contribui para a redução de “custos extraordinários em razão de surpresas e

---

<sup>12</sup> “Os riscos são eventos futuros e incertos, definidos com base em experiências anteriores. Advêm da possibilidade de conhecimento objetivo dos fatos, dados e séries históricas. Com base em informações pretéritas, as partes avaliam a probabilidade com que eventos determináveis poderão ocorrer no futuro, bem como a viabilidade de seu gerenciamento e custos potenciais. Por isso, é possível sua quantificação econômica, alocação intersubjetiva e a realização de escolhas de médio e longo prazos (com a definição dos respectivos custos e estratégias para a sua mitigação e/ou indenização)” (MOREIRA, 2022, p. 51).

esvazia os litígios, tornando harmoniosa a relação entre as partes” (GARCIA; MOREIRA, 2020, p. 47).

Os riscos, relativos a eventos supervenientes, serão alocados “entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados” (art. 103, *caput*), de forma que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será considerado mantido todas as vezes em que eventuais impactos no contrato estejam contemplados, e, portanto, absorvidos, pela matriz de riscos (art. 103, § 5º<sup>13</sup>).

Consigne-se que a gestão de riscos deverá ser praticada de maneira contínua e permanente (art. 169)<sup>14</sup>.

## **6. GESTÃO POR COMPETÊNCIAS E SEGREGAÇÃO DAS FUNÇÕES**

A gestão por competências (art. 7º), diretriz advinda de “concepção organizacional quanto à gestão de pessoas, caracterizada por privilegiar a adequação entre atribuições e

---

<sup>13</sup> § 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do *caput* do art. 124 desta Lei; II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

<sup>14</sup> Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas. § 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo. § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do *caput* deste artigo observarão o seguinte: I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

**BREGA FILHO, Vladimir; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos; DINIZ, Claudio Smirne. Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 147-165.**

qualificações do sujeito” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 196), também está prevista na concepção da governança<sup>15</sup>.

Trata-se de conceito relacionado à estipulação das atribuições de cada função administrativa, a ser definida consoante os atributos exigidos para o correspondente desempenho, sempre associada a critérios produtores de avaliação, destacando-se, neste ponto, a função dos tribunais de contas de promover a capacitação dos servidores<sup>16</sup>. Refere-se, portanto, à alocação de recursos humanos em função do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes que o agente público deve reunir para o desempenho exitoso de suas atividades.

Os comandos contidos no art. 7º obrigam a “autoridade máxima do órgão ou da entidade” e podem ensejar sua responsabilização pessoal (JUSTEN FILHO, 2021, p. 195), inclusive diante da caracterização do elemento subjetivo, na modalidade da culpa *in eligendo*, consubstanciada na escolha inadequada do agente público para a prática de terminado ato:

A ausência de implantação da gestão por competências no âmbito do órgão ou da entidade, a inobservância da separação de funções e a designação de agentes sem observância das imposições do art. 7º configuram infração a dever legal expresso. A configuração dessa infração independe da consumação de dano ao patrimônio da Administração, eis que se trata de ilícito formal. A consumação de algum dano patrimonial impõe o agravamento do sancionamento, mas não se constitui em requisito para tanto.

Dentre os requisitos a serem observados para a adequada designação de agentes públicos, destacam-se: (i) preferencialmente, manter vínculo permanente com a Administração; (ii) exercer atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou, ainda, qualificação atestada por escola de governo; (iii) não manterem vínculos com licitantes ou contratados habituais.

Da gestão por competências decorre a regra da segregação das funções (art. 7º, § 1º), consistente na pulverização das atribuições a agentes públicos diversos, conduzindo à especialização, com inegáveis ganhos de eficiência.

---

<sup>15</sup> O então Decreto Federal 5.707/2006, atualmente substituído pelo Decreto Federal 9.991/2019, já instituiu as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal, tendo como uma das finalidades a adequação das competências dos agentes públicos. Compreendia a gestão por competência como a “gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição”.

<sup>16</sup> Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

Tal prática também se justifica porque, ao evitar a acumulação de atribuições em um único ou em poucos agentes, minimizam-se os conflitos de interesse, reduzem-se os riscos de fraudes (também porque se dispersa a pressão de agentes externos), assim como é facilitada a apuração de falhas ou desvios, porquanto a indesejada cumulação poderia propiciar que o agente que viesse a praticar o ilícito promovesse eventualmente sua ocultação.

## **7. AGENTE DE CONTRATAÇÃO**

A instituição do agente de contratação, prevista no art. 8º da Lei 14.133/2021, constitui-se em mais uma prática voltada à consecução da governança nas organizações. Trata-se de pessoa designada pela autoridade competente, dentre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública (por isso, naturalmente com maior autonomia para agir), para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório, até a homologação.

O agente de contratação, que deverá ser apoiado por uma equipe, ao assumir a responsabilidade pela condução do procedimento licitatório, substitui a comissão, composta por três membros, sendo ao menos dois qualificados e integrantes dos quadros permanentes dos órgãos da Administração Pública, prevista no art. 51 da Lei 8.666/1993.

Recebe a incumbência por fazer cumprir as diretrizes de governança da instituição, o que deve ser efetivado, por exemplo, mediante a correta alimentação dos dados nos portais eletrônicos, por meio da adequada participação na elaboração do plano anual de contratações, com a racionalização das despesas, dentre outros.

## **8. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)**

Fica instituído, nos termos do art. 174, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), iniciativa que promete substituir rotinas arcaicas “por uma nova visão gerencial, orientada para resultados, que promove os princípios da transparência (*openness*), integridade (*integrity*) e responsividade (*accountability*) típicos de uma boa governança pública” (VIEIRA; FURTADO, 2021, p. 105).

No PNCP constará cadastro unificado de proponentes e licitantes, capaz de conferir maior transparência aos procedimentos e padronizar a forma de divulgação. Nele estarão

concentradas as divulgações das licitações de todos os entes públicos do país, inclusive de pequenos municípios, sem prejuízo de que, facultativa e complementarmente, cada qual mantenha sítio eletrônico de divulgação própria.

Trata-se de plataforma complexa, com muitas facilidades, cuja adoção, além da evidente redução de custos de divulgação, especialmente os que incidem na correspondente publicação em jornais impressos de grande circulação, permite a comparação de custos, evitando o sobrepreço<sup>17</sup>; facilita as buscas em relação às compras e alienações públicas; e intensifica o exercício da atividade dos variados órgãos de controle.

Nesse sentido (VIEIRA; FURTADO, 2021, p. 107):

O PNPC é uma ferramenta de gestão das compras públicas e sua adequada implementação permitirá administrar melhor as informações sobre os processos (monitorar e avaliar), ampliar a competição (fortalecer a relação preço-qualidade), fomentar a participação (aperfeiçoar o planejamento), fortalecer o controle social e, dessa forma, favorecer o aprendizado, incentivar a inovação e aprimorar o sistema nacional de compras públicas, buscando o que é tão caro à democracia brasileira: a confiança do cidadão no processo de compras públicas.

Destaca-se a necessidade de divulgação do valor contratado em cotejo com o valor efetivamente pago, permitindo melhor visualização dos corriqueiros aditivos celebrados ao longo da execução contratual.

Importa, outrossim, e com os mesmos propósitos antes mencionados, a criação de sistema unificado de registro de preços.

## **9. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE**

Os programas de integridade são mecanismos gerenciais destinados a “impedir desvios éticos e práticas de fraude a terceiros, inclusive aqueles atinentes à corrupção. Esses programas envolvem a implantação de controles internos muito rígidos, especialmente no tocante ao destino de verbas e recursos de titularidade da empresa” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 417).

---

<sup>17</sup> O Tribunal de Contas da União há muito orientava referida prática: “Licitação. Orçamento estimativo. Elaboração. É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos” (TCU. Acórdão 2816/2014. Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

**BREGA FILHO, Vladimir; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos; DINIZ, Claudio Smirne. Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições. *RJESMSP*, 22, 2022, p. 147-165.**

O art. 41 do Decreto federal nº 8.420/2015 (substituído pelo Decreto federal nº 11.129/2022), que regulamentou a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), já conceituava programa de integridade<sup>18</sup>:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade<sup>19</sup>.

Destaca-se a necessidade de ser instituída, na estrutura da organização, instância competente para a aplicação e fiscalização do cumprimento do programa, que possa desenvolver suas atividades com plena autonomia (Dec. 8.420/2015, art. 42, IX, substituído pelo Dec. 11.129/2022, art. 57, IX). O controle interno deve estar apto a elaborar relatórios e demonstrações financeiras, atestando sua confiabilidade (Dec. 8.420/2015, art. 42, VII, substituído pelo Dec. 11.129/2002, art. 57, VII).

---

<sup>18</sup> O art. 42 do Decreto estabelecia os parâmetros de avaliação do programa de integridade: Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. Atualmente o texto corresponde ao art. 57 do Dec. 11.129/2022.

<sup>19</sup> Essa redação corresponde ao art. 56 do Decreto atual.

Nas hipóteses de contratações de grande vulto, definidas como aquelas cujo valor estimado da contratação supera duzentos milhões de reais (art. 6º, XXII<sup>20</sup>), o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses, contado da celebração do contrato (art. 25, § 4º).

Por outro lado, o desenvolvimento de programas de integridade, conforme orientação dos órgãos de controle, constitui-se em critério geral de desempate entre as propostas dos licitantes (art. 60, IV).

A implantação ou o aperfeiçoamento de programas de integridade serão considerados na imposição e na dosimetria de sanções administrativas, tais como advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 156, § 1º, V).

E, uma vez aplicada sanção pela prática de atos lesivos à Administração Pública (art. 155, XII) ou em razão da apresentação de declaração/documentação falsa no certame ou durante a execução do contrato (art. 155, VIII), a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável é condição de reabilitação do licitante ou contratado (art. 163, parágrafo único).

A definição das medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo descumprimento das obrigações relacionadas a programas de integridade serão definidas em regulamento (art. 25, § 4º).

Importa, também, para a efetivação das medidas de *compliance*<sup>21</sup>, a definição de competências e a capacitação dos gestores ou órgãos responsáveis pela aferição das medidas.

## **10. CONCLUSÕES**

A Lei nº 14.133/2021 anuncia-se como instrumento hábil a promover a evolução do regime jurídico das licitações e contratações públicas, conferindo maior racionalidade e atualidade às demandas contemporâneas da Administração Pública, além do inegável incremento das perspectivas de controle.

Incorpora, a nova Lei, fundamentos da governança pública, associados ao compromisso de implementação de estruturas e processos voltados à identificação de

---

<sup>20</sup> Valor atualizado para R\$ 228.833.309,04 (duzentos e vinte e oito milhões oitocentos e trinta e três mil trezentos e nove reais e quatro centavos), nos termos do Decreto 11.317/2022.

<sup>21</sup> *Compliance*, do inglês, *to comply*, que significa cumprir ou estar de acordo com. Portanto, atuação em conformidade com as regras (internas e externas).

vulnerabilidades, de mecanismos de controle interno e de ambiente de integridade e confiabilidade para as contratações.

Com isso, são trazidos ao campo da normatividade aspectos relacionados ao planejamento estratégico das aquisições, instrumentalizado, dentre outros, pelo plano de contratações anual; gestão de riscos, de maneira a distribuí-los, previamente, entre os contratantes, evitando-se infundáveis litígios de reequilíbrio econômico financeiro do contrato; gestão por competências e segregação das funções, ambos comprometidos com a pulverização do poder e com a valorização das habilidades específicas dos agentes públicos; a instituição de Portal Nacional de Contratações Públicas, em favorecimento da transparência e do controle; além de programas de integridade, conferindo ênfase à prevenção de ilícitos.

Em que pesem as críticas formuladas no sentido de que a Lei não inovou o tanto quanto deveria, indiscutível que se trata de importante sistemática para a consecução das finalidades do procedimento licitatório, constituindo-se em inegável contribuição para a eficiência das contratações públicas.

Destaca-se, por fim, o relevante papel dos órgãos de controle, especialmente dos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos, no acompanhamento da implantação das estruturas previstas na nova Lei de Licitações, o que certamente será determinante para o atingimento de elevados graus de integridade das instituições.

## **REFERÊNCIAS**

AMADO, Marcela do Amaral B. de Jesus. Agente de Contratação como expoente de Governança na nova Lei de Licitações. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 81, jul./set. 2021, p. 209-218.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. Primeiras notas sobre a matriz de riscos nos contratos administrativos: sua compreensão na Lei nº 14.133/2021. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 20, n. 78, p. 45-57, abr./jun. 2022.

**BREGA FILHO, Vladimir; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos; DINIZ, Claudio Smirne. Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 147-165.**

OECD. What are bribery and corruption? In: OECD. *Bribery and Corruption Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors*. Paris: OECD Publishing, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Lei nº 12.527/11 e o planejamento da ação estatal – Uma interpretação orientada a prevenir a desinformação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, p. 207-226, set./out. 2014.

