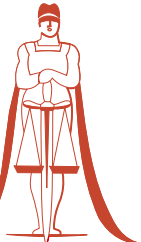


ISSN 2764-7315

JUSTITIA



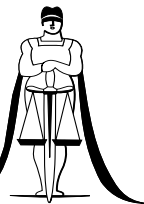
Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

218 jan./jun. 2022

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretor

Renato Kim Barbosa

Conselho de Administração

Antonio Luiz Benedan
Beatriz Lopes de Oliveira
Marcos Stefani
Rafael de Oliveira e Costa
Renato Kim Barbosa

Conselho Editorial

António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho (*in memoriam*)
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari (*in memoriam*)
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)

Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Coordenação-Geral

Arthur Meibak de Oliveira

Revisão de Textos e Tradução

Arthur Meibak de Oliveira

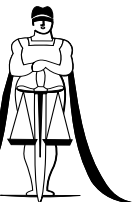
Editores Eletrônica

Marcelo Soares

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA JUSTITIA
Rua Senador Feijó, 170 – 2º andar, sala 203 – Centro
CEP.: 01006-020 – São Paulo – Brasil
Tels.: (55) 11-3116-0807/0808/0809
E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

ISSN 2764-7315

Justitia	São Paulo	ano 83	v. 218	2022	jan./jun. 2022	p. 1-320
----------	-----------	--------	--------	------	----------------	----------

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral
de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - .

Semestral

ISSN 2764-7315

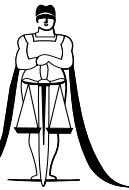
1939 – 2021 (1 – 217)

2022 (218,

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente
Paulo Penteado Teixeira Junior

JUSTITIA

Diretor
Renato Kim Barbosa

Conselho de Administração

Antonio Luiz Benedan
Beatriz Lopes de Oliveira
Marcos Stefani
Rafael de Oliveira e Costa
Renato Kim Barbosa

Conselho Editorial

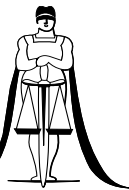
António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho (*in memoriam*)
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari (*in memoriam*)
Dirceu de Mello (*in memoriam*)
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)

Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo

Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2022

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico
Wallace Paiva Martins Júnior

Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Cíveis e de Tutela Coletiva
Vidal Serrano Nunes Júnior

Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais
José Carlos Cosenzo

Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça
Fernando Pereira da Silva

Secretário Executivo da Procuradoria-Geral de Justiça
Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Corregedor-Geral
Motauri Ciocchetti de Souza

Vice-Corregedora-Geral
Liliana Mercadante Mortari

Diretor-Geral
Michel Betenjane Romano

Ouvidor
Gilberto Nonaka

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Composição – 2022

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Corregedor-Geral

Motauri Ciocchetti de Souza

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Antonio Calil Filho

Antonio Carlos da Ponte

João Machado de Araújo Neto

José Carlos Mascari Bonilha

Jurandir Norberto Marçura

Marco Antônio Ferreira Lima

Pedro de Jesus Juliotti

Saad Mazloum

Tatiana Viggiani Bicudo (Secretária)

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Composição – 2022

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Corregedor-Geral

Motauri Ciocchetti de Souza

Membros Natos

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Machado de Araújo Neto

Oscar Mellim Filho

Sérgio Neves Coelho

Jurandir Norberto Marçura

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Plínio Antonio Brito Gentil

Paulo Afonso Garrido de Paula

Pedro Falabella Tavares de Lima

Marcílio Grecco

Perseu Gentil Negrão

Carlos Fernandes Sandrin

Maria do Carmo Ponchon da Silva Purcini

Rosa Aschenbrenner Consales

Membros Eleitos

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Mônica de Barros Marcondes Desinano

Hamilton Alonso Junior

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida

Sebastião Silvio de Brito

Delton Esteves Pastore

José Carlos Cosenzo

Roberto Livianu

Walter Tebet Filho

Wallace Paiva Martins Júnior

David Cury Júnior

Nelson Gonzaga de Oliveira

Tiago Cintra Zarif

Aparecida Maria Valadares da Costa

Renato Eugênio de Freitas Peres

Marcelo Rovere

Ricardo Barbosa Alves

Vânia Ferarri Tropia Padilla

Maria Cristina Barreira de Oliveira

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2022

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

1º vice-presidente

Gabriel Bittencourt Perez

2º vice-presidente

Eduardo Marcelo Mistrorigo de Freitas

3º vice-presidente

Marcelo Luiz Barone

1º secretário

Pedro Eduardo de Camargo Elias

2ª secretária

Dalva Teresa da Silva

1ª tesoureira

Fabiola Moran

2º tesoureiro

Marcelo Dawalibi

Diretor de prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Junior

Diretora de relações públicas

Valéria Maiolini

Diretor de patrimônio

Ruymar de Lima Nucci

Diretora de aposentados e pensionistas

Marilisa Germano Bortolin

Diretora de acompanhamento legislativo

Tereza Cristina Maldonado K. Exner

Diretor acadêmico

Rafael de Oliveira Costa

Diretor de segurança

Gabriel Cesar Zaccaria De Inellas

Diretora de turismo

Marianí Atchabahian

Diretor de previdência

Marcelo Rovere

Diretor de esportes

Marcelo Orlando Mendes

Diretora da mulher

Flávia Flores Rigolo

Diretor de saúde

Francisco Ruiz Calejon

EDITORIAL

Prezado Leitor,

Com satisfação, apresentamos a edição do volume n. 218 da *Revista Justitia*, referente ao primeiro semestre de 2022.

Nossa maior preocupação tem sido elevar a classificação da *Justitia* junto ao Qualis/CAPES, que é um importante sistema brasileiro de avaliação de periódicos, cuja finalidade é classificar os veículos utilizados para a divulgação da produção intelectual em âmbito nacional e internacional.

Algumas modificações têm sido necessárias para promover a retomada da importância histórica atribuída à Revista. Entre elas, mencionam-se a regularização em sua periodicidade, a sua presença em bases de indexação e o respeito a um percentual de exogenia, considerando-se o critério geográfico, acerca da filiação universitária dos autores de artigos para publicação na *Justitia*.

As medidas em curso nos permitem a disponibilização de mais uma fonte de produção científica não apenas para os Membros do Ministério Público de São Paulo e seus colaboradores, mas também para a comunidade engajada no aprimoramento do saber jurídico.

Nesta edição, envidamos esforços para dar continuidade à tradição quase centenária conferida à *Justitia*, apresentando trabalhos que fomentem o debate a respeito de temas atuais, caros à constante evolução pela qual o mundo passa, hodiernamente. O propósito da Revista é, portanto, consubstanciar um legado que auxilie no enfrentamento dos desafios que se apresentam tanto para a classe jurídica quanto para os cidadãos em geral.

Boa leitura!