VIEIRA, James Batista; FURTADO, Monique Rocha. Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 105-110, jun. 2021.

**Artigo recebido em: 03/05/2023**

**Artigo aceito em: 30/06/2023**

# CONTROLE EXTERNO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO COMPONENTE ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA GOVERNANÇA

## EXTERNAL CONTROL BY THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE AS AN ESSENTIAL COMPONENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD GOVERNANCE

### **Samia Saad Gallotti Bonavides**

Mestre e doutora em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Paraná. Docente no curso de Universidade Estadual do Paraná. É Procuradora de Justiça, Coordenadora do Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MPPR, Subprocuradora Geral para Assuntos de Planejamento Institucional do MPPR.

### **Valter Foletto Santin**

Professor de graduação e dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo Centro de Direitos Humanos (Coimbra, Portugal). Procurador de Justiça em São Paulo.

### **André Del Grossi Assumpção**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Especialista em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino.

## RESUMO

A enunciação e regulação de direitos sociais são insuficientes para sua concretização, que depende também de instrumentos que lhes assegurem efetividade na vida real, desde um ponto de vista mais amplo que o da simples noção tradicional de boa administração financeira. Nesse contexto, impõe-se a noção revista e mais ampla de gestão pública, de modo que o direito à boa governança é propugnado como novo direito fundamental social, cuja concretização está conectada de forma indissociável a mecanismos adequados de controle externo da atividade administrativa, incluindo necessária sindicabilidade judicial. O Ministério Público participa nesse cenário como agente promotor e interveniente no ordenamento constitucional brasileiro de modo ambivalente, com capacidade de intervenção tanto em sede sócio-mediadora (extrajudicial) quanto por meio da judicialização, assim incluídas atribuições exclusivas de persecução penal e compartilhadas em ações civis coletivas. Com uso do método hipotético-dedutivo e perfilhando a técnica de revisão normativa e bibliográfica, o presente artigo está dedicado ao exame da hipótese de que a legitimação ampla do Ministério Público no ordenamento jurídico configura elemento essencial do controle externo da boa governança e, de consequência, é componente elementar do próprio direito fundamental social correspondente, com as inerentes implicações que daí decorrem.

**Palavras-chave:** Boa governança. Controle Externo. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Ministério Público.

## ABSTRACT

Enunciation and regulation of social rights are insufficient for its realization, which also depends on instruments that ensure their effectiveness in real life, from a broader point of view than the simple traditional notion of good financial management. The revised and broader notion of public management is imposed, so that the right to good governance is advocated as a new fundamental social right, whose realization is inexorably connected to adequate mechanisms of external control of administrative activity. The Public Ministry participates in this scenario as an agent with a unique position in the Brazilian constitutional order, due to its ambivalent position, with the ability to intervene both in extrajudicial and in the judicial environment, as well as exclusive attributions (holds the private legitimacy for the exercise of the action public penal) and shared ones (it is collegialized with repressive and remedial civil measures). Through the hypothetical-deductive method and following the technique of normative and bibliographic review, this article is dedicated to examining the hypothesis that - due to its singular legitimacy in the Brazilian legal system - the Brazilian parquet action composes in the constitutional scenario in force as an inextricable element of the external control of good governance and consequent essential component of the corresponding fundamental social right, with the inherent implications that flow from it.

**Keywords:** External Control. Fundamental rights. Good governance. Public ministry. Social rights.

## **1 INTRODUÇÃO**

Os direitos sociais têm sido enunciados em Constituições Nacionais ao redor do mundo a partir do final do Século XIX e início do Século XX, com implicações notáveis sobre a Administração Pública. No entanto, não é suficiente a atividade normativo-reguladora estatal, havendo igual necessidade de instrumentos assecuratórios que permitam constante vigilância quanto à sua implementação no plano da realidade social, âmbito no qual sua consecução é efetivamente necessária.

A enunciação de direitos sociais é, assim, apenas uma das responsabilidades atribuídas ao Estado e os instrumentos de sua concretização estão intimamente relacionados com a nova proposta normativa constitucional e atuação renovada das instituições de controle externo da Administração Pública, com destaque ao Poder Judiciário e, necessariamente, às instituições legitimadas para provocar a sua atuação.

A realização das finalidades públicas passa pela exigência de organização eficiente da atividade administrativa, com a ênfase na noção contemporânea de boa governança, cuja noção é mais ampla que a de mera “boa administração”, do ponto de vista tradicional, que tem cunho relacionado ao viés financeiro. A constatação do vínculo estreito, que existe entre direitos sociais e boa governança, esta que é essencial para serem alcançados aqueles, sustenta o reconhecimento do direito à boa governança como integrante ele próprio do rol dos direitos fundamentais sociais.

Como todo direito fundamental, a ênfase na boa governança pressupõe também meios de controle e proteção contra as iniciativas que se afastem desse contexto organizador da atividade pública. No sistema constitucional brasileiro, o controle externo da atividade administrativa (também do ponto de vista da boa governança) encontra no Ministério Público atuação singular por seu caráter ambivalente e, também, por deter atribuições exclusivas. Atua, com efeito, tanto em âmbito extrajudicial quanto judicial, sendo que neste último ainda acumula legitimidade privativa para a ação penal pública, concomitantemente à legitimação concorrente de outros entes para providências reparadoras e repressivas de ordem cível, as quais serão mais adiante mencionadas.

Devido a esta conformação e ainda pelas múltiplas iniciativas que o legitimam a reclamar cumprimento do direito fundamental à boa governança, o Ministério Público se apresenta indissociavelmente atrelado ao controle externo perante o atual cenário normativo e este controle é muito relevante para que a boa governança aconteça no plano concreto.

Valendo-se do método hipotético-dedutivo e revisão normativa e bibliográfica, o presente texto perscruta, nos limites próprios à categoria da produção de artigo científico, a relação de essencialidade entre a posição singular ministerial no ordenamento em vigor para o controle externo da Administração Pública e o imperativo fundamental de boa governança.

O tema é de destacada importância à medida que o reconhecimento da singularidade da atuação do Ministério Público para o controle externo da Administração Pública aponta à sua integração como elemento próprio da afirmação do direito à boa governança no direito brasileiro, com as consequências daí decorrentes.

## **2 AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA GOVERNANÇA E ESSENCIALIDADE DE MECANISMOS DE PROTEÇÃO**

Apesar de hoje terem presença em grande parte dos textos constitucionais, no mundo, os chamados direitos sociais, como subcategoria dos direitos fundamentais, foram sabidamente reconhecidos especialmente a partir do final do Século XIX e início do Século XX, com previsão em diferentes Estados Nacionais, dentre as quais podem ser aqui mencionadas a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (BREGA FILHO, 2013, p. 104).

Em razão de seu conteúdo variado, os direitos sociais assumem diferentes faces na relação dos indivíduos com o Estado, ora exigindo-se prestações públicas positivas (como a implementação de serviços de saúde ou educação), ora atividades reguladoras das relações entre entes privados (como a regulação das relações de trabalho), ora exigindo abstenção (como a ausência de restrição ao direito de greve, reforçando os meios pelos quais os trabalhadores devam reclamar a concretização dos direitos assegurados, na vida real) (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 63).

Entre suas características, em primeiro lugar deve-se apontar a natureza de direitos fundamentais, como, aliás, evidencia sua relação com a implementação do chamado “mínimo vital”, necessário para preservação de outros direitos fundamentais (como as condições necessárias ao exercício da liberdade política, por exemplo), razão pela qual se conclui que “não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, sem que um ‘mínimo vital’ esteja garantido caudatariamente à vida em sociedade” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 65).

Isso não quer associar o raciocínio de que qualquer direito social só se afirme à medida em que diga respeito ao mínimo vital, mas aponta que ao menos esse último corresponde aos direitos sociais; e se defende que não se pode falar em proteção a direitos fundamentais sem a proteção de correlatos direitos sociais, dando o exemplo emblemático da proteção da vida, que não se encerra na proibição de “matar alguém”, mas também por meio da promoção mínima de serviços de saúde. Por isso, ao menos no que diz respeito ao mínimo vital, direitos sociais seriam equivalentes aos direitos de liberdade.

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

Em segundo lugar, há uma correspondência à temática da igualdade material, que se soma à liberdade individual clássica assinalada na primeira enunciação de direitos fundamentais. Aponta-se que direitos sociais correspondem à aspiração ética de maior participação das pessoas nas benesses da vida social (que são desigualmente distribuídas).

Em terceiro lugar, nota-se que todos os direitos sociais estão relacionados ao Estado, de modo subjetivo (constituindo prerrogativas de todo cidadão na vida em sociedade) ou objetivo (atinentes à função moderadora e reguladora das relações sociais, que o Estado desenvolve por meio das normas dirigidas à proteção desses direitos).

Assim, apresentam-se os direitos sociais sob as perspectivas de: a) direitos subjetivos (como o direito à Educação ou à Saúde); b) atividades normativo-reguladoras do Estado (como nas relações de trabalho); c) instrumentos assecuratórios (os direitos sociais devem envolver mecanismos que permitam aos indivíduos defender seus interesses, como a greve) (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 68 e seguintes).

Como se percebe, a enunciação de direitos subjetivos é apenas uma das responsabilidades atribuídas ao Estado no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais de cunho social. O tema passa também necessariamente pelo asseguramento de caráter normativo aos preceitos constitucionais que estabelecem direitos sociais (com eficácia plena, providos de plena coercitividade) e pela implementação de instrumentos de correção de desvios e reafirmação no plano concreto.

No passado ainda recente do Brasil, aliás, mesmo a Constituição de 1967 enunciava direitos sociais (artigos 150 e 158), condicionando-os, no entanto, à regulação por lei, como exemplificado pela a organização sindical (artigo 159) (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 62-63). Assim configurado, de modo contido ou meramente programático, um direito social só seria exigível à medida que o legislador o encampasse, podendo conviver no ordenamento, ainda que de modo reprovável, conteúdo constitucional que correspondesse a “letra morta”, diante da falta de assunção do compromisso estatal, com o asseguramento de meios de realizá-lo.

Percebe-se, então, que o problema atinente aos direitos sociais ultrapassa de pronto a mera enunciação de direitos fundamentais sociais para conjugar-se, num primeiro giro, à devida revisão hermenêutica de corte neopositivista e neoconstitucionalista que implica admissão de carga normativa ao texto constitucional (decorrendo daí tanto a vinculação da atividade do legislador em sede infraconstitucional, quando a afirmação da sindicabilidade dos atos administrativos do ponto de vista desses enunciados fundamentais).

Esse terceiro aspecto acima indicado, que diz respeito à vinculação de direitos sociais com prestações exigíveis, aponta já diretamente à dependência da afirmação de direitos sociais em relação a instrumentos capazes de concretizá-los na vida real. Assim, em outra oportunidade (SANTIN, 2013,

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

p. 137-140) se demonstrou que a realização de direitos sociais está intimamente associada à sindicabilidade e meios de controle externo da Administração, cabendo às instâncias controladoras - dentre elas também o poder jurisdicional - atuarem por dever constitucional, na medida em que isso não significa qualquer invasão de atribuições políticas. Caberá, nesse sentido, aos órgãos jurisdicionais brasileiros por dever constitucional analisar e interpretar reclamação de descumprimento dos direitos sociais, assim como se dá em relação a qualquer lesão ou ameaça a direito, como estabelece o artigo 5o, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Paralelamente à mudança de perspectiva sobre o caráter normativo dos direitos fundamentais, desenvolveu-se uma mudança importante havida na concepção sobre o papel do Estado e sobre a eficiência da gestão pública eficiente, para que seja capaz de alcançar resultados concretos em lugar da disponibilização meramente formal de políticas públicas que não avançam para além da teorização e das proposições abstratas.

Por um ponto de vista, relembra-se que esse fenômeno é acompanhado pelo avanço da globalização e do rearranjo das forças econômicas e políticas mundiais, com novo e importante papel dos conglomerados financeiros, inclusive. O cenário cada vez mais globalizado das últimas décadas representa um desafio histórico ao Estado nacional enquanto detentor tradicional do poder normativo/regulatório da vida social, enquanto reflexo do exercício de sua soberania. O pluralismo jurídico se oferece, de consequência, como campo de melhores oportunidades para a apresentação de soluções mais atualizadas às novas tecnologias e relações negociais no mundo globalizado (sobre o tema do pluralismo jurídico, em sentido semelhante: Santin (2013, p. 202 e seguintes)).

Sob outra ótica, entretanto, o desvelamento da insuficiência das respostas do Estado nacional aos problemas do plano concreto perpassa a crise instalada sobre a própria lógica administrativa tradicional. Assim, o ideário empresarial se projeta sobre os negócios públicos, crescendo a demanda por uma gestão pública mais eficiente e produtiva, a fim de dar cumprimento às prestações públicas de maneira mais rápida e adequada. A revisão das práticas administrativas nesse cenário deu uma arrancada ao longo do século XX, mas ganhou maior velocidade precisamente ao final daquele período, a partir dos anos 1980, com repetidos projetos de revisão administrativa, exemplificativamente apontados em diferentes estados norte-americanos.