Renato Kim Barbosa
Promotor de Justiça
Diretor da *Revista Justitia*

SUMÁRIO / CONTENTS

CRIMINAL / CRIMINAL

A Tipicidade Penal do “Funcionário Fantasma”

The Criminal Typicality of the “Ghost Public Employee”

Robson Alves RIBEIRO 12

A Tipificação do Crime de Stalking – Lei 14.132/21 – Artigo 147-A, do CP: As Condutas e as Abordagens Sociopsicológicas do Agente Infrator que Configuram e Tipificam o Fenômeno do Crime de Stalking

*The Behavior and Socio-Psychological Approaches of the Offending Agent
That Configure and Typify the Phenomenon of the Crime of Stalking*

Natália da SILVA 46

Aplicação do Princípio da Proporcionalidade aos Crimes de Lesão Corporal Culposa de Trânsito e Lesão Corporal Dolosa Leve

*Application of the Principle of Proportionality to Criminal Bodily Injury in
Traffic and Misdemeanor Bodily Injury*

Nilton Souza Carvalho JUNIOR 82

O Direito à Educação no Brasil: A Aplicação das Normas Constitucionais de Maneira Eficaz e a Prevenção da Criminalidade

*The Right to Education in Brazil: Applying Constitutional Norms Effectively
and Preventing Criminality*

Ana Gabriela Figueiredo GARCIA 96

Razões Para Abolir o Assistente da Acusação

Reasons to Abolish the Prosecution Assistant

Nadir MAZLOUM 110

CÍVEL, DIFUSOS E COLETIVOS / CIVIL LAW, DIFFUSE AND COLECTIVE RIGHTS

A Adoção Tardia e a Necessidade de Incentivos Governamentais

Late Adoption and the Need for Government Inducements

Ary César HERNANDEZ e Bianca Trevisan de JESUS 130

Negociação Coletiva com a Reforma Trabalhista Versus a Convenção 98 da OIT: Novos Paradigmas em Questão

Collective Bargaining Taking the Labor Reform Versus Ilo Convention 98 Into Account: New Paradigms in Question

Igor Adriano Trinta MARQUES 153

O Dano Moral Coletivo E Os Princípios De Regência Da Administração Pública – Uma Necessária Releitura

Collective Moral Damage and The Governing Principles of Public Administration - A Necessary Re-Reading

Leonardo Bellini de CASTRO 165

O Preço Vil nas Arrematações Falimentares

The Vile Price in Bankruptcy Sales

Marcelo Ferreira de Souza NETTO 178

Reflexões Sobre A “Cidadania Evolutiva” e o Estado Democrático de Direito na Atualidade

Reflections on “Evolutionary Citizenship” and the Democratic State of Law Nowadays

Fernanda Pereira AMARO 200

Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (Narrowing dos Precedentes em Relação ao Termo Inicial dos Juros na Reparação do Dano Extrapatrimonial)

Rereading of Precedent 54 of the Superior Court of Justice

(Narrowing of the Precedents in Relation to the Initial Term of Interest in the Repair of Off-Balance Sheet Damage)

Cássio Benvenuto de CASTRO 227

DOCTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO / THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE DOCTRINE

A ‘Humanização’ Aplicada ao Planejamento Estratégico do Ministério Público – Atenção à Cidadania

Humanization Applied to the Strategic Planning of Public Prosecutor's Office - Attention to Citizenship

Newton Augusto Albuquerque CHIANCA 260

FILOSOFIA DO DIREITO / PHILOSOPHY OF LAW

Se Não Houver Limites no Poder, Acabaremos Todos Tiranos: O Poder em Maquiavel e Seu Exercício em Comparativo Com a Modernidade

If There Are Not Limits on Power, We Will All End Up Tyrants: Power in Machiavelli and Its Exercise in Comparison with Modernity

Gilson Bomfim Candeias dos SANTOS 277

Uma Abordagem a Respeito da Ideia de Justiça do Período Socrático Nas Obras Édipo Rei e Antígona de Sófocles

If There Are Not Limits on Power, We Will All End Up Tyrants: Power in Machiavelli and Its Exercise in Comparison with Modernity

Gilson Bomfim Candeias dos SANTOS 302

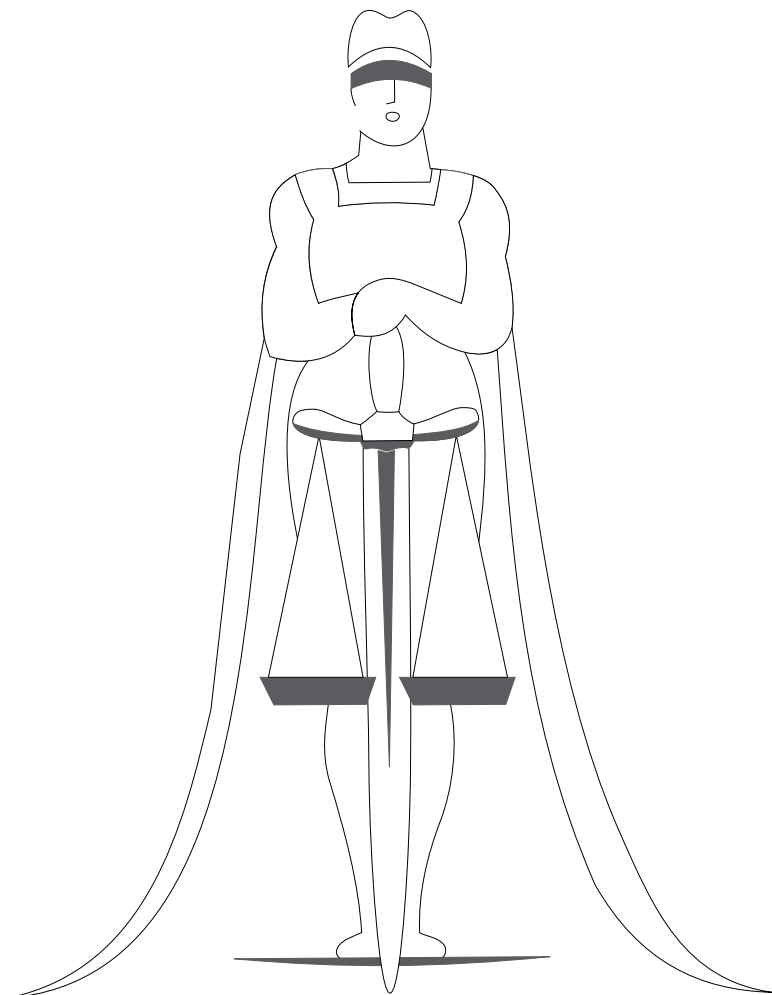
ÍNDICE DE ASSUNTOS 315

***SUBJECT INDEX* 317**

ÍNDICE DE AUTORES/AUTHORS INDEX 319

CRIMINAL

CRIMINAL



A Tipicidade Penal do “Funcionário Fantasma”

THE CRIMINAL TYPICALITY OF THE “GHOST PUBLIC EMPLOYEE”

Robson Alves RIBEIRO¹

• RESUMO

O presente artigo estuda a tutela penal do patrimônio público e da moralidade administrativa, enquanto bens jurídicos difusos objetos de tutela criminal. Neste contexto, a situação concreta que se propõe discutir e solucionar é a do servidor público, em algumas hipóteses fáticas mais recorrentes dos chamados popularmente de “funcionários fantasmas”, quanto à tipicidade penal destas condutas, em relação aos dois sujeitos, o nomeante e o nomeado, bem como, em caso positivo, aferir qual a figura típica adequada na legislação vigente. Pelas razões expostas no trabalho, conclui-se se cuidar, ao menos em relação aos casos hipotéticos aqui aventados, de subsunção à figura do peculato-desvio, previsto no artigo 312, *caput*, parte final, do Código Penal brasileiro.

• PALAVRAS-CHAVE

Crimes contra a Administração; Funcionário fantasma; Tipicidade; Peculato; Desvio.

• ABSTRACT

This article studies the criminal protection of public property and administrative morality, as diffuse legal goods that are objects of criminal protection. In this context, the concrete situation that we propose to discuss, and resolve, is that of the public servant, in some of the more recurrent hypotheses popularly known as “phantom employees”, as to the criminal typicity of such conduct, in relation to the two subjects, the nominator and the nominee, as well as, in the affirmative, to determine which is the appropriate typical figure in the legislation in force. For the reasons set out in this

¹ Promotor de Justiça do MPSP. Mestrando em Direito Processual Civil pela USP (2019-2022). Especialista em Direito Penal pela ESMP (2020). Professor universitário e dos cursos da Pós-Graduação da ESMP. Palestrante. Autor de livros e artigos jurídicos.

paper, we conclude that, at least in relation to the hypothetical cases presented here, it is a question of subsumption of the figure of embezzlement, provided for in article 312, caput, final part, of the Brazilian Penal Code.

• **KEYWORDS**

Crimes against the Public Administration; Ghost public employee; Typicality; Peculation; Embezzlement.

INTRODUÇÃO

Não é desconhecida do cotidiano jurídico, em especial, dos operadores do Direito atuantes nos fóruns, e até mesmo das pessoas em geral, a existência de “funcionários fantasmas”, espelhados pelos mais diversos órgãos públicos brasileiros, nas várias esferas federativas e poderes do Estado, consoante se depreende dos noticiários, inclusive com ligeira frequência.

Em intuitiva definição, são sujeitos que, conscientemente ou não, atuam como servidores de um órgão público e deixam de prestar sua jornada de trabalho, parcial ou integralmente, percebendo, contudo, a despeito do inadimplemento laboral, seus vencimentos, pagos pela Administração, os quais são apropriados por eles ou por terceiros.

É indubitável que a prática em testilha lesa o erário da entidade pagadora e conta, de um modo ou de outro, com a participação de servidores integrantes do órgão público, estes, em algum momento e de certa maneira, conscientes de que a jornada de trabalho não é cumprida e, conquanto não se tenha o ganho da mão-de-obra para o Poder Público, paga-se um montante em dinheiro ao “funcionário fantasma” ou a alguém em seu nome.

Assim, o pagamento integral ou parcial dos vencimentos, mas acima do devido em relação às horas trabalhadas, configura dano ao patrimônio público e, na esteira, ilícito civil, pois comprometedor da probidade administrativa. E, na mesma linha, em havendo a ciência do servidor faltante, gera reflexos a serem sancionados na esfera administrativa.

O propósito deste trabalho, porém, é aferir, a partir de uma análise da dogmática legislativa penal e de construções doutrinárias sobre o tema, sem prejuízo de alguma incursão na jurisprudência, quando pertinente, se existe uma tipicidade criminal em casos desta natureza, investigando se, à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente, os sujeitos ativos da conduta – os responsáveis pelo pagamento e percepção de valores a quem não realiza esmerada e regularmente sua jornada de trabalho pactuada com a Administra-

ção – cometem algum crime e, em caso positivo, em qual norma incriminadora estão eles incorrendo.

1. “FUNCIONÁRIOS FANTASMAS” – HIPÓTESES FÁTICAS

Na toada da proposição acima, serão abordadas algumas das hipóteses mais recorrentes da famigerada utilização de funcionários fantasmas na rotina diária das Administrações brasileiras e como isto tem enquadramento na dogmática penal em vigor.

Com efeito, o potencial dos maus gestores de criar, maquiar e reciclar velhas e novas técnicas de corrupção e malversação dos recursos públicos, e sobretudo do erário, não é algo que possa ser desprezado².

Assim, intentar esgotar o estudo de uma infinidade de práticas, amplamente empregadas e difundas, sob inumeráveis formas de corrupção³ no cotidiano brasileiro, em seus aspectos essenciais, suas variantes e pormenores, renderia certamente incontáveis páginas, fugindo dos objetivos e das limitações do presente trabalho.

O que aqui se quer, como recorte temático, é identificar algumas práticas mais reiteradas e emblemáticas dessas figuras popularmente chamadas de funcionários fantasmas e suas implicações penais. São trazidas à baila, en-

² Neste sentido, lembra BETTI que a corrupção, num sentido lato, é fenômeno inerente ao surgimento da humanidade, mas se alastrou no Brasil, precipuamente depois da década de 1980, quando ganhou corpo e difusão em várias Administrações Públicas, gerando graves repercussões à população e à ordem econômico-social, quase sempre acompanhadas de uma correlata impunidade (Lei n. 8.429/92. Dos crimes de corrupção e suas consequências. In *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 7, 2000, p.107-8).

³ Numa obra bem abrangente sobre o tema, FAZZIO JR, sintetiza a corrupção como uma disfunção pública, em apertada síntese, a antítese da função pública. Esta, é a tarefa do agente público, executando atividades em conformidade com o ordenamento jurídico, tendo como finalidade a consecução do interesse público. O poder do agente encontra lastro no seu dever de agir em prol da coletividade. A corrupção, como um desvio doloso destes poderes do agente, se mostra uma “deformação concreta de um poder abstrato, consistente na busca de uma finalidade estranha a que o legitima”. Justamente por isso, por se fundar num comportamento doloso, revelador de má-fé, é que as condutas, grosso modo, chamadas de corrupção, se mostram relevantes ao Direito Penal (*Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002, p.15-23).

tão, duas hipóteses mais corriqueiras⁴ envolvendo este tipo de desvirtuamento administrativo, a saber:

A primeira, aquela em que o agente nomeante indica um servidor para o exercício de determinada função pública sem a ciência deste, havendo sua formal vinculação aos quadros funcionais de uma repartição, mas nenhuma prestação de serviço público por parte do nomeado, que desconhece sua condição de funcionário público.

A segunda, a situação na qual a nomeação pelo agente nomeante é sabida do nomeado e estes, em conluio e com acerto de vontades, ajustam que não haverá, no todo ou em parte, a efetiva prestação das jornadas de trabalho junto ao órgão público em que se dá a vinculação, não obstante a contrapartida econômica pela Administração seja dada de modo integral, sem os descontos legais e regulamentares ínsitos às faltas.

Postos os dois cenários e o efetivo escopo do estudo, pode-se progredir em sua análise.

2. A IDEIA DE FUNÇÃO PÚBLICA

Como é sabido, de maneira bastante genérica, o Estado, com o passar dos séculos, evoluiu e, contemporaneamente, se estruturou em um conjunto de diversos órgãos e pessoas jurídicas, todos voltados ao exercício das atividades políticas, legislativas e administrativas –, representados e desincumbidos por Poderes, na síntese da clássica lição da Tripartição de Montesquieu⁵ – tendo como finalidade última e precípua o atendimento do interesse de to-

⁴ A escolha destas hipóteses mais representativas não se deu a esmo, pois foram elas tema de estudo mais aprofundado por parte do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado do Paraná, justamente pela considerável quantidade de consultas feitas pelos Promotores de Justiça em relação à tipicidade penal de condutas como aquelas elencadas no parecer. Diante da relevância e recorrência do tema, os coordenadores daquele núcleo elegeram hipóteses fáticas similares às enunciadas neste artigo, corroborando as impressões sobre sua pertinência e conveniência de uma abordagem mais detalhada sobre elas. Cf., então, neste sentido, MPPR, *O problema da tipificação dos casos de “funcionários fantasmas”*, jan./2017, disponível em www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Peculato_Funcionario_Fantasma_Estudo_de_Caso__1.pdf, acesso em 02/07/2019.

⁵ Substancialmente depreendida em sua obra mais clássica, *O Espírito das Leis*, de 1748.

dos os membros da sociedade, organizados e regidos por uma ordem jurídica⁶.

Concretamente, é por meio do Estado que se consegue a disciplina e a estabilização das relações sociais, se promove a segurança dos cidadãos e se mantém a ordem pública, assim como se logra a realização dos vários serviços públicos em favor da coletividade⁷.

Para tanto, os órgãos estatais lançam mão do trabalho de pessoas físicas – seus agentes públicos⁸ – desempenhando, cada qual com base nas atribuições inerentes aos seus cargos, suas funções públicas, que podem ser entendidas como “atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”⁹.

Nas duas conjunturas fáticas acima, o que parece ser notório e incontroverso é que, quer na situação em que o nomeado tem ciência de sua vinculação formal com a Administração, quer naquela em que ele desconhece tal vínculo, mas é assim inserido nos quadros do órgão público por ação insidiosa do sujeito nomeante, em relação aos dois polos, nomeante e nomeado, está-se tratando de agentes públicos, portanto, pessoas com, no mínimo, um liame normativo com a entidade pública e, por isso mesmo, detentoras de uma função pública, nos moldes já citados.