Christopher Hood, nome relevante no desenvolvimento histórico do tema, assinalava que nos anos 80 do Século XX a atividade administrativa ainda estava sujeita ao modelo denominado de administração pública progressiva – *progressive public administration* – e se suportava sobre dois fundamentos: a) a distinção radical entre os setores público e privado, desde seus métodos até a organização de carreira de seus trabalhadores; b) regras procedimentais dispostas em contrário à

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

discricionariedade política e gerencial (de modo a impedir favoritismo e corrupção) (HOOD, 1995, p. 93-94).

Como destacado pelo mesmo autor, essa nova forma de gestão pública querida ao final do Século XX (*New Public Management*) implica aproximação entre a gestão pública e a gestão privada e enfatiza controles do ponto de vista de resultados mais do que propriamente a rejeição absoluta (dizia-se até “criminalizadora”) dos métodos mercadológicos e da iniciativa privada no cenário público (HOOD, 1995, p. 94).

Mas o controle da administração pública nunca deve se limitar a meros registros exitosos de contabilidade, porque a noção de boa governança no Estado Democrático de Direito pode e deve ultrapassar a ideia mais restrita de gestão financeira apenas. Aliás, no âmbito das Nações Unidas, a boa governança é apontada pela ênfase mais completa em critérios fundamentais de promoção de consenso, participação, efetividade/eficiência, accountability, equidade, inclusão, transparência, responsabilidade e cumprimento da legislação (observância das “regras do jogo”) (ISMAIL FILHO, 2015, p. 114).

A maior dispersão do poder e a fragmentação da responsabilidade, decorrentes em parte da globalização dos mercados e da reconfiguração do Estado-Providência, apontam efetivamente à premência da sustentação de um novo contexto de boa governança organizada por meio de seis dimensões que superam o aspecto financeiro: a) asseguramento de voz e accountability externa; b) estabilidade política e ausência de violência, criminalidade e terrorismo; c) eficácia do governo; d) ausência de carga regulatória; e) Estado de Direito; f) controle da corrupção (COSTA, 2014, p. 149-151).

A lógica da boa governança implica, entre seus aspectos, a existência de foco de atenção sobre a clientela a que se destina a atividade administrativa, o que, no caso da cena pública, implica assumir que o “cliente” do Estado é o cidadão, de maneira que:

[...] o termo boa administração, em nosso sentir, é expressão vinculada a um sentido jurídico de Administração Pública, que se compromete a observar uma série de direitos subjetivos em prol do Administrado (como o direito ao devido processo legal e à participação procedimental), bem como os princípios para ela insculpidos na Constituição, o que resultará em um serviço público mais transparente, legítimo e efetivo. Mas, ao conceito de boa administração devem ser agregados muitos conceitos trazidos pelos teóricos da boa governança, tópico que tem encontrado maior sintonia no direito anglo-saxônico. Como exemplo, pode-se aduzir que boa governança pública significa tratar os destinatários do serviço público não como simples consumidores, mas, antes de tudo, como cidadãos. [...] (ISMAIL FILHO, 2015, p. 112).

Resulta daí também a revisão dos princípios tradicionalmente reconhecidos como diretores da Administração Pública, para ênfase a conteúdos relacionados aos princípios da transparência, da coerência, da abertura, da democracia participativa e da justa medida (por sua vez desdobrado em

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

princípios da sustentabilidade, racionalidade, eficiência e avaliação). Ainda que a noção de boa governança decorra em boa medida das expectativas geradas pela aproximação entre gestão pública e privada, salienta-se que o novo cenário não se dissocia do Estado Democrático de Direito e das noções de accountability e responsiveness. A boa governança, nesse contexto, deve ser entendida como princípio constitucional conformador para conciliação entre Estado, Direito e Gestão (COSTA, 2014, p. 205 e seguintes).

A título de ilustração, o direito à boa administração se irradia a todas as demais dimensões de direitos fundamentais (e tem sido sustentado por parte da doutrina a partir da compreensão do direito de exigir atuação do Estado sempre dirigida à atenção para todos os deveres inerentes à boa administração). A concretização dos direitos sociais depende, inicialmente, da atuação administrativa organizada e compromissada efetivamente para atenção a resultados efetivos e úteis. Assim, a afirmação do direito à saúde resultaria claramente prejudicada se não houvesse de contrapartida a atuação administrativa realmente orientada para sua realização de modo amplo e para além do simples cálculo financeiro e arbitrário no controle de contas dos departamentos de saúde, que viesse a redundar, por exemplo, na prática na ausência de cobertura vacinal.

Desde outro ponto de vista, também a título de exemplo, chama-se a atenção para o fato de que o argumento de sucesso financeiro da gestão pública não pode se sobrepor à moralidade para fundamentar a nomeação de servidores comissionados já condenados por atos de improbidade administrativa (cuja idoneidade para o exercício da função pública resulta em questão, portanto) (SANTIN, 2019, p. 651). Em casos assim, a competência administrativa de determinado agente não superará os danos potenciais que poderá causar ao erário e à ordem pública, que também devem ser objeto de atenção (e prevenção).

Ainda sob outro aspecto, a noção renovada de accountability ultrapassa em definitivo o pensamento tradicional de discricionariedade administrativa que se atrelava ao modelo irracional de simples predileção pessoal de cada gestor público e correspondente arbitrariedade na escolha das iniciativas administrativas. As políticas públicas e os meios de sua consecução devem ser sempre fundamentados de modo razoável tanto do ponto de vista normativo quanto fático e as falhas da Administração Pública na proteção dos direitos por defeito de governança devem estar sujeitas a controle externo, em especial pelo Poder Judiciário, devidamente provocado mediante instrumentos adequadamente estabelecidos para essa finalidade corretiva.

Entre os vícios da atividade discricionária que devem ser controlados estão: a) a discricionariedade excessiva ou abusiva (por ação) (nos casos em que se opta por solução inválida para os problemas dos administrativos em desafio ao cabedal principiológico referido); b) discricionariedade insuficiente (por omissão) (nos casos em que a escolha administrativa

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

simplesmente não é realizada ou é feita com inoperância, desatendendo a deveres de prevenção/precaução e obrigações retributivas, também deixando a descoberto os direitos dos administrados que deveriam ser protegidos) (FREITAS, 2009, p. 11).

Uma consequência extraída desse novo contexto de sindicabilidade dos atos discricionários, aliás, é o espaço reduzido que deve ser admitido à decisão do administrador público até mesmo para lançar-se a demandas judiciais desnecessárias e custosas enquanto disponha de meios extrajudiciais que privilegiam o consenso e economizam recursos públicos para a solução de conflitos (havendo já mecanismos de solução consensual de conflitos bastante assinalados em diferentes documentos normativos brasileiros, especialmente em âmbito federal (ASSUMPÇÃO; BOLLITI, 2022, p. 164 e seguintes).

O controle externo e a ampla sindicabilidade dos atos da Administração Pública desenvolvem um papel especialmente importante nesse novo contexto, sobretudo porque a boa governança enquanto direito fundamental não conta com previsão expressa no sistema constitucional brasileiro e sua afirmação no contexto nacional depende de sua enunciação pelos órgãos de controle.

Sua afirmação por esses órgãos, em todo caso, pode ser alcançada por meio da dedução dos princípios fundamentais indicados no artigo 37 e outros dispositivos conexos da Constituição Federal, combinados ao exemplo de diplomas estrangeiros e internacionais que já o enunciaram, com apoio em principiologia assemelhada àquela prevista pela nossa Constituição. Assim, o direito à boa governança foi referido na Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprovada pelo Conselho Directivo do CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo); e está previsto de modo mais expressivo e objetivo na Carta dos Direitos Fundamentais proclamada pela União Europeia no ano de 2000 (Carta de Nice) (ASSUMPÇÃO, 2019, p. 14-15).

No plano administrativo e político, serve de exemplo o novo sentido conferido à atuação dos Tribunais de Contas, que avançam para além do controle financeiro (superando também na prática a visão fundamentalmente burocrática e contabilista do controle de contas), para assumir a função de verdadeiro Tribunal da good governance, ou seja, assegurar no plano concreto a completude dos aspectos de boa administração que foram assinalados antes (COSTA, 2014, p. 161 e seguintes).

No plano judiciário, relembra-se que os princípios da moralidade e da eficiência haviam conduzido o Supremo Tribunal Federal brasileiro a validar a Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que assegurou de modo inovador a vedação da prática do nepotismo em todo o Poder Judiciário brasileiro, mais tarde produzindo a Súmula Vinculante n.º 13, também do STF, a princípio desde uma perspectiva fundamentalmente axiológica, que também é cabível na sustentação do direito à boa governança (ASSUMPÇÃO, 2019, p. 17). Por isso mesmo, é razoável a afirmação

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

da boa governança também por si mesma como fundamental, correlato à promoção adequada de todos os outros direitos fundamentais, em suas várias dimensões relacionadas ao Estado (nesse sentido, reconhecendo a boa governança como direito fundamental por si mesma: Freitas, 2015, p. 198; e também Assumpção, 2019, p. 25).

A essencialidade do controle externo como meio de promoção do direito fundamental à boa governança, por sua vez, dialoga com a perspectiva já mais explícita do direito fundamental ao serviço público adequado. Na Constituição brasileira, o serviço público adequado é previsto pelo artigo 175, parágrafo único; com adequação que também resulta de outros textos infraconstitucionais, como a própria Lei n. 13.460/2017 (Código do Usuário do Serviço Público) (art. 4o). A referida Lei n. 13.460/2017 (Código do Usuário do Serviço Público) define serviço público como “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta dos bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública” (art. 2o, II), o que se coteja com a noção mais ampla de controle da boa governança. No plano internacional, o acesso ao serviço público (adequado) consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (para a qual “todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país” - art. 21, 2 – além da preocupação com condições mínimas adequadas de vida); deduzindo-se também da proteção que decorre do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/1992) ou no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/1992).

Em certos temas, como a proteção do meio ambiente equilibrado, a eventual omissão do controle externo (assim entendido também como serviço público adequado) toma ares ainda mais graves, em razão de princípios específicos como os de Prevenção e Precaução, que encarregam os órgãos de fiscalização de um dever notável de averiguar a segurança das atividades mesmo em casos nos quais não haja indicação clara de prejuízos – pela gravidade dos bens protegidos (assim, SARLET; FENSTERSEIFER, 2019, p. 56).

O tema perpassa a questão do formalismo positivista e dos resultados exclusivamente contábeis, resultando impossível dissociar no cenário brasileiro a afirmação do direito fundamental à boa governança de mecanismos adequados de controle externo que viabilizem sua afirmação concreta.

### **3 A ESSENCIALIDADE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Os instrumentos de controle da boa governança pressupõem mecanismos de controle que, no âmbito do serviço público (assim também no âmbito da boa governança) podem ser de natureza política, administrativa, jurisdicional ou popular. De forma articulada, anota-se que o controle político

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

pode ser governamental (por nomeações e substituições etc.) e parlamentar (por comissões parlamentares de inquérito, processo de crimes de responsabilidade etc.). O controle administrativo pode ser interno ou externo (como no caso do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público por meio de fiscalização e recomendações). O controle jurisdicional se dá por meio de ações cíveis ou criminais (aqui mais uma vez destacada a atuação ministerial). Por sua vez, o controle popular decorre de mecanismos como o direito de representação, a participação em audiência, entre outros (SANTIN, 2013, p. 118 e seguintes).

De pronto se sublinha, assim, que a revisão judicial não é o único meio de controle legítimo da boa governança no Estado Democrático de Direito, nem o Ministério Público o único legitimado a exercê-lo; ao mesmo tempo em que se destaca que a pluralidade das instâncias de controle não pode, de modo algum, ser entendida como prejudicial à afirmação da essencialidade do direito fundamental correspondente, mas sim benéfica à medida que implica reforço e complementariedade.

Mais ainda, a convivência de medidas judiciais com outras espécies de controle não deslegitima as demais, nem implica sobreposição. Tratando desse aspecto, ainda que especialmente sobre políticas públicas em sentido estrito, Vanice Regina Lírio do Valle ponderou que:

[...] a discussão judicializada quanto aos imperativos de enunciação de políticas públicas pode permitir a superação de impasses de várias naturezas – inclusive aqueles eventualmente determinados pela superposição de sistemas de controle. Isso porque é possível (aliás, nem mesmo é infrequente) que uma determinada política pública seja identificada como necessária implementar, e encontre bloqueio pela atuação de outras instâncias que intervêm no processo [...] (VALLE, 2009, p. 151).

Entre os diferentes legitimados para o exercício do controle externo no ordenamento brasileiro, destacam-se as atribuições cumulativas que foram encarregadas sobre a instituição do Ministério Público, de modo ambivalente sobre o âmbito administrativo e judicial, assinaladas em meio ao asseguramento de autonomia e independência que o distinguem no cenário político-institucional brasileiro.