Dito de outra forma, é de se supor que tanto o agente nomeante quanto o nomeado exercem – ou deveriam exercer –, aos olhos da Administração que os detém em seus quadros funcionais, atividades atreladas aos seus postos de trabalho, atividades estas voltadas ao atendimento do interesse público e à consecução das finalidades do Estado.

Destarte, o que se espera, quando se cuida de agentes remunerados com dinheiro público, é que estes ajam em conformidade com as competências inerentes aos seus cargos e nos parâmetros estipulados pelo ordenamento jurídico

⁶ Nesta linha, MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.27-37.

⁷ Nesta esteira, FAYET-POLL. O crime de peculato-desvio como ofensa à normatividade da moralidade, probidade e eficiência administrativa. In *RT*, São Paulo: RT, v. 105, n. 972, out. 2016, p.100-4.

⁸ Para mais, sobre os aspectos ligados ao Direito Administrativo quanto aos agentes públicos, cf. DI PIETRO (*Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.475-575).

⁹ Cf. MELLO, *Curso...*, p.29.

para cada uma de suas funções, aí, então, fazendo jus à percepção dos vencimentos estabelecidos, também em lei, para o desempenho de suas atividades¹⁰.

Destas noções elementares, oriundas do Direito Administrativo, pode-se extrair com facilidade que, de modo consecutório, os agentes públicos, enquanto no e justamente pelo exercício de suas funções públicas, se subordinam, quanto a eventuais práticas criminosas no cargo público ou em razão dele, à ideia de funcionários públicos para fins penais¹¹.

Não à toa o Código Penal vigente trouxe, em seu Título XI, os Crimes contra a Administração Pública e, no seu Capítulo I, a rubrica “Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral”¹².

Estes delitos têm em comum precisamente a temática de serem praticados por agentes públicos no exercício de suas funções¹³, cometidos sempre que os sujeitos ativos das condutas se inserirem no preceito inscrito no artigo 327 do Código Penal, o qual traz a definição autêntica do conceito de funcionário público.

¹⁰ Nesta esteira, DI PIETRO explica que “as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração” (*Direito...*, p.483).

¹¹ Nesta toada, FAYET-POLL (O crime..., p.100-4) recordam que o Direito Penal Administrativo se centra na noção de que o Estado age pelas pessoas a ele ligadas, estas detentoras do elemento volitivo. Desta forma, em virtude das funções exercidas, a lei confere aos agentes públicos certas prerrogativas, vocacionadas à consecução do interesse público. Logo, o exercício dos poderes públicos por estes agentes é limitado pela própria lei, com a finalidade de beneficiar a sociedade como um todo. O abuso desses poderes não pode ser tolerado – pois ofensivo aos ditames legais – e, por isso, comportam combate nos planos administrativo e penal.

¹² Artigos 312 a 327.

¹³ A título de exemplo, BETTI destaca que a corrupção (artigo 317), para o enquadramento no Título XI do Código Penal, é o suborno, pelo qual o corrompido troca seu poder decisório pelo poder econômico do corruptor, ambos obtendo recíprocas vantagens indevidas, configurando um enriquecimento ilícito e um dano à Administração. Por esta razão, pela ofensa ao ente público, está-se diante de um crime contra a Administração Pública (Lei n. 8.429/92..., p.108-9). E o raciocínio pode ser estendido aos demais delitos do mesmo capítulo, com as devidas adaptações quanto às finalidades escusas visadas pelos agentes.

Textualmente, preconiza o estatuto penal: “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Com efeito, HUNGRIA leciona que os crimes funcionais – aqueles praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral – encontram a definição do sujeito ativo de suas condutas delitivas neste dispositivo, ressaltando que o conceito adotado pelo Código Penal é mais amplo¹⁴, envolvendo a noção de *função pública*, entendida “como qualquer atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública”, concluindo que a distinção característica dos delitos desta natureza é o fato de ser cometido por alguém que se encontra no desempenho de uma função junto à Administração, permanentemente ou não, com ou sem remuneração, de modo profissional ou não¹⁵.

Há uma série de questões doutrinárias em torno das temáticas envolvendo a conceituação de funcionário público conformada pela legislação vigente¹⁶, mas a lição clássica acima nos é suficiente ao que aqui se propõe.

Com estas premissas, tenha-se em mente, então, por primeiro, a situação escorregia e regular, sem vício algum, de um parlamentar que procede à indicação à sua casa legislativa, de um cidadão, com todos os predicados legais atendidos, para o exercício das funções de assessoria ao seu mandato político.

Não resta dúvidas de que tanto o parlamentar nomeante bem assim o as-

¹⁴ No mesmo sentido, SZKLAROWSKY, para quem, tal como o conceito de Administração Pública se mostra deveras amplo para fins penais, também o leque de agentes públicos abrangidos pelo conteúdo do artigo 327 do Código Penal (Crimes praticados por funcionários contra a administração pública e improbidade administrativa. In *BDA*, São Paulo, v. 16, n. 7, jul. 2000, p.480).

¹⁵ HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. V. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.397-8.

¹⁶ Neste sentido, cf., por exemplo, FELICIANO, que destaca ter o Código Penal realizado uma simples interpretação autêntica do elemento normativo “funcionário público”, do que se originou uma série de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do enquadramento de certas categorias de agentes no preceito legal. Assim, para uma reflexão interessante sobre o tema e a necessidade de aprimoramento do texto da lei, com a junção de vários critérios, como o funcional e o orgânico, remete-se o leitor ao texto do articulista (Crimes contra a administração: atualização e reforma penal; por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra a administração pública. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p.59-68).

essor nomeado – que corretamente exerce as atribuições inerentes a seu cargo, cumpre sua jornada de trabalho, nos horários e locais adequados e, portanto, faz jus aos vencimentos legalmente previstos pela contrapartida de seu trabalho em prol da Administração – são funcionários públicos, em consonância com a lei penal.

Exercem, ambos, funções administrativas e, como tal, podem ser sujeitos ativos de crimes funcionais.

Por conseguinte, levando o mesmo raciocínio, agora, para o que importa em relação aos servidores aqui entendidos como funcionários fantasmas, nas duas situações já retratadas, parece ser isento de dúvidas que também elas remontam a hipóteses em que os envolvidos se amoldam com perfeição aos ditames legais de sujeitos ativos de crimes contra a Administração, em conformidade o artigo 327 do Código Penal¹⁷.

Na primeira hipótese, o agente nomeante é um ocupante de cargo público com competência para indicar subalternos ao exercício de funções administrativas ligadas a seu posto de trabalho na Administração. Por exemplo, um parlamentar que pode recrutar um assessor para exercer funções em seu gabinete.

É fácil perceber que este agente, o parlamentar, é funcionário público para os propósitos da lei penal, pois ocupante de uma função pública, com mandato legislativo – portanto, com uma vinculação temporal estabelecida com o Poder Público, percebendo rendimentos, seus subsídios, do Estado, para o desempenho de suas tarefas de cunho político, isto é, uma atividade eminentemente pública.

Da mesma forma, seu “assessor”, embora não cômico desta condição – e, por isso mesmo, um funcionário fantasma – foi regularmente indicado, nomeado e está, ainda assim, formalmente inserido no quadro funcional daquela repartição legislativa, percebendo a remuneração atrelada e legalmente fixada ao cargo, sendo então, ao menos neste aspecto formal, um funcionário público, nos moldes do Código Penal.