Conforme o registro sintético exibido pelo Ministério Público da União em seu sítio na rede mundial de computadores (sem ano e página, com endereço eletrônico ao final indicado), rememora-se que essa afirmação se desenvolveu historicamente, consolidando-se com a reestruturação institucional de 1988.

No período colonial, o Brasil observava o direito lusitano e não contava com o Ministério Público como instituição definida. As Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 previam a atuação de promotores de justiça como fiscais da lei e encarregados da acusação criminal, ao lado do cargo de procurador dos feitos da Coroa (defensor da Coroa) e de procurador da Fazenda (defensor do fisco).

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

Já em 1832, o Código de Processo Penal do Império deu início à sistematização do Ministério Público, e na república, o Decreto nº 848, de 11/09/1890 definiu a estrutura e atribuições do Ministério Público federal, mas ainda com vinculação ao cumprimento das ordens de Governo. Novas funções se acumularam ao Código Civil de 1917, os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941, com o detalhamento de funções institucionais.

Em 1951, a Lei Federal nº 1.341 criou o Ministério Público da União, vinculando-o ainda ao Poder Executivo, sendo que, em 1981, a Lei Complementar nº 40 apresentou o Estatuto do Ministério Público, incluindo garantias, atribuições e vedações características, vindo depois, em 1985, a Lei 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), que conferiu maiores e mais amplos encargos para a atuação institucional na defesa dos interesses difusos e coletivos.

As Constituições Nacionais, por sua vez, alternaram menções mais ou menos detalhadas sobre sua atuação, coincidindo sua menor importância com períodos de crise democrática (como no caso da Constituição de 1937). Assim, as Constituições de 1824 e 1891 não se referiam expressamente às atribuições do Ministério Público, enquanto a Constituição de 1934 fez referência expressa ao Ministério Público no capítulo "Dos órgãos de cooperação", prevendo lei federal para a organização do Ministério Público da União, sem referência expressa ao Ministério Público na Constituição de 1937. Mas a Constituição de 1946 fez referência ao Ministério Público, em título próprio, sem vinculação com os outros poderes, sendo que a Constituição de 1967 trouxe o Ministério Público entre as disposições atinentes ao Poder Judiciário, ao passo que a Emenda constitucional de 1969 o incluiu no Poder Executivo.

Coube precisamente à Constituição de 1988, inserida no período de redemocratização do país, a definição dos contornos gerais da atuação ministerial em campo intitulado "Das funções essenciais à Justiça", explicitadas suas garantias e vedações.

Tratando especialmente de direitos coletivos (em sentido amplo), o artigo 5o da referida Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), em sua redação original, previa o Ministério Público como instituição independente para a proteção do interesse público primário (com legitimidade concorrente dos entes da própria Administração Pública direta ou indireta ou demais entes cíveis legitimados). A posição do Ministério Público, em relação aos demais legitimados para a ação civil pública, só foi alterada em parte com a inclusão de legitimidade concomitante à Defensoria Pública (também órgão de Estado dotado de relativa autonomia e independência semelhantes às do Ministério Público) em decorrência da Lei n. 11.448/2007, o que se deu mais de vinte anos depois da publicação do Texto legal original.

A atuação do Ministério Público em meio ao controle externo da boa governança na Constituição de 1988 também é complementada pela previsão de encargo também sobre a fiscalização

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

dos serviços públicos e de modo geral dos direitos difusos (e promoção de medidas corretivas e sancionatórias de desvios), para além da legitimação privativa que lhe foi instituída para a promoção de medidas inerentes à ação penal pública (artigos 60, 127 e 129, I e III, da Constituição da República).

No âmbito infraconstitucional, os limites dessa atuação plural foi confirmada pelas Leis Orgânicas do Ministério Público, com a previsão de atribuições para promoção do inquérito civil e da ação civil pública para defesa de direitos coletivos (avançando para além do previsto pela própria Lei de Ação Civil Pública), como se depreende do artigo 25, inciso IV, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal) e do artigo 60, inciso VII, da Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Ainda do ponto de vista da responsabilização cível por irregularidades na gestão pública, seguiu-se a redação original do artigo 17 da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que indicou o Ministério Público ao lado dos próprios entes interessados como legitimados à ação de responsabilidade correspondente (contexto que se alterou recentemente para isolamento do Ministério Público nessa posição, inclusive, com a alteração conferida pela Lei n. 14.230/21, depois afastada pelo julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7042 e 7043 em 31 de agosto de 2022).

Pela expressão histórica de atribuições múltiplas (e também exclusivas em alguns aspectos) o Ministério Público brasileiro se assentou como elemento indissociável do controle externo da Administração Pública e da noção contemporânea de boa governança. Chegou a ser comparado à figura estrangeira do Ombudsman, cujo conceito moderno remete à Constituição sueca de 1809, que previu a designação pelo parlamento de um comissário encarregado precisamente de fiscalizar a Administração Pública (ISMAIL FILHO, 2015, p. 115). Trata-se de um conceito que avançou pelos países escandinavos (como Finlândia e Dinamarca) e diferentes localidades europeias, como Reino Unido (1967), França (1973), Portugal (1975), Espanha (1978) e Grécia (1997), incluindo o alcance de posição junto à União Europeia mediante previsão no Tratado institutivo correspondente (Maastricht, Holanda, 1992), precisamente para fiscalização do bom funcionamento das instituições europeias.

Conforme o mesmo autor (ISMAIL FILHO, 2015, p. 115), a Assembleia Constituinte brasileira na década de 1980 chegou a incluir uma figura correspondente ao Ombudsman para o Brasil, no artigo 56 do anteprojeto da Constituição, ainda em 1986, com o múnus precisamente de “zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição”. Mas – não tendo sido admitida a previsão específica - as atribuições que caberiam àquele foram acumuladas ao Ministério Público, consolidando historicamente sua posição alinhada como elemento integrante essencial do controle externo da atividade administrativa pública.

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

Ainda que a nomenclatura estrangeira não tenha sido positivada, a consolidação histórica do Ministério Público como uma instituição à parte e fiscalizadora em relação aos Poderes tradicionais da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) transpareceu também, depois, no âmbito da regulação de sua disciplina fiscal (arts. 9º, 20 e 54 da Lei Complementar nº 101/00) (ISMAIL FILHO, 2015, p. 119).

O assentamento do direito fundamental à boa governança no Brasil, de consequência, implica necessariamente tratar das atribuições judiciais e sociomediadoras (extrajudiciais) acumuladas pelo Ministério Público. Se o asseguramento de instrumentos imprescindíveis à afirmação de direitos fundamentais sociais no cenário contemporâneo exige controle externo e, em especial, capacidade de controle jurídico amplo e sindicabilidade para além de mero controle financeiro (com atenção a todo o cabedal principiológico que anima o Estado Democrático de Direito), é de concluir-se que a constituição do Ministério Público historicamente consolidada por múltiplas atribuições (a certo ponto exclusivas) se traduz como um elemento intrínseco correspondente à própria perspectiva da boa governança.

A presença fortalecida da instituição do Ministério Público tem sido em grande parte responsável pela promoção de uma nova visão sobre a boa governança e, sem ela, resultaria claudicante o tripé sustentador dos direitos sociais por meio de sua enunciação, atividade estatal reguladora e asseguramento de instrumentos para sua efetivação na realidade social.

Por outro lado, como a boa governança não se satisfaz com a mera análise financeira sobre a atividade administrativa, também o asseguramento de instrumentos de efetivação dos direitos sociais no âmbito do Ministério Público não se satisfaz com a mera conferência normativa de legitimidade processual e independência que não se reproduzam em efetiva organização eficiente da atividade ministerial e participação ampla nos procedimentos decisórios relacionados à coisa pública. Vale dizer, de nada adianta declarar a existência do controle externo por meio de atividade fiscalizatória e de representação judicial pelo Ministério Público, se a instituição ministerial não estiver dotada de membros e equipes de apoio qualificados, bem capacitados para o exercício de atividades especializadas e que tenham à disposição instrumentais compatíveis com a gravidade da função, considerados desde os equipamentos para operação dos sistemas informatizados até mecanismos de alta tecnologia devotados a medidas de inteligência.

Em certa medida, a dotação de meios adequados para atuação do Ministério Público pode ser compreendida no ordenamento brasileiro historicamente assentado também como uma espécie de serviço público componente do próprio contexto mais amplo de boa governança. Por isso mesmo, é bom lembrar que a própria atuação das instituições componentes do Ministério Público está sujeita a controle institucional também dirigido pelo ponto de vista boa governança, como se salienta no que

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

diz respeito à atuação fiscalizadora e orientadora no contexto dos órgãos correccionais (SUXBERGER, 2017, p. 39 e seguintes).

Essa constatação tem consequências graves. A positividade jurídico-constitucional implica (com apoio em Canotilho: Brega Filho (2013, p. 105 e 106)): 1) vinculação do Legislador à sua realização; 2) vinculação positiva dos órgãos concretizadores [...] em qualquer de suas atividades (legislação, execução e jurisdição); 3) vinculação dos poderes públicos também do ponto de vista de limite material negativo, para vedação de atos contrários. Decorre daí também a necessária restrição a iniciativas injustificadas que restrinjam os direitos sociais sem dar-lhes alternativas ou meios de compensação, conjugando-se a vedação do retrocesso com o Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais; assim também a vedação de mudanças que atentem contra as expectativas decorrentes do context normativo, em atenção ao Princípio da Segurança Jurídica, embora não seja vedada mudança por si só no regime de direitos sociais, já que o interesse público se sobrepõe ao individual.

Ora, uma das características dos direitos sociais é cumulatividade, de modo que não se admite retrocesso nas conquistas historicamente já alcançadas, o que aponta ao princípio da proibição do retrocesso (não reversibilidade) dos direitos fundamentais sociais. No Brasil, a vedação do retrocesso é implícita e decorre do Estado Democrático e Social de Direito adotado na Constituição de 1988, além da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, da segurança jurídica e seus desdobramentos; mas encontra também amparo em documentos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José de Costa Rica, de 1969); além de estar intimamente relacionado também à Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, também da Constituição de 1988) (BREGA FILHO, 2013, p. 109 e seguintes).

Os contornos amplos das vias de controles abstrato e difuso de constitucionalidade no sistema brasileiro oferecem plena viabilidade para o controle jurisdicional da matéria, ainda que isso implique potencial produção de precedentes contraditórios e implique eventual demora extraordinária para que a matéria específica alcance a Corte constitucional. Lembra-se, por exemplo, que à falta de provocação direta do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, as hipóteses de controle difuso poderão envolver vários julgamentos do mesmo tema por órgãos jurisdicionais de menor hierarquia até alcançar a Corte suprema. Entre os obstáculos de desenvolvimento satisfatório do controle difuso de constitucionalidade, adverte-se: “O primeiro deles é o de que o controle difuso, ressalvadas as hipóteses excepcionais onde há competência originária do STF, inicia-se quase sempre no primeiro grau de jurisdição e, portanto, vem sendo objeto, na realidade, de um percurso de quatro graus, o que lhe outorga uma morosidade sem precedentes.” (NOBRE JÚNIOR, 2022, p. 84).

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal já fez menção à vedação do retrocesso em matéria de saúde, como no ARE639337/2011 (com voto do Ministro Celso de Mello sobre o tema da proteção à saúde), ou ainda como fundamento de ações diretas de inconstitucionalidade que a Procuradoria Geral da República promoveu contra dispositivos da Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal, que reduziu o âmbito de proteção do meio ambiente em vários aspectos) (BREGA FILHO, 2013, p. 116 a 118). Pensemos, então, que teria sido da proteção a direitos fundamentais sociais durante a pandemia de COVID-19 sem a intervenção do Ministério Público, que teve proeminência na promoção da ação civil pública em defesa dos direitos de idosos à liberdade, à cidadania e à autonomia, incluindo a provocação de medidas contra restrições administrativas tecnicamente infundadas em relação à vedação de transporte gratuito de idosos, por exemplo (SIQUEIRA; TATIBANA, 2022, p. 139).

Essa conclusão secundária (de que a essencialidade de atuação do Ministério Público reclama diálogo com o tema da vedação do retrocesso em direitos sociais) não implica, é bem verdade, que o Ministério Público deva ser o único legitimado ao exercício do controle externo inerente à boa governança. Tanto isso é correto que o Supremo Tribunal Federal afastou a inovação infraconstitucional que limitava a legitimidade para exercício das ações de improbidade administrativa, como se referiu. Parte dos argumentos encampados pela Corte diz respeito precisamente à decapitação da Advocacia pública no que diz respeito à escolha sobre o trâmite procedimental das ações por ela promovidas, além de restrições sobre o procedimento para tomada da iniciativa pública de exercício de ações de reparação de danos decorrentes de improbidade administrativa.

Vê-se bem, de todo modo, que a 182 afirmação da Corte Suprema brasileira sobre a inconstitucionalidade de iniciativa que reduziria a legitimidade para as ações de improbidade evidencia bem a vinculação estreita que existe entre o controle externo e a afirmação dos direitos fundamentais sociais que lhe são dependentes (em especial, a boa governança, que mais diretamente nos interessa).

Assim, decorre a conclusão lógica de que por igual, ou com maior razão, também a atuação do próprio Ministério Público no controle externo da Administração Pública resulta elevada proporcionalmente ao alto grau de elemento intrínseco à proteção aos direitos fundamentais, com as mesmas consequências que daí decorrem, não admitindo decotes que impliquem prejuízo à própria noção de controle externo e desmaterialização dos anseios públicos por boa governança.

Outra consequência da essencialidade da posição historicamente consolidada do Ministério Público em relação ao direito fundamental de boa-governança deverá ser admitida como a imprescindibilidade de sua atuação como fiscal da lei em ações relacionadas ao tema. A título de

ilustração, em análise sobre julgamento colegiado proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná no âmbito de ação civil pública promovida pelo Ministério Público em primeiro grau (autos n. 0016052-53.2006.87.16.0030), já se enfatizou o caráter antidemocrático da exclusão de sua atuação *custos iuris* sobre processo do qual deveria atuar, ainda que o Órgão judiciário entendesse que a atuação concomitante de uma promotoria de justiça e da procuradoria de justiça implicaria duplicidade atentatória contra a duração razoável do processo (SANTIN, 2018, p. 334 e seguintes).

Nos casos em que a atuação do Ministério Público é impositiva (e especialmente no que diz respeito à fiscalização de direito fundamental social, como é o caso do direito fundamental à boa governança), a deliberação unilateral de outra instituição sobre a essencialidade do papel fiscalizador do Ministério Público desconsidera a essencialidade de sua atuação enquanto elemento de controle integrante da própria afirmação do direito fundamental correspondente. Além de menor importância ao caráter dialogal e democrático que o processo contemporâneo assume no sistema constitucional de 1988, eventual restrição unilateral da atuação fiscalizadora do Ministério Público em matéria de controle de práticas administrativas também assume ares de maior gravidade e (in)constitucionalidade, precisamente porque aponta ao núcleo elementar característico da própria afirmação do direito fundamental à boa governança (que se assenta sobre a noção de *accountability* e controle externo historicamente consolidado sobre a atuação ministerial no modelo brasileiro, como se viu).

Bem assim, a revisão da relevância e essencialidade da atuação ministerial como *custos iuris* em matéria de controle de atos da administração pública também constitui mais uma consequência destacada da admissão da posição historicamente acumulada sobre a enunciação do direito fundamental à boa governança, sem a qual o reclame por uma nova gestão pública mais adequada resulta claudicante, incompleto.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como sabido, a enunciação e a regulação de direitos sociais são insuficientes para sua concretização, que depende também de instrumentos que lhes assegurem efetividade na vida real, com instrumentos adequados para asseguramento correspondente.

Por um lado, os direitos sociais no mundo contemporâneo implicam uma noção renovada e mais ampla de boa governança, que abarca e supera a noção tradicional mais simples de boa administração financeira (caracterizada pelo exercício de um poder discricionário irracional, descompromissado com o sentido maior que a atividade administrativa assuma em relação à concretização daqueles direitos fundamentais). Por outro lado, sua concretização está vinculada de

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

modo indissociável ao controle externo, com amplo cabimento de sindicabilidade da atividade administrativa.

O ponto de relevo identificado e que se procurou explorar neste texto foi a relação intrínseca que existe entre o exercício do controle externo da boa governança e a posição historicamente consolidada no Brasil que foi reservada ao Ministério Público, acumulando múltiplas atribuições, em alguns aspectos de forma privativa, para o exercício de atividade fiscalizadora e sancionatória.

À medida que se reconhece o direito à boa governança como direito fundamental e a imprescindibilidade de controle externo como face indissociável de sua realização, conclui-se que, também, o controle pelo Ministério Público no ordenamento brasileiro se configura como componente histórico daquele, com sérias consequências, como a extensão do diálogo sobre o reclame constitucional de vedação ao retrocesso e o descabimento de restrições casuísticas à atuação ministerial por deliberação de outras instituições, à medida que o asseguramento de autonomia e independência implica atuação fundamentada do próprio Ministério Público, sob pena de debilidade do próprio exercício de controle externo ministerial e correspondente prejuízo a uma das bases elementares do direito fundamental assegurado.

## REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, André Del Grossi; BOLLOTTI, Joelson Júnior. Novos contornos da discricionariedade administrativa em soluções alternativas à judicialização de conflitos com ênfase na administração pública federal brasileira. In: ASSUMPÇÃO, André Del Grossi; GRECO, Patrícia Gasparro Sevilha (Org.). *Reflexões sobre uma nova Hermenêutica Constitucional: leis, valores e sociedade*. 1. ed. Maringá: Vox Littera, 2022. v. 1.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm) Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992*. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm) Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm) Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1973*. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm) Acesso em: 25 out. 2022.

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 167-186.**

BRASIL. *Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-Brasília](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-Brasília) (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: 2010/2007/Lei/L11448.htm#art2 Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. *Lei 14.230, 25 de outubro de 2021*. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2) Acesso em: 25 out. 2022.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. *Revista Argumenta*, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2013, v. 19, p. 103-123. In: [http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409/pdf\\_36](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409/pdf_36) Acesso em 25 de outubro de 2022.

COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controle financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Nomos: Revista do programa de Pós-graduação em Direito da UFC*. v. 35.1, jan./jun. 2015. p. 195-217. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 25 out. 2022.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

HOOD, Christopher. The “New Public Management” in the 1980s: variations on a theme. *Accounting Organizations and Society*, v. 20, n. 2/3 pp. 93-109, 1995. Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.464.4899&rep=rep1&type=pdf> Acesso em: 25 out. 2022.

ISMAIL FILHO, Salomão. A Importância da Atuação Preventiva do Ministério Público: Ombudsman em prol da boa Administração, no Combate à Improbidade Administrativa. *Revista do CNMP, Improbidade administrativa*, n. 5. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2015. p. 105-128. DOI: <https://doi.org/10.36662/revistadocnmp.i5.83> Acesso em: 25 out. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *História do Ministério Público no Brasil*. Ministério Público da União, sem data. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>. Acesso em: 25 out. 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle difuso e concreto de constitucionalidade na atualidade do Direito brasileiro: uma visão crítica. *Duc in Altum*, v. 14, n. 32, 2022, p 69-96. DOI: <https://doi.org/10.22293/2179507x.v14i32> Acesso em: 25 out. 2022.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. *O controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

**BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTIN, Valter Foletto; ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Controle externo pelo Ministério Público como componente essencial do direito fundamental à boa governança. *RJESMPS*, 22, 2022, P. 167-186.**

SANTIN, Valter Foletto. Vedação de nomeação para cargo de confiança de pessoa envolvida em improbidade administrativa. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 20 n. 122 Out. 2018/Jan. 2019 p. 647-668 650 <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1446>.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica. Estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol. 11, n. 20, jan-jul. 2019, p. 42-110. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18857/2/O\\_DIREITO\\_CONSTITUCIONALAMBIENTAL\\_BRASILEIRO\\_E\\_A\\_GOVERNANA\\_JUDICIAL\\_ECOLGICA\\_ESTUDO\\_LUZ\\_DA\\_JURISPRUDNCIA\\_DO.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18857/2/O_DIREITO_CONSTITUCIONALAMBIENTAL_BRASILEIRO_E_A_GOVERNANA_JUDICIAL_ECOLGICA_ESTUDO_LUZ_DA_JURISPRUDNCIA_DO.pdf). Acesso em: 25 out. 2022.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; TATIBANA, Caroline Akemi. Pandemia da Covid-19: os desafios para tutela dos direitos da pessoa idosa e ação civil pública como instrumento de efetivação. *Duc In Altum*, ISSN 2159-507X, v. 14, n. 32, 2022, p. 48-68. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1909/1798> Acesso em: 25 out. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão de julgamento. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7.042 e 7.043*. Requerente: Associação Nacional de Advogados Públicos Federais – ANAFE. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, datada de 31 de agosto de 2022. Publicada em 02 de setembro de 2022, no DJE n. 177 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635> Acesso em: 25 out. 2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A Atuação Fiscalizatória das Corregedorias do Ministério Público como instrumento de Avaliação de Políticas Públicas. Conselho Nacional do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: a atuação fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público*, volume III. Brasília: CNMP, 2017, p. 35-52. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3016645](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3016645) Acesso em: 25 out. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica. Estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol. 11, n. 20, jan-jul. 2019, p. 42-110. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18857/2/O\\_DIREITO\\_CONSTITUCIONALAMBIENTAL\\_BRASILEIRO\\_E\\_A\\_GOVERNANA\\_JUDICIAL\\_ECOLGICA\\_ESTUDO\\_LUZ\\_DA\\_JURISPRUDNCIA\\_DO.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18857/2/O_DIREITO_CONSTITUCIONALAMBIENTAL_BRASILEIRO_E_A_GOVERNANA_JUDICIAL_ECOLGICA_ESTUDO_LUZ_DA_JURISPRUDNCIA_DO.pdf). Acesso em: 25 out. 2022.

**Artigo recebido em: 08/02/2023**

**Artigo aceito em: 30/06/2023**

**INSTRUMENTOS PARTICIPATIVOS: ANÁLISE DE SEU USO  
EM PROCEDIMENTOS AMBIENTAIS DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO**

***PARTICIPATORY INSTRUMENTS: AN ANALYSIS OF THEIR  
USE IN ENVIRONMENTAL PROSECUTION PROCEDURES***

**Cátia Araujo Farias**

Doutora pela Universidade Federal de Viçosa. Professora Titular do Curso de Especialização em Perícia Judicial, Ambiental e Auditorias do Centro de Ciências Tecnológicas/UNIFESO - Teresópolis/RJ.

**Tatiana Vieira de Moraes**

Doutoranda em Ciências Ambientais na UFSCar. Mestre em Ciência Ambiental pela UFF.

**Maria Carolina Chaves de Sousa**

Doutoranda em Engenharia do Ambiente da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Ciências Ambientais pela UFPA.

**Edson Ricardo Saleme**

Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor permanente do Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Internacional na UNISANTOS.

**Roberta Montello Amaral**

Doutora em Engenharia de Produção pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Diretora da DPPE/Unifeso.

**Celso Maran de Oliveira**

Doutor em Ciências da Engenharia Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Departamento de Ciências Ambientais (DCAm), docente da Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR).

## RESUMO

O processo de internalização de temas ambientais relevantes à sociedade tem sido cada vez mais presente na legislação, exercendo o Ministério Público papel fundamental nesse processo. O envolvimento da população nos procedimentos de natureza ambiental garante o exercício de princípios de Direito Ambiental, como o da prevenção, além de contribuir sobremaneira na propositura de soluções adequadas à realidade local. O presente trabalho buscou analisar, a partir de respostas obtidas por meio de questionário *online* disponibilizado ao Ministério Público Federal e Estadual de São Paulo, as práticas do *Parquet* como agente facilitador na implementação de Democracia Participativa em procedimentos ambientais da instituição. Embora ainda priorizados os instrumentos participativos já formalizados pelo próprio *Parquet*, observa-se a oportunidade de prática democrática no curso dos procedimentos ministeriais, ensejando o envolvimento da coletividade na propositura de soluções e de práticas mais adequadas à realidade local.

**Palavras-chave:** Democracia Ambiental; Participação Popular; Ministério Público.

## ABSTRACT

The process of internalizing environmental issues that are relevant to society has been increasingly present in legislation, and the Public Prosecutor's Office plays a fundamental role in this process. The involvement of the population in environmental proceedings ensures the exercise of the principles of Environmental Law, such as prevention, in addition to contributing greatly to the proposition of appropriate solutions to the local reality. The present work sought to analyze, based on responses obtained through an online questionnaire made available to the Federal and State Public Prosecutor's Offices in São Paulo, the practices of the *Parquet* as a facilitating agent in the implementation of Participatory Democracy in environmental procedures of the institution. Although the participatory instruments already formalized by the *Parquet* itself are still prioritized, the opportunity for democratic practice is observed in the course of ministerial procedures, enabling the involvement of the community in proposing solutions and practices more appropriate to the local reality.

**Keywords:** Environmental Democracy; Popular participation; Prosecution Service.

## **1 INTRODUÇÃO**

O processo de internalização de temas ambientais relevantes para promoção da participação pública tem sido cada vez mais presente na legislação a fim de garantir o processo democrático indicado nos tratados internacionais relacionados à proteção do ambiente.

O Brasil, a partir da década de 1980, com o retorno da vigência das instituições democráticas formais básicas, presenciou ações da sociedade, que na época soube se articular para reivindicar medidas que acabassem com suas carências, como, por exemplo, a distribuição de bens públicos e a participação, porém em menores proporções, na formulação de políticas públicas (JACOBI, 2008). Essa ferramenta se mostrou de grande valia pela expansão da participação de minorias da sociedade que geralmente são excluídas do sistema formal (ALENCAR, 2013). Jacobi (2008) definiu que os objetivos da participação popular são:

[...] 1) promover iniciativas a partir de programas e campanhas especiais visando o desenvolvimento de objetivos de interesse coletivo; 2) reforçar o tecido associativo e ampliar a capacidade técnica e administrativa das associações, e 3) estimular a participação na definição de programas e projetos de interesse coletivo, nas suas diversas possibilidades.