Outrossim, quanto aos agentes elencados na segunda hipótese fática

¹⁷ Importa registrar, a partir do exame do mencionado parecer do Centro de Apoio Operacional do MPPR, nos casos semelhantes ali estudados, que se inferem estas mesmas conclusões, no sentido de que os agentes públicos, tanto nomeantes quanto nomeados, podem ser sujeitos ativos de crimes contra a Administração.

ora aventada, em que se observa uma ciência da nomeação e um prévio ajuste para a não realização da prestação laboral, total ou parcialmente, pelo nomeado, não há grandes dificuldades de se inferir pela subsunção de ambos ao conceito de funcionários públicos, para o desiderato de sujeitos ativos de delitos funcionais.

De fato, relativamente ao nomeante, não há variações em relação à primeira situação. No exemplo, o parlamentar que indica um servidor o qual não tem ciência da sua condição de funcionário, está na mesma condição daquele que nomeia o servidor assessor que, maliciosa e em ajuste com o seu superior, deixará de adimplir suas atribuições previstas em lei para seu posto de trabalho.

E, na idêntica esteira, este assessor é funcionário público para fins penais, pois figura nos quadros da entidade pública e percebe, ainda que imerecidamente, verbas inerentes ao cargo cujas competências não estão sendo cumpridas a contento, no todo ou em parte.

Assentadas tais premissas, de que, seja atuando de modo correto, seja de maneira ilícita, os agentes nomeantes e nomeados, nos exemplos citados, estão albergados no conceito de funcionários públicos para fins penais, pode-se agora aferir se, constatadas as sobreditas hipóteses de funcionários fantasmas, está-se diante de figuras típicas ou não.

3. A TIPICIDADE DA CONDUTA

Como é cediço, uma conduta é típica sempre que sua previsão encontra lastro numa norma jurídica penal incriminadora preexistente a sua realização, em respeito aos princípios constitucionais regentes do Direito Penal no Brasil¹⁸.

Destarte, para se considerar criminosas as situações supramencionadas, dentre aquelas mais recorrentes quanto aos funcionários fantasmas, há que se apurar se apresentam uma plena subsunção a algum tipo penal hoje em vigor – o que as tornaria típicas e, logo, passíveis de repressão na seara penal – ou não, de onde ficariam elas jungidas, por sua inegável imoralidade,

¹⁸ Sobre os princípios da reserva legal e da anterioridade, inscritos no artigo 1º do Código Penal e encampados pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, XXXIX), v., em matéria constitucional, MENDES-BRANCO (*Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.523-36), e no plano doutrinário penal, HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*. V. 1, t. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.19-111).

às raias da atipicidade penal, comportando, então, punições administrativas e civis, tão-somente.

Serão abordados, nesta toada, os principais elementos dos tipos penais do peculato, visitadas algumas hipóteses sufragadas pela atipicidade e, em seguida, uma visão geral dos crimes contra o patrimônio – imputações mais recorrentes vistas empiricamente no cotidiano forense – cotejando-as, ao final, com as duas situações ora em apreço.

3.1. Figuras do Peculato¹⁹

O crime de peculato²⁰, na dogmática, está vertido entre os crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração em geral, com previsão no artigo 312 do Código Penal²¹.

Portanto, eles não tutelam apenas o aspecto material do Estado, seu patrimônio, mas buscam ainda preservar o regular e escorreito funcionamento da atividade estatal, bem como a probidade, o prestígio, a incolumidade e o decoro da Administração Pública²². Destarte, tem-se um delito pluriofensivo²³.

De fato, ao praticar o peculato ou qualquer outro delito da mesma estir-

¹⁹ Por uma questão de recorte temático, o presente trabalho se debruçará apenas sobre as figuras centrais do crime, de apropriação e desvio (artigo 312, *caput*), e quando pertinente, à modalidade de furto (§ 1º) e ao cometido mediante o erro de outrem (artigo 313), sem ingressar no estudo dessas últimas ou das outras formas nomeadas de peculato pelo Código Penal, para manter a discussão em seu escopo epistemológico inicial.

²⁰ Na conceituação de HUNGRIA: “O peculato, na sua configuração central, não é mais que a apropriação indébita (embora com certa diferença de disciplina) praticada por funcionário público *ratione officii*. É a apropriação indébita qualificada pelo fato de ser o agente funcionário público, procedendo com abuso do cargo ou infidelidade a este” (*Comentários...*, V. 9, p.332).

²¹ *In verbis*: “Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: (...) § 1º – Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”.

²² Neste sentido, HUNGRIA (*Comentários...*, V. 9, p.311), BETTI (Lei n. 8.429/92..., p.109-10) e FAYET-POLL (O crime..., p.100-12).

²³ Cf. FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.95.

pe, o funcionário público criminoso faz o Estado, em todos os seus aspectos, suportar os efeitos deletérios de sua conduta, perpetrada em detrimento da regularidade de seu funcionamento, seja no aspecto patrimonial – na medida em que os recursos públicos são dissipados em finalidades não voltadas ao interesse coletivo –, seja no campo extrapatrimonial, como incontroversa a mácula aos princípios norteadores da atividade estatal²⁴.

Então, na medida em que se maculam as atividades inerentes à prestação dos serviços públicos e se frustram as expectativas do corpo social quanto a uma gestão justa e correta dos recursos estatais, violando os princípios constitucionais ligados à coisa coletiva²⁵, como corolário, toda a sociedade é prejudicada em seus interesses diante dos crimes funcionais²⁶.

No peculato²⁷, em quaisquer de suas ações nucleares, verifica-se um enriquecimento ilícito pelo agente ou por um terceiro, além de um prejuízo moral ou material à Administração. O sujeito abusa da confiança nele depositada, em razão de sua condição de funcionário público, e trai o ente público a ele vinculado, ofendendo assim a probidade e o prestígio de sua função perante a coletividade²⁸.

O sujeito ativo, em se tratando de um delito funcional, é o funcionário público, o ocupante de uma função por meio da qual se desempenha uma

²⁴ Cf. lição de FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.41-3.

²⁵ Nesta linha, MARTINS JR. A correlação entre os crimes previstos no decreto-lei nº 201/67 e a improbidade administrativa. In TURESSI (org.). *Crimes praticados por prefeitos*, São Paulo: LiberArs, 2017, p.234.

²⁶ Crimes funcionais entendidos como aqueles praticados pelo agente que ostenta a qualidade especial de servidor público (cf. CAPEZ, *Curso de Direito Penal*: Parte Especial. V. 3, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.382).

²⁷ Para uma interessante compreensão histórica sobre a evolução da figura típica no ordenamento jurídico brasileiro, cf. MÉDICI (Apontamentos sobre o crime de peculato. In *JUSTITIA*, São Paulo: PGJ; APMP, v. 61, n. 185/188, jan./dez. 1999, p.28-30) e COGAN (O peculato no anteprojeto do Código Penal. In *JUSTITIA*, São Paulo: PGJ; APMP, v. 59, n. 178, abr./jun. 1997, p.20-1).

²⁸ Cf. FAYET-POLL. O crime..., p.112. Assim, em arremate sobre a objetividade jurídica, nas palavras de FAZZIO JR: “entre as expressões penais da corrupção pública, o peculato destaca-se por sua lesividade material, atacando o patrimônio público, material e moralmente, e colocando em risco a integridade da função pública, por desviá-la de sua meta coletiva” (*Corrupção...*, p.92-3).

atividade estatal voltada ao atendimento do interesse público²⁹.

Obviamente, sendo uma condição elementar pessoal – o fato de ser funcionário público – se admite a coautoria com sujeitos alheios aos quadros funcionais da Administração³⁰, por ser circunstância cuja comunicação se admite, nos moldes do artigo 30 do Código Penal³¹.

Em quaisquer das formas de peculato, há elementos estruturantes do crime, dos quais não se podem prescindir, sob pena de restar configurado outro delito ou mesmo hipóteses de atipicidade penal.