A participação popular enseja certo nível de conhecimento do assunto tratado. É fundamental que se saiba previamente acerca dos elementos cruciais envolvidos em um processo participativo democrático, em que se garanta a todos uma participação ativa, em termos quantitativos e qualitativos. Aqui se refere à democracia participativa, que compreende mecanismos de controle e participação a serem efetivados pela sociedade em geral (três setores da sociedade), na discussão de políticas públicas.

Importante ainda sublinhar que o microsistema ambiental contido na Constituição Federal vigente e nas normas ambientais garante uma série de princípios que propiciam sua integração efetiva em diversos campos de aplicação (FIORILLO, 2019; MACHADO, 2020, MILARÉ, 2020; SILVEIRA, 2013; SIRVINSKAS, 2019).

O *caput* do artigo 225 da Carta Magna, ao designar o direito e a defesa do meio ambiente à coletividade, infere a necessidade de participação do cidadão para garantir o ambiente equilibrado (BRASIL, 1988; OLIVEIRA; BENINI; LAGARES, 2021) e a participação popular foi institucionalizada no Princípio 10, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992; BELLO; PAROLA, 2017).

Ainda em âmbito internacional, em 1998 foi assinada a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, comumente chamada de Convenção de Aarhus, que trata da efetivação do direito de

participação popular em sociedades democráticas; em 2018, o Brasil assinou o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe (ONU, 2018), nomeado Acordo de Escazú (ALBUQUERQUE; SOUSA; OLIVEIRA, 2022; PAROLA, 2020).

Mesmo com a assinalação de diversos documentos internacionais, o que significa a participação popular e qual o nível de atuação da coletividade nas atividades dos tomadores de decisão? Existem vários níveis de participação dos cidadãos nas tomadas de decisão, conforme apresenta Arnstein (1969), colacionados na tabela abaixo:

**Tabela 1:** Níveis de participação popular na tomada de decisões.

Nível de não participação	Manipulation (Manipulação)	Os cidadãos não participam. Permite que os detentores de poder "educem" ou "curem" os participantes.
	Therapy (Terapia)	
Graus de tokenismo	Informing (Informando)	Os cidadãos podem, de fato, ouvir e ser ouvidos. Mas, sob essas condições, eles não têm o poder de garantir que seus pontos de vista sejam atendidos pelos tomadores de decisão.
	Consultation (Consulta)	
	Placation (Apaziguamento)	
Graus de poder do cidadão	Partnership (Parceria)	permite que os cidadãos negociem e se envolvam em trocas com os tomadores de decisão.
	Delegated power (Poder delegado)	os cidadãos obtêm a maioria dos assentos de tomada de decisão, ou total poder gerencial.
	Citizen control (Controle do cidadão)	

Fonte: ARNSTEIN, 1969.

O Ministério Público (MP), como garantidor da ordem jurídica (BRASIL, 1988, artigo 127), deve assegurar a participação popular. Deve, outrossim, motivar a participação ativa da gestão pública, viabilizando o devido acesso à informação para que se elucidem todos os pontos necessários para amparar as decisões do Poder Público relacionadas ao desenvolvimento sustentável (OLIVEIRA *et al.*, 2016).

A participação popular, como pode ser observado na escala Arnstein (1969), não se esgota em consulta popular: ela deve viabilizar o acompanhamento e execução de projetos previamente examinados para que tudo esteja de acordo com o que foi aprovado e dentro dos

conformes autorizativos. Como a aprovação -ou não- pela população não é vinculante, o resultado da consulta não é óbice à realização de determinados projetos, desde que a autoridade venha a dar as justificativas cabíveis.

O Ministério Público exerce papel fundamental nesse processo participativo para que se cumpram as etapas legais e a fim de ser o agente facilitador de implementação de democracia participativa em procedimentos de natureza ambiental. A presença do *Parquet* garante não somente uma ingerência participativa, mas também o acompanhamento dos passos executórios do projeto e seus possíveis impactos.

O presente trabalho objetiva analisar as práticas do Ministério Público no estado de São Paulo (Federal e Estadual) como agente facilitador de implementação de democracia participativa em procedimentos ambientais presididos pelo *Parquet*. Com esse estudo, os autores visam a contribuir com informações para que o MP valorize e fortaleça os instrumentos participativos em assuntos de interesse comum da sociedade.

## **2 METODOLOGIA**

A pesquisa foi realizada junto ao MP, compreendendo o Ministério Público Federal (MPF) e Estadual de São Paulo (MPE). Foi elaborado um questionário diagnóstico com 25 questões, sendo cinco para respostas abertas e 20 de múltipla escolha ou escolha de uma única resposta. O questionário diagnóstico foi dividido em duas partes: a 1ª parte abrangeu a identificação profissional, contemplando tópicos relacionados à identificação profissional/lotação/tempo de atuação, de maneira a investigar o envolvimento destes nos procedimentos relacionados aos conflitos socioambientais existentes; e a 2ª parte teve foco nos procedimentos de natureza ambiental, na participação popular e na prática de ofício, atendendo aos objetivos da pesquisa propriamente dita.

O instrumento de registro do questionário foi por meio da plataforma institucional de questionários da Universidade Federal de São Carlos, tendo sido disponibilizado para preenchimento online por um período compreendido entre 10 de setembro de 2021 a 10 de outubro de 2021, no endereço eletrônico <<http://www.questionarios.ufscar.br/index.php/729637?lang=pt-BR>>. A divulgação e convite para participar da pesquisa foi por meio de ofício encaminhado aos órgãos representativos do MPE (Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente do MPSP) e MPF (4ª Câmara de Coordenação e Revisão - Meio Ambiente e Patrimônio Cultural) para que esses órgãos

repassassem aos seus membros. Participaram da pesquisa cerca de 50 promotores e procuradores, sendo que 20 responderam os questionamentos em sua totalidade.

Após o encerramento do prazo, as informações foram compiladas em planilhas do *Microsoft Excel* para confecção de gráficos a serem apresentados nos resultados. Para tanto, primeiramente, buscou-se a verificação das metodologias e técnicas existentes para o estudo estatístico dos dados alcançados em relação à coleta, análise documental, levantamento e organização dos dados apurados, seleção de amostras e definição das variáveis relevantes a serem avaliadas, de maneira a garantir análise dos objetivos pretendidos. Após essa análise, optou-se pelos métodos da estatística descritiva que garantiram a confecção de gráficos de setores e de barras, bem como medidas de síntese como porcentagens (HOEL, 1995; FREUND; SIMON, 2000; MAGALHÃES; LIMA, 2004; CRESPO, 2009).

Os gráficos são referentes a cada questão respondida e questões correlacionadas, no intuito de verificar uma semelhança ou correspondência possível entre o conhecimento da eficácia da adoção da metodologia participativa no âmbito de procedimentos ministeriais cujo objeto seja proteção e preservação do meio ambiente, bem como o *modus vivendi* e *operandi* dessa prática no trâmite destes procedimentos.

### **3 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

#### **3.1 Informações sobre respondentes totais e parciais**

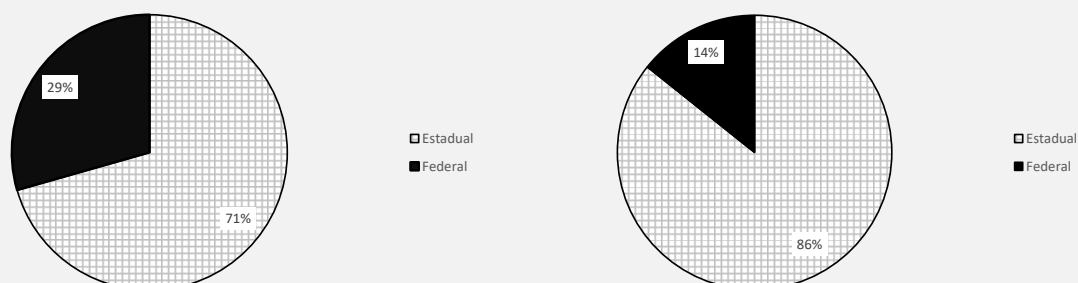
Em relação aos participantes, 41 profissionais do MP responderam o questionário, contudo, somente 20 desses responderam integralmente (ou seja, 49% dos participantes). Duas hipóteses podem responder a esse comportamento: O grande número de perguntas a serem respondidas, não sendo adequado ao tempo disponível dos participantes, e/ou a falta de interesse dos respondentes iniciais em finalizar o questionário.

#### **3.2 Sobre lotação profissional e atuação dos respondentes**

Em relação à lotação profissional e atuação junto ao MP, observou-se que a maior participação dos profissionais com atribuição ambiental encontra-se no MPE (71%) (Figura 1, esq.) e, se considerarmos apenas os que ingressaram no MP até o ano de 2000, 86% encontram-se lotados na esfera estadual (Figura 1, dir.). O número maior de promotores de justiça do MPE

demonstra um maior peso dessa representatividade junto aos estados da federação, conforme observado por Ribeiro (2017).

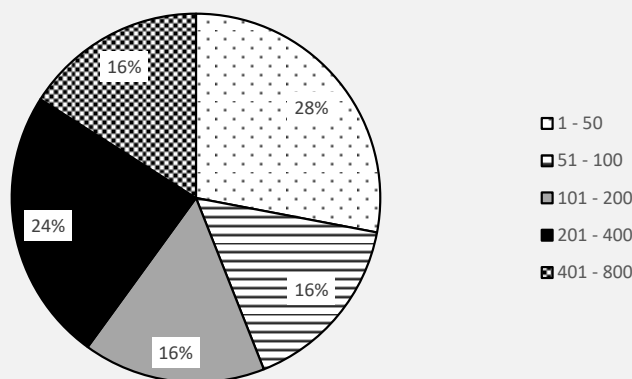
**Figura 1:** Lotação profissional dos respondentes (esq.) e dos respondentes com ingresso até o ano 2000 (dir.).



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

Acerca do número de procedimentos ambientais nos quais os respondentes atuam ou já atuaram nos últimos cinco anos (Figura 2), há um relativo equilíbrio nas respostas, mas com prevalência entre 1-50 (28%) e 201-400 (24%).

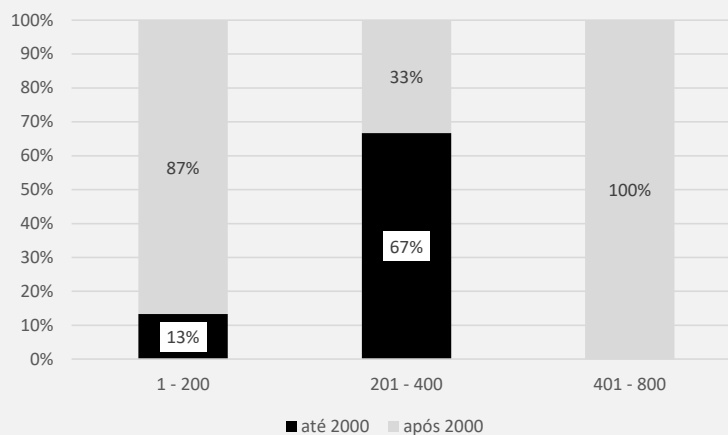
**Figura 2:** Número de procedimentos em que o respondente atuou/atua na área ambiental nos últimos 5 anos.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

Relacionando o número de procedimentos e o tempo de atuação do promotor/procurador (Figura 3), foi detectado que entre os profissionais que ingressaram no MP antes do ano 2000, o número de procedimentos em que atuaram nos últimos anos geralmente foi de 201 a 400 (67%), enquanto 100% das respostas relativas ao grupo entre 400-800 procedimentos ambientais foram de responsabilidade de profissionais que ingressaram após o ano 2000.

**Figura 3:** Número de Procedimentos em que atuou/atua na área ambiental nos últimos 5 anos por momento de ingresso no MP.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

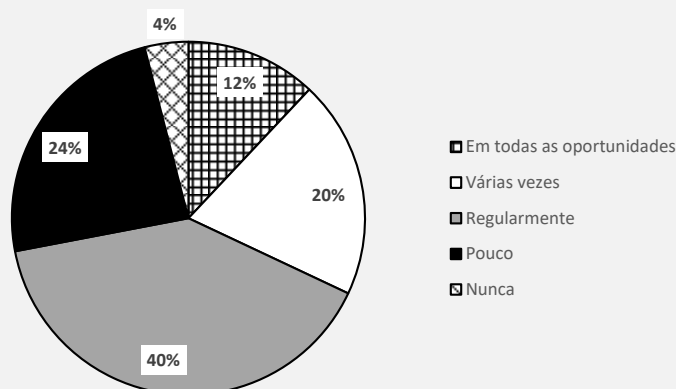
Em relação ao número de procedimentos em que os promotores atuaram na área ambiental nos últimos cinco anos, percebe-se o reflexo da difusão e aplicação da legislação ambiental, sobretudo a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL, 1985), que disciplina a Ação Civil Pública (ACP) por “danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, entre outros. Neste aspecto, é possível observar os reflexos e desdobramentos da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) e da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, como elemento instrucional para formulação e aplicação de regras de preservação e correção aos danos ambientais oriundos de atividades antrópicas (BRASIL, 1981a).