Primeiramente, é indispensável estar o agente investido, nos moldes do artigo 327 do Código Penal³², numa função pública, pois, para além da proteção do erário, também se tutela a fidelidade do agente em relação ao regular exercício das atribuições de seu cargo.

Assim, as formas do peculato têm a “função pública” como elementar do tipo. Sendo um crime próprio, infere-se que o agente deve estar incorporado formalmente na estrutura de um ente componente da Administração, por eleição, por nomeação ou pela lei, ali desempenhando tarefas, numa atividade realizada por meio de atos vinculados ao direito público, enfocando uma finalidade pública³³.

Em suma: a conduta criminosa requer um agente público atuando como tal, não como particular³⁴.

Acaso seja um servidor público, mas que subtraia bens de outra repartição, sem que tenha vínculo com ela nem o acesso facilitado à coisa por sua condição de agente público, cometerá um furto simples, não o peculato previsto no artigo 312, § 1º, do Código Penal. Exemplificativamente, um encana-

²⁹ Neste sentido, TOURINHO. *Peculato*, Bahia: Catalina, 1915, p.13-4.

³⁰ Nesta linha, FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.98.

³¹ *In verbis*: “Art. 30 – Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

³² Nesta esteira, coadunando a extensão para todo o plexo do artigo 327, cf. MASSON (*Direito Penal: Parte Especial*. V. 3. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013, p.605).

³³ Nestes termos, BETTI recorda que são crimes também chamados de *delicta in officio*, pela exigência de sua perpetração por um agente ocupante de uma função pública e em razão dela (O peculato no Código Penal Brasileiro e no Código Penal Italiano. In *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 6, 1999, p.183).

³⁴ Cf. FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.96-98.

dor de uma autarquia de serviços de água e esgoto, que furete uma viatura da Polícia Civil, não terá cometido um crime funcional, mas comum.

Se o sujeito não é funcionário público, ou foi nomeado para uma função, mas ainda não foi nela investido, ou teve sua investidura de algum modo anulada – e, neste caso, após a anulação – não será considerado funcionário público para fins penais e não terá praticado o delito de peculato, podendo incidir em figuras criminais como usurpação de função pública, em concurso com outros crimes, como apropriação indébita, furto ou estelionato³⁵⁻³⁶.

Portanto, em não se tratando o sujeito ativo da conduta de um servidor, não se terá configurada uma hipótese de peculato.

Além da investidura numa função pública, a posse da coisa, a facilidade de acesso a ela ou o recebimento dela por erro de terceiro, em virtude daquela função, é outra circunstância elementar do peculato³⁷, sempre havidas de modo lícito, seja por determinação legal, regulamentar ou mesmo, não raro, com fundamento no costume³⁸.

Nas figuras do peculato sob a forma de apropriação e desvio, a coisa é entregue ao agente, confiada a sua guarda, em razão do exercício de sua função, sendo o ingresso dele na posse sempre antecedente ao crime, e por razões lícitas. Somente no decurso da posse ele inverte o ânimo e, ou se apropria da coisa, ou lhe dá destinação diversa daquela prevista em lei. Na modalidade do furto, ele lança mão da função ocupada para ter um acesso facilitado à coisa e, com isso, lograr sua subtração, por si ou por intermédio de terceiros. Neste caso, o agente não tinha a posse antecedente do bem, mas tem facilitada a sua obtenção pela especial condição de agente público, de modo que a prática do crime é antecedente ao exercício da posse. Por fim, no peculato por erro de outrem (artigo 313 do Código Penal³⁹), o sujeito recebe a coisa por engano, em razão da função e, per-

³⁵ Cf. MASSON. *Direito Penal...*, V.3, p.606.

³⁶ HUNGRIA explica em seus *Comentários* que a anulação dos atos de investidura deve ser interpretada, para fins penais, como geradora de efeitos *ex nunc*, com o mesmo caráter, portanto, de uma revogação (V. 9, p.339), de modo que os eventuais crimes contra a Administração praticados até o advento da anulação se amoldam aos tipos penais próprios, e não aos comuns.

³⁷ Cf. BETTI. *O peculato...*, p.30-1.

³⁸ Nesta linha, FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.96.

³⁹ *In verbis*: “Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, re-

cebendo a ignorância do terceiro, já na posse do objeto material, deixa de adotar o necessário para restituí-lo ao interessado, dele se apossando. Numa gradação, pode-se dizer que, conforme o tipo de posse, está-se diante de um guardião infiel, um ladrão com abuso de confiança e um estelionatário⁴⁰.

Um aspecto relevante a ser mencionado acerca da posse, nestes crimes, é que ela se dá em sentido amplo⁴¹, abrangendo, indubitavelmente, a simples detenção, a posse direta e ainda a posse indireta, isto é, a “disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados”, nas palavras de HUNGRIA⁴².

E o raciocínio encontra arrimo interno no próprio Código Penal, na medida em que, se o crime de apropriação indébita (artigo 168⁴³), que vulnera o patrimônio de índole individual e ofende apenas o seu titular, reprime condutas que recaem sobre a posse e a detenção, com maior razão o delito que quer proteger o patrimônio público, titularizado pelo Estado e pertencente a toda a coletividade, tal como evitar a lesão extrapatrimonial disto decorrente, deve incidir não apenas em casos de posse, mas também de detenção.

Seria um claro contrassenso e até mesmo algo inadmissível do ponto de vista lógico se punir mais o agente que ofende apenas uma pessoa do que aquele que afeta a sociedade como um todo, com condutas materialmente similares⁴⁴.

cebeu por erro de outrem”.

⁴⁰ Nas explicações e conclusões de FAZZIO JR., para quem a variação modal no peculato reside justamente na distância entre a coisa e o bem peculato, sendo esta inexistente pela antecedência na posse no caput do artigo, enquanto no § 1º é uma proximidade, permitindo a maior facilidade na subtração da coisa (*Corrupção...*, p.103-5).

⁴¹ Nesta linha, ainda MÉDICI. Apontamentos..., p.33-4.

⁴² *Comentários...*, V.9, p.337.

⁴³ *In verbis*: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”.

⁴⁴ Neste sentido, vale conferir as ponderações de FAZZIO JR.: “O legislador poderia ter sido mais coerente: ou no art. 168 mencionaria apenas *posse*, tal como no art. 312; ou no art. 312, utilizaria a expressão *posse* ou *detenção*, tal como no art. 168. Fez o mais difícil. (...) Contudo, se tanto há apropriação de bem possuído, como há apropriação de bem detido por permissão ou tolerância; se o dano material ocorre tanto num como noutro caso; se a disfunção pública perfaz-se tanto numa como noutra hipótese; se o dolo é o mesmo num e noutro comportamento; se o sujeito passivo é o mesmo em ambos – não há por que desclassificar o delito para outro de menor recriminação, colocando o Estado, e o interesse so-

Relativamente ao seu objeto material, diz o Código Penal que as condutas típicas recaem sobre “dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo”, isto é, qualquer bem móvel, fungível ou infungível, os quais estejam numa posse pública, ainda que de propriedade de particulares⁴⁵. Valor é algo representativo de dinheiro ou mercadorias. Frise-se que navios e aeronaves são bens móveis para finalidade do peculato, pois imóveis em caráter ficto, apenas para efeitos do Direito Civil. Assim, forçoso concluir não ser apenas o patrimônio público o objeto da tutela penal, pois também o patrimônio particular está salvaguardado, a confirmar que a objetividade jurídica vai além do viés patrimonial do Estado, atingindo, em especial, a regularidade da atividade administrativa⁴⁶.

As ações nucleares do *caput* são o apropriar-se e o desviar.

Apropriar-se é usar a coisa como sua, invertendo o título da posse⁴⁷. Logo, no peculato-apropriação, tem-se o consumo, alienação, retenção ou destruição do bem móvel, com o sujeito ativo agindo como se dono da coisa fosse⁴⁸. O proveito auferido pelo sujeito, para si ou para outrem, ao tomar a coisa que estava sob sua guarda em virtude da função, não precisa ser exclusivamente econômico ou material, podendo ser apenas de índole moral⁴⁹.

Quanto ao desvio, é o emprego da coisa em finalidade diversa daquela para a qual estava ela confiada ao agente, sem o ânimo de apropriação⁵⁰. Nesta linha, no peculato-desvio, o sujeito ativo confere à coisa em sua guarda destino outro que não aquele que lhe estava legalmente reservado. O desvio pode ocorrer de incontáveis formas, como usá-lo em operações de qualquer natureza, pagar despesas pessoais, guardá-lo, emprestá-lo, etc. Outrossim, tal como na

cial que representa, no mesmo patamar do interesse privado protegido no art. 168 do Código Penal. Tenha o agente público detenção ou posse, tanto faz, é agente público; o crime que pratica não é o do particular, é funcional próprio” (*Corrupção...*, p.104-5).

⁴⁵ V. MASSON, *Direito Penal...*, V. 3, p.598-9.

⁴⁶ Cf. FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.98-101.

⁴⁷ Nesta linha, COGAN. O peculato..., p.22.

⁴⁸ Cf. MÉDICI. Apontamentos..., p.30-1.

⁴⁹ Nesta mesma esteira, MASSON cita o exemplo do servidor que tomar dinheiro da Administração e o emprestar a uma pessoa famosa, sem juro, para dela obter sua amizade e prestígio (*Direito Penal...*, V. 3, p.603).

⁵⁰ V. a lição de COGAN. O peculato..., p.22.

figura anterior, o proveito do desvio pode ser material ou não⁵¹. Aqui, porém, a lei traz à baila um dolo específico, “o proveito próprio ou alheio”⁵².

Seja como for, em ambos os casos, o sujeito dispõe daquilo que não lhe pertence, numa clara subversão funcional, se apossando ou desviando, para si ou em favor de terceiros, a coisa móvel dada à Administração e por esta e ele confiada, por conta de sua função⁵³.

No que concerne à consumação, o peculato é crime material, de sorte que, na apropriação, o delito se perfaz com a inversão do ânimo da posse, tirando a coisa da esfera de disponibilidade da Administração e inserindo o agente na sua, transformando em propriedade sua aquilo que era a posse ou detenção em favor da Administração. Por seu turno, o desvio se consolida quando se dá à coisa, para si ou para outrem, uma destinação diferente daquela prevista, que não a própria e regular determinada desde o início pela Administração, sendo, porém, indiferente se a vantagem desejada é ou não atingida⁵⁴.

3.2. Hipóteses de Atipicidade de Peculato

Há duas *figuras* de peculato que, em regra, são atípicas no direito brasileiro, a saber, o peculato de uso e o peculato de serviços.

Com efeito, nunca houve a criminalização do peculato de uso no Brasil⁵⁵, de maneira que, diante da ausência de previsão legal, a conduta é atípica⁵⁶. Desta forma, tal como o furto de uso, se o agente público, momentane-

⁵¹ Desde que não seja em favor da própria Administração, ocasião em que será praticado o tipo penal do artigo 315 do Código Penal (“Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”).

⁵² Cf. MÉDICI. *Apontamentos...*, p.30-1.

⁵³ Cf. FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.105-7.

⁵⁴ Cf. MASSON (*Direito Penal...*, V. 3, p.612) e CAPEZ (*Curso...*, p.398).

⁵⁵ Cf. COGAN. *O peculato...*, p.23.

⁵⁶ Corrente perfilhada pelo STJ (6ª, HC 94.168/MG, Rel. Min. Jane Silva, j. 01-04-2008). Porém, demonstrando a existência de uma corrente em sentido oposto, portanto, que admite a tipicidade da conduta, MASSON salienta que há quem considere a prática uma modalidade de peculato-desvio, na medida em que se deu à coisa uma destinação diversa daquela colimada pela lei. Ainda em sua obra, o autor salienta uma corrente intermediária, que aduz estar cingida a atipicidade apenas aos bens infungíveis, pois a incorporação, ainda que momentânea, de coisas fungíveis, por si só, já representaria a consumação do peculato” (*Direito Penal...*, V. 3, p.609-10).

amente e sem a intenção de incorporar a seu patrimônio, usar a coisa a ele entregue em razão do cargo e a restituir dos mesmos moldes, estado e condições, não pratica o delito de peculato – embora possa incorrer numa infração administrativa ou civil⁵⁷.

Sirva-se como exemplo o servidor da uma escola municipal que tome emprestado o retroprojeto de sua unidade, que está sob seus cuidados, e o leva a sua residência no final de semana, para uma apresentação de fotografias de suas férias aos amigos e familiares, e o devolve na segunda-feira imediata, sem danos, na sala de onde o retirara. Em tais condições, ele não seria responsabilizado criminalmente.

A questão, porém, em sede doutrinária, não é isenta de críticas. FELICIANO, por exemplo, entende incorreta a escolha política feita pelo legislador vez que, a despeito da ausência de lesão ao erário, é cristalina a mácula à probidade administrativa – e não raro à normalidade da atividade pública, acrescente-se – sendo aquela o primeiro e mais relevante objeto jurídico tutelado pelas normas dos delitos funcionais. Com isto em mente, e porque o patrimônio, seja da Administração, seja o de terceiro, é aspecto secundário nessas figuras, seria salutar a alteração do diploma penal, com a criação do tipo, já existente em outros ordenamentos jurídicos⁵⁸, como Itália (desde 1990) e Portugal (a partir de 1982)⁵⁹.

A criação do tipo não é, certamente, descabida, considerando, a uma, o tão difundido sentimento de impunidade na sociedade brasileira e a ânsia dos gestores e agentes públicos em fazer seu aquilo que é de todos, mesmo que só por um momento; a duas, porque, em caráter excepcional, os prefeitos municipais já são penalmente responsabilizáveis por este tipo de prática,

⁵⁷ V. artigo 9º, IV, da Lei de Improbidade Administrativa: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) IV – utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”.

⁵⁸ Crimes..., p.59-68.

⁵⁹ Cf., ainda, FAZZIO JR (*Corrupção...*, p.118-21) e COGAN (*O peculato...*, p.24-5).

pela previsão do crime no diploma que rege suas infrações político-administrativas e penais comuns⁶⁰.

Ora, se para eles a conduta é típica, carecem razões ontológicas para não se punir os demais agentes públicos que reproduzam tal conduta⁶¹.

Seja como for, COGAN salienta que há um anteprojeto do Código Penal em trâmite no Congresso, que tipifica de modo geral o peculato de uso, entendido como a utilização de bem da Administração, em proveito próprio ou alheio e em prejuízo daquela, ainda que devolvida nas mesmas condições. Pelo texto do anteprojeto, a conduta pode recair sobre bens móveis ou – estranhamente – imóveis, o que é criticado, neste ponto, pelo autor⁶².

No demais, não há previsão legal – salvo também para o caso dos prefeitos municipais⁶³ – que tipifica o peculato de serviços públicos, isto é, quando o sujeito se beneficia com o uso de mão-de-obra ou o usufruto de serviços prestados à Administração, em seu proveito⁶⁴, pois o objeto material da con-

⁶⁰ V. Decreto-lei 201/1967, artigo 1º, II: “São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) II – utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”.

⁶¹ Nesta linha, ressalta FELICIANO que há um descompasso entre o cenário jurídico da época do Código Penal de 1940 e a atual conformação social. Isto não é diferente em relação aos crimes contra a Administração, o que força a necessidade de uma reforma nas figuras típicas do Título XI da Parte Especial, fazendo-se incluir, por exemplo, o crime de peculato de uso (Crimes..., p.56).