O aumento da instauração de procedimentos dedicados às questões de dano ambiental, seja qual for a natureza desse dano, pode estar relacionado à preocupação maior da comunidade em geral, influenciada pela trajetória histórica a partir da década de 1970, mais precisamente com a Declaração de Estocolmo em 1972, na busca pela conscientização do uso dos recursos naturais e da sobrevivência das espécies (FARIAS; COUTINHO, 2010; GOROSITO, 2017). Neste contexto, é de se esperar que os procedimentos de cunho ambiental sejam crescentes e que a participação do MP, como defensor “da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade”, promovendo a ACP, seja crescente igualmente (BRASIL, 1981b).

### 3.3 Sobre teoria e prática da participação popular

Em relação aos procedimentos ambientais, participação popular e de prática de ofício, observou-se que 40% dos promotores e procuradores do MP participantes têm interesse em envolver regularmente a população local nos procedimentos ambientais de sua atribuição, e 20%, em várias vezes. Apesar dos bons resultados apresentados, quase 25% dos participantes têm pouco interesse no envolvimento da população (Figura 4).

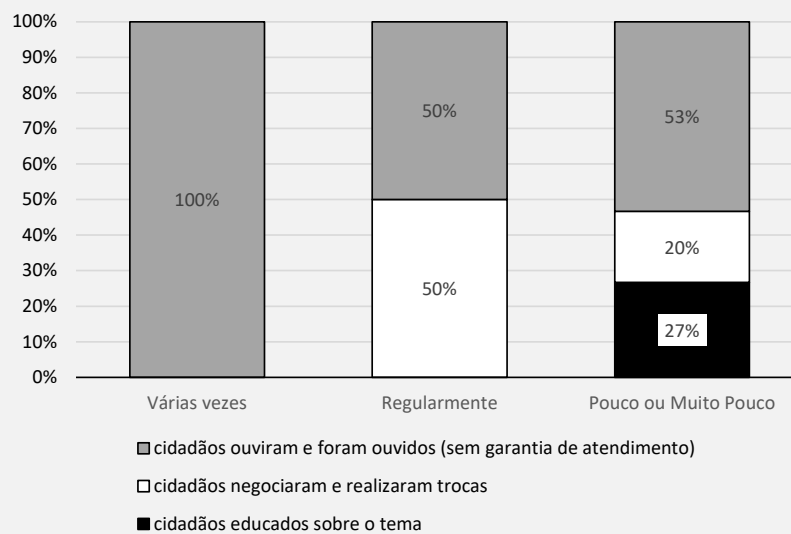
**Figura 4:** Nível de interesse do respondente ao envolvimento da população na tomada de decisão.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

Visando a compreender melhor as atividades realizadas pelos respondentes, foi questionado qual(is) a(s) experiência(s) de participação que o responsável já vivenciou. Pelo resultado apresentado na Figura 5, a experiência principal indicada pelos respondentes que intencionam envolvimento popular na tomada de decisão é a de oitiva da população, sem garantia de atendimento do pleito popular. Essa experiência indicada reflete o conhecimento dos respondentes sobre participação consultiva ou, sendo, dentro da escala de Arnstein (1969), uma etapa superior à participação em nível de não participação, que também foi apontada no questionário (“os cidadãos educados sobre o tema”) e assinalada apenas pelos respondentes com pouca ou muito pouca intenção de aplicar a participação popular (27%).

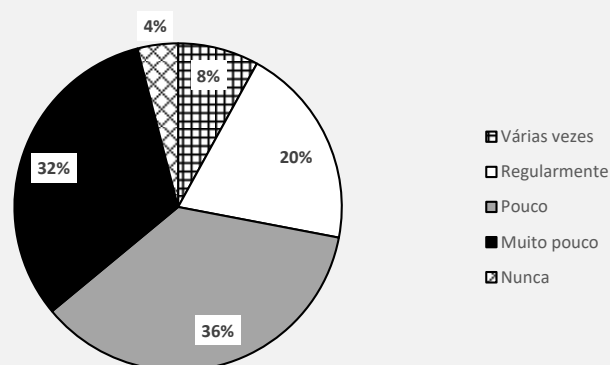
**Figura 5:** Experiência dos respondentes que têm interesse em práticas de participação popular.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

Apesar de apresentarem intenção na participação popular e de indicarem já terem realizado/participado de atividades relativas ao tema, isso não se reflete nas atividades práticas dos respondentes, pois foram poucos os que, em situações fáticas, envolveram a população, seja várias vezes (8%) ou regularmente (20%) (Figura 6).

**Figura 6:** Frequência do envolvimento da população dos procedimentos ambientais dos respondentes.

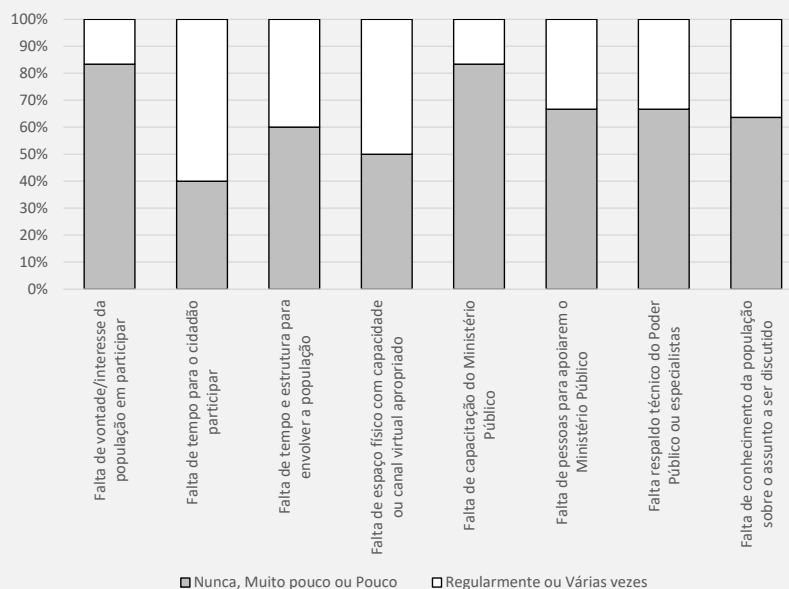


Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

Essa diferença entre a teoria e a prática existente pode estar relacionada à falta de vontade/interesse da população em participar; falta de capacitação do MP na ferramenta de gestão participativa como a falta de tempo e estrutura para envolver a população e,

consequentemente, a falta de conhecimento da população sobre o assunto a ser discutido (Figura 7).

**Figura 7:** Dificuldades para o envolvimento da população em relação ao Interesse de envolvimento da população local nos procedimentos ambientais.



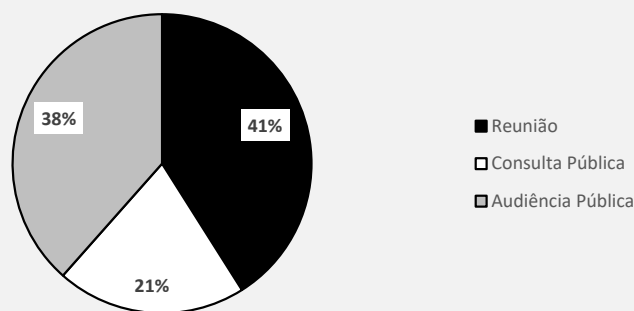
Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

Em relação à falta de interesse em participar dos assuntos públicos, nos canais abertos pelo Poder Público foi identificado também em pesquisa sobre a participação popular em audiências públicas para revisão de Plano Diretor participativo da cidade de São Carlos, onde houve comparecimento de 0,075% da população local (OLIVEIRA; ESPÍNDOLA; COLENCI, 2020).

### 3.4 Sobre o uso de instrumentos participativos e o momento possível de utilização

No que concerne à utilização de instrumentos participativos mais adequados pelo MP, 41% dos respondentes indicaram a reunião e 38% a audiência pública. A consulta pública foi indicada por 21% dos respondentes, ao passo que a conferência e outros tipos de instrumentos não foram apontadas pelos participantes (Figura 8).

**Figura 8:** Instrumentos participativos mais adequados pelo Ministério Público.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

A predileção pelas reuniões e audiências públicas pode ser explicada em razão de a Audiência Pública ser o único instrumento participativo formalizado na legislação que rege os procedimentos instaurados pelo MP. A Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) prevê expressamente a competência ministerial para promover audiências públicas (art. 27, parágrafo único, IV da Lei) (BRASIL, 1993).

No âmbito do MPE, é a Resolução nº 1.342, de 01/07/2021 (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2021) que disciplina sobre tais procedimentos, como a notícia de fato, o Inquérito Civil (IC), o procedimento preparatório, a expedição de recomendações, a celebração de compromissos de ajustamento de conduta e, ainda, sobre a realização de audiência pública. O artigo 4º da norma traz a definição das audiências públicas no âmbito do *Parquet* estadual de São Paulo:

As audiências públicas são instrumentos para coleta de provas, dados, informações ou esclarecimentos em inquérito civil, ou com a finalidade de zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública e social obedeçam aos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual e no ordenamento jurídico.

O parágrafo único do citado dispositivo esclarece que “a audiência pública será organizada e presidida pelo Ministério Público, precedida da publicidade devida”. O art. 59 da Resolução nº 1.342/2021 também define as Audiências Públicas:

Audiências públicas são reuniões organizadas e presididas pelo Ministério Público, abertas a qualquer do povo, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2021).

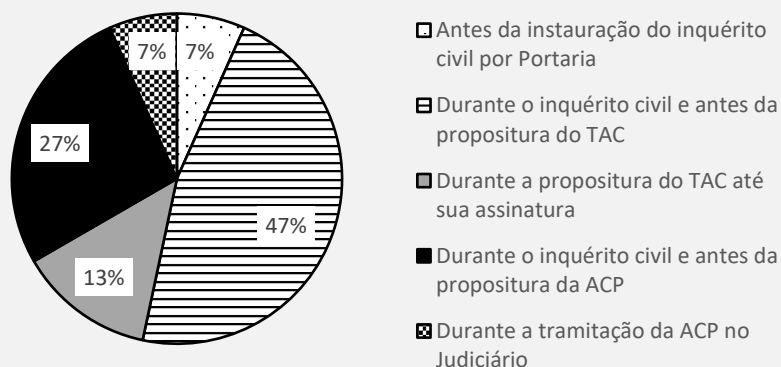
Na esfera do MPF, é a Resolução nº 87, de 06/04/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamenta a instauração de procedimentos pelo MPF e disciplina a realização de Audiências Públicas pelo *Parquet* Federal. O artigo 22 da Resolução estabelece os objetivos das Audiências Públicas promovidas pelo MPF:

Os órgãos de execução do Ministério Público, no âmbito do inquérito civil, poderão realizar audiências públicas, com a finalidade de defender a obediência, pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública e social, dos direitos e garantias constitucionais (CNMP, 2010).

Oliveira, Espíndola e Colenci (2020) destacaram esses dois instrumentos participativos (reuniões e audiências públicas) quando da investigação sobre a participação popular na cidade de São Carlos-SP, com a ocorrência de 33 reuniões e cinco audiências públicas no decorrer dos anos de 2015 e 2016.

Quanto ao momento possível para o uso dos instrumentos participativos, 47% dos respondentes indicaram o período de tramitação do IC e antes da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e 27% indicaram o período de tramitação do IC e antes do ajuizamento de ACP (Figura 9).

**Figura 9:** Momento dos procedimentos ambientais em que é possível a participação popular.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

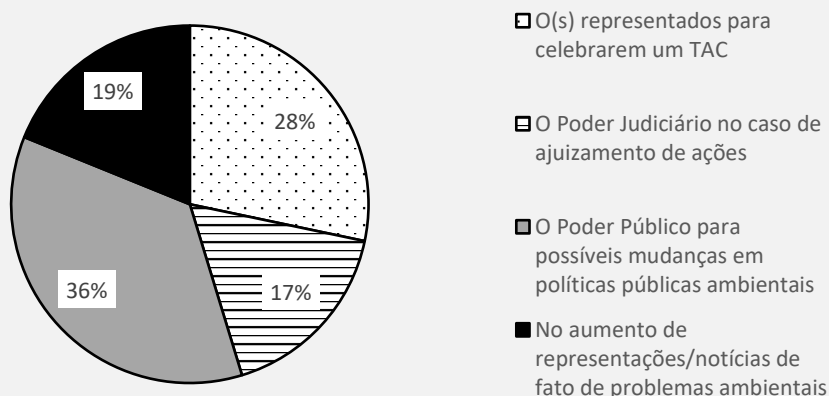
O IC tem natureza unilateral e facultativa e será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do MP, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais (artigo 1º, Resolução CNMP nº 23/07). Importante destacar que o IC que investiga questões de natureza ambiental se encerra em três principais situações (Resolução CNMP nº 23/07): arquivamento em razão da resolução da questão durante o trâmite das investigações; com a celebração e homologação de TAC; e com o ajuizamento de uma ACP.

O acompanhamento dos TACs e das ACPs é realizado em Procedimento Administrativo (PA) próprio, no qual é possível a realização de diligências, mas sem a natureza inquisitorial do IC. No âmbito do MPE, os PAs são disciplinados pela Resolução nº 934/15-PGJ-CPJ-CGMP, de 15 de outubro de 2015 (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015). Já no MPF, os

procedimentos administrativos são regidos pela Resolução nº 174, de 04 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2017).

Para os respondentes, essa influência da participação popular na tomada de decisão, a partir do uso de metodologia participativa, pode ocorrer em dois instrumentos representativos do direito democrático: para realização de mudança e proposituras de políticas públicas ambientais (36% das escolhas) e de obrigação de fazer a partir da celebração de TAC (28% das escolhas), seja qual for a modalidade, instrumento este imputado ao agente causador de danos (Figura 10).

**Figura 10:** Instrumentos influenciados pela participação popular.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

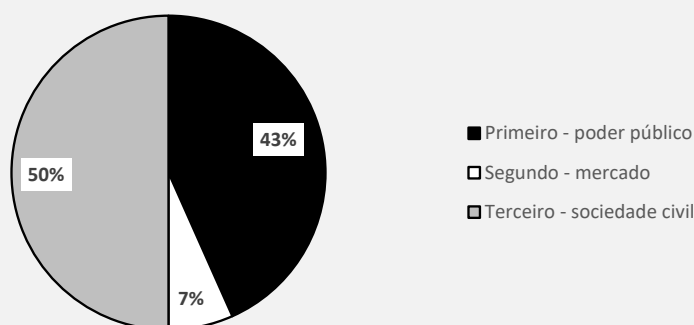
Dentre as justificativas instrumentais encontradas na bibliografia para a formulação de políticas públicas por meio da participação popular, esta se apresenta como ferramenta para melhorar a confiança nas instituições (ROWE; FREWER, 2000; ALBELSON *et al.*, 2003; LEIGHNINGER, 2010); pode contribuir para alavancar recursos por meio da criação de oportunidades para encontrar parceiros na busca pela implantação de soluções políticas (FOLEY; MARTIN, 2000); auxilia na resolução dos problemas complexos ou perversos que devem ser resolvidos pelos administradores públicos, como mudanças climáticas, conservação de energia e governança sobre a água (FUNG, 2006; BOURGON, 2007; EVANS, 2013).

### **3.5 Sobre o nível do envolvimento participativo**

Uma cidade se torna democrática e sustentável (BRASIL, 1988; BRASIL, 2001) pela participação popular efetiva, criando arranjos institucionais capazes de oferecer oportunidade

de dar voz para todos. Para os respondentes, o terceiro setor (sociedade civil) e o primeiro setor (Poder Público) foram apontados, massivamente, como os mais propensos a participar, para 50% e 43% dos participantes, respectivamente (Figura 11). Esse resultado reflete a realidade das atividades dos respondentes em que, a partir de situações já ocorridas, perceberam a majoritária participação desses atores.

**Figura 11:** Setores da sociedade que os respondentes consideram mais propensos à participação.

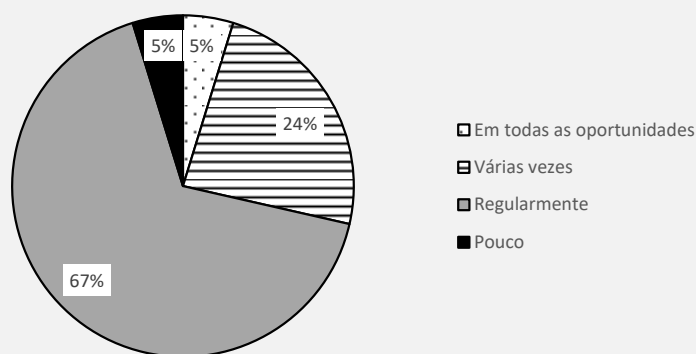


Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

O terceiro setor tem aumentado cada vez mais sua participação na discussão dos assuntos de interesse geral da sociedade, atuando com verdadeiro parceiro do primeiro setor (SANTOS; OLIVEIRA; ROCHA, 2013). Esses resultados confirmam os dados levantados na cidade de São Carlos no decorrer da revisão de seu Plano Diretor, onde terceiro setor superou os demais setores em quatro das cinco audiências públicas realizadas no decorrer do ano de 2016, seguido de perto pelo primeiro setor, tendo tido este maioria em uma das cinco audiências públicas (OLIVEIRA; ESPÍNDOLA; COLENCI, 2020)

Em relação à manifestação popular na tomada de decisão, 67% entendem que é possível, regularmente, considerar as manifestações da população na tomada de decisão, enquanto 24% são mais otimistas em considerar várias vezes as manifestações. Isso é um bom indicador da recepção das manifestações populares pelo *Parquet* como ente representativo do interesse público (Figura 12).

**Figura 12:** Nível de consideração das manifestações da população na tomada de decisão.



Fonte: Dados de pesquisa, 2022.

Com o apuramento das respostas extraídas dos questionários, percebe-se que os respondentes conhecem a importância das metodologias participativas em suas atuações e que é importante trazer a população ao debate das questões ambientais de suas competências. Para se evitar riscos e limitações à participação social, como aponta MILANI (2008, p. 569-571), faz-se necessário assegurar (i) “mecanismos institucionais que garantam as regras contínuas do fazer políticas públicas no âmbito local”; (ii) concretização dos resultados e continuidade das políticas públicas propostas; e (iii) que não haja burocratização do processo de participação, fazendo com que “ a participação conduza a uma reinterpretação do sentido das políticas públicas locais, subvertendo as relações tradicionais entre os atores e abrindo espaços para que novos atores tenham voz”.

Aspecto relevante para a concretização da participação social de fato é o empoderamento dos envolvidos no processo decisório, como destaca Kleba e Wendausen (2009), ao afirmarem que o “empoderamento implica em não infantilizar as pessoas ou tratá-las como cidadãos com direitos que devem ser defendidos por um agente externo, mas tratá-las como pessoas capazes de resolver seus problemas paradoxais e multifacetados”. Segundo Evans (2013, p. 19) na era da governança “o envolvimento do cidadão em formulação e execução de políticas públicas tem se tornado crucial para o progresso social”.

#### 4 CONCLUSÃO

A inclusão da participação popular pelo MP em procedimentos que versem sobre temas ambientais relevantes para a sociedade corresponde a uma prática de Democracia Participativa. O MP, ao dispor dessa metodologia participativa, garante a instrumentalização da

população sobre a necessidade de se apropriar dos conceitos e ações ambientais relevantes locais/regionais a partir do debate e a busca de soluções quanto a impactos socioambientais e da promoção de qualidade de vida.

A contribuição participativa da sociedade para a tomada de decisões na tramitação dos procedimentos ministeriais, sobretudo no delineamento dos mecanismos compensatórios e/ou corretivos, propicia a prevenção de danos ao ambiente e potencializa as soluções mitigadoras, corretivas e compensatórias quando já da ocorrência dos danos. Além disso, a participação social fomenta práticas de educação ambiental junto à comunidade envolvida.

Embora ainda priorizados os instrumentos participativos já formalizados pelo próprio *Parquet*, observa-se a oportunidade de prática democrática no curso dos procedimentos ministeriais, ensejando o envolvimento da coletividade na propositura de soluções e de práticas mais adequadas à realidade local.

Atualmente, o desafio maior não é mais a democracia formal representativa, mas garantir o envolvimento político efetivo da comunidade por meio da democracia participativa, que demanda uma adequação de métodos.

## **REFERÊNCIAS**

ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. *Journal of the American Planning Association*, v. 35, n. 4, p. 216-224, 1969.

BELLO, Enzo; PAROLA, Giulia. Os direitos de acessos em matéria ambiental e sua efetividade: o meio ambiental digital no futuro acordo regional sobre o princípio 10. *Espaço jurídico*, v. 18, n. 3, p. 617-636, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981a*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set.1981. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 ago.1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

**FARIAS, Cátia Araujo *et al.* Instrumentos participativos: análise de seu uso em procedimentos ambientais do Ministério Público. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 187-205.**

BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 fev.1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981b*. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 dez.1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

CNMP (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). *Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007*. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resoluo-0232.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

CNMP (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). *Resolução nº 87, de 06 de abril de 2010*. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Inquérito Civil. Diário Oficial da União, Brasília, p. 09, 06 maio 2010.

CNMP (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). *Resolução nº 174, de 04 de julho de 2017*. Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. Diário Eletrônico do CNMP, Brasília, edição nº 136, p. 03-05, 21 jul. 2017.

CRESPO, Antônio Arnot. *Estatística Fácil*. 19. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Declaração do Rio de Janeiro. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Estudos Avançados, v. 6, n. 15, p. 153-159, 1992.

EVANS, Mark. Participação social: lições aprendidas da Europa. In: ANTERO, Samuel; A.; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (Org.). *Participação Social: textos para discussão*. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais - IFCI; Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento - AECID; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG; e Editora IABS, Brasília-DF, Brasil, p. 11-115, 2013.

FARIAS, Talen; COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega. *Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 2019.

FREUND, John E.; SIMON, Gary A. *Estatística aplicada*. 9. ed. Porto Alegre: Bookman, 2000.

**FARIAS, Cátia Araujo *et al.* Instrumentos participativos: análise de seu uso em procedimentos ambientais do Ministério Público. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 187-205.**

GOROSITO ZULUAGA, Ricardo. Los principios del Derecho ambiental. *Revista de Derecho*, [S. l.], n. 16, p. 101-136, 2017. DOI: 10.22235/rd.v2i16.1471. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1471>. Acesso em: 17 jun. 2022.

HOEL, Paul G. *Estatística Matemática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara dois, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros. 2020.

MAGALHÃES, Marcos Nascimento; LIMA, Antonio Carlos Pedroso de. *Noções de Probabilidade e Estatística*. 6. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução nº 934/15-PGJ-CPJ-CGMP, de 15 de outubro de 2015*. Disciplina o procedimento administrativo de fiscalização e o procedimento administrativo de acompanhamento. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 125, n. 193, p. 71, 16 out. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução nº 1.342, de 1º de julho de 2021*. Disciplina a notícia de fato, o inquérito civil, o procedimento preparatório, a expedição de recomendações, a realização de audiência pública, a celebração de compromissos de ajustamento de conduta e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 131, n. 127, p. 67-70, 02 jul. 2021.

OLIVEIRA, Celso Maran de; BENINI, Sandra Medina; LAGARES, Laura Augusta da Silva (Org.). *Democracia Ambiental*. Tupã: ANAP, 2021.

OLIVEIRA, Celso Maran de; ESPÍNDOLA, Isabela Battistello; COLENCI, Pedro Luciano (Org.). *Democracia representativa: processo legislativo de revisão do Plano Diretor*. São Carlos: UFSCar/CPOI, 2020.

OLIVEIRA, Celso Maran de; LOPES, D.M.J.; COLENCI, Pedro Luciano; SOUSA, Isabel Cristina Nunes de. *Democracia participativa no direito urbanístico*. EdUFSCar: São Carlos. 2016.

PAROLA, Giulia. O acordo de Escazu 2018: as novidades introduzidas pelo acordo, rumo a uma democracia ambiental na América Latina e no Caribe e o impacto da Covid-19 no processo de ratificação. *Culturas jurídicas e políticas públicas: vulnerabilidade social e ambiente natural/urbano*, v. 7, n. 16, 255-287, 2020.

SANTOS, Luis Miguel Luzio dos; OLIVEIRA, Bernardo Carlos Spaulonci Chiachia Matos de.; ROCHA, Jean Carlos Mendes da. O perfil do terceiro setor na cidade de Londrina: mapeando as organizações do terceiro setor. *Interações*, Campo Grande, v. 14, n. 1, p. 37-51, jun. 2013. Disponível em: [http://old.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-70122013000100004&lng=pt&nrm=iso](http://old.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-70122013000100004&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 17 jun. 2022. <https://doi.org/10.1590/S1518-70122013000100004>.

**FARIAS, Cátia Araujo *et al.* Instrumentos participativos: análise de seu uso em procedimentos ambientais do Ministério Público. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 187-205.**

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Princípios do direito ambiental: articulações teóricas e aplicações práticas*. Caxias do Sul: Educs, 2013.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

**Artigo recebido em: 08/09/2022**

**Artigo aceito em: 21/06/2023**