⁶² Em sua análise, o autor também se rebela contra o núcleo, crendo seja melhor o “usar” ao “utilizar”. O usar, “fazer uso, empregar”, é mais condizente com coisas móveis, que são a essência deste tipo de crime, o que, como já mencionado, se passa na Itália e em Portugal (O peculato..., p.24-5).

⁶³ Por força do aludido artigo 1º, II, do Decreto-lei 201/1967.

⁶⁴ Cf. a jurisprudência do STF: “DENÚNCIA. PECULATO. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. (...) CON-DUTA ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. (...) 3. A utilização dos serviços custeados pelo erário por funcionário público no seu interesse particular não é conduta típica de peculato (art. 312, do Código Penal), em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República). Tipo que exige apropriação ou desvio de dinheiro, valor ou outro bem móvel, o que na hipótese não ocorre. 4. Diferença entre usar funcionário público em atividade privada e usar a Administração Pública para pagar salário de empregado particular, o que configura peculato. Caso concreto que se amolda à primeira hipótese, conduta reprovável, porém atípica. 5. Denúncia rejeitada” (1ª T., Inq 3.776/TO, Rel. Min. Rosa Weber, j. 07/10/2014).

duta, para o Código Penal, incide apenas sobre uma coisa móvel⁶⁵⁻⁶⁶.

No exemplo de FAZZIO JR., não comete peculato o diretor de uma repartição que se vale de um subalterno para a execução de um serviço particular seu, ainda que com desvio das atribuições de ofício deste, conquanto possa haver a perseguição civil pela prática de ilícitos administrativos⁶⁷ e de improbidade⁶⁸.

Mas uma advertência se mostra salutar: a conduta que se revela atípica, por uma questão de lógica sistêmica, é aquela em que o agente público ocasional e esporadicamente se usa dos serviços do seu subordinado para tarefas suas, de natureza particular, no curso do expediente de trabalho. Acaso a prática seja reiterada, por tempo juridicamente relevante, a ponto do servidor se travestir muito mais de um secretário pessoal do superior hierárquico do que da Administração, certamente se estará diante de uma figura de peculato típico, pois será ele remunerado pelo erário, apesar de dar seu expediente precipuamente em atividades de interesse pessoal de seu chefe⁶⁹.

⁶⁵ Neste sentido, FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.109 e 121.

⁶⁶ A demonstrar a estabilidade da jurisprudência neste tocante, TUCUNDUVA colacionou um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, da década de 1970, em que a tese restou sedimentada, quanto à atipicidade do peculato de serviços, concluindo que “no Código Penal vigente, não constitui crime o fato de o funcionário público, em proveito próprio, servir-se do trabalho de subordinados” (Peculato: imputação de “peculato de prestação de serviço” – atipicidade da conduta, pp.468-72 in *JUSTITIA*, São Paulo: PGJ; APMP, v. 40, n. 100, 1º trim. 1978).

⁶⁷ *Corrupção...*, p.121.

⁶⁸ Em atenção ao aduzido artigo 9º, IV, da Lei de Improbidade Administrativa.

⁶⁹ Conclusões corroboradas pelo voto trazido no acórdão do Inq 3.776/TO, STF, acima mencionado, onde se diferenciam justamente essas duas situações: “Voltando os olhos ao caso concreto, verifico que na denúncia se imputou ao acusado o crime do art. 312, § 1º, do Código Penal, o qual dispõe: ‘(...)’ A primeira questão a ser analisada é se os fatos narrados, em tese, se amoldam ao tipo acima descrito. Ocorre que fatos como os que foram relatados na denúncia podem ser vistos sob duas óticas. A primeira, como uso de mão de obra pública em desvio para atender interesses particulares. A segunda, como uso de dinheiro público para pagamento de empregado particular. No primeiro caso, tem-se figura ilícita, reprovável e gravemente sancionada, entretanto, no âmbito extrapenal, mais especificamente configuradora de improbidade administrativa, tal qual prescrito pelo art. 9º, IV, da Lei nº 8.429/1992, verbis: ‘(...)’ A utilização dos serviços de um funcionário público por outro funcionário público no seu interesse particular não é conduta típica na órbita penal, por esbarrar na descrição do art. 312 do Código Penal. Referido tipo descreve como criminosa

Em síntese, nesta questão do peculato de serviços, há que se atentar ao objeto material da conduta – se a esporádica utilização do empenho laboral do servidor para assuntos pessoais, jungida a questão às raias da atipicidade penal, ou se está a ocorrer o desvio do valor atinente a sua remuneração, fazendo com que a Administração arque com os ônus econômicos dos serviços de um empregado particular do agente.

3.3. Figuras dos Crimes Contra o Patrimônio

Pelo exposto até aqui, é intuitivo pensar que as figuras do peculato em muito se assemelham a alguns dos tipos penais existentes no Título II do Código Penal, como a apropriação indébita, o furto com abuso de confiança e o estelionato.

Estes delitos, comuns – aqui, em oposição aos próprios e funcionais, cometimentos pelos funcionários públicos contra a Administração – protegem o patrimônio dos indivíduos, o qual, na clássica lição de HUNGRIA, é “o complexo de bens ou interesses de valor econômico, em relação de *pertinência* com uma pessoa”, englobando a propriedade material, a imaterial, a posse e os direitos de crédito ou obrigacionais, além das coisas que, não obstante não tenham valor econômico, apresentem uma utilidade, ainda quando apenas moral, um valor de afeição⁷⁰.

Então, o elemento central a se atentar para bem classificar e correta-

a conduta consistente em apropriar-se ou desviar em proveito próprio ou alheio dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular. A utilização, em proveito próprio ou alheio, dos serviços executados por quem é remunerado pelos cofres públicos não se configura em desvio ou apropriação de bem móvel. Não se pode, sob pena de malferir o princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República) ampliar o tipo penal para situações que estritamente não se amoldem a ele. Por essa razão, a esse respeito, a doutrina é amplamente majoritária. (...). Situação diversa ocorre quando o dinheiro público é desviado para o pagamento de empregado que, apenas formalmente, está vinculado à Administração Pública, mas que, na verdade, desempenha e executa serviços para outro servidor público no interesse particular deste último. O objeto material do peculato, nessas situações, é o valor desviado para o pagamento do salário. Nessas hipóteses, tem-se um pseudo funcionário público, que na verdade é um empregado privado de um outro funcionário, o qual está formalmente na condição de funcionário apenas como meio para o desvio do dinheiro público utilizado no pagamento de seus salários”.

⁷⁰ *Comentários ao Código Penal*, V. 7, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.5-6.

mente se diferenciar os delitos é justamente o asseverado acima⁷¹: a existência da condição especial de funcionário público atinente ao sujeito ativo da conduta ilícita. Ao portar esta qualidade, ele não incorrerá nas figuras comuns do Título II, mas nos delitos específicos do Título XI⁷². A contrário senso, se ele não ostentar a condição de agente público, nos moldes do artigo 327 do Código Penal, não haverá o crime próprio.

Não à toa, aliás, pessoas investidas apenas em múnus públicos, como o administrador judicial, o tutor, o liquidatário, o inventariante, o testamenteiro e o depositário infiel, não sendo eles funcionários públicos, acaso se apropriem, subtraíam ou desviem, para si ou para outrem, bens sob sua guarda pelo exercício de seus encargos, não cometerão peculato, mas as figuras comuns dos crimes patrimoniais⁷³.

E a base dogmática para esta conclusão tem lastro na opção feita pelo legislador de 1940, decidindo não enquadrar no Título II todos os crimes ofensivos ao patrimônio. Com efeito, HUNGRIA destaca que: “outros [crimes] há em que também se apresenta a lesão ou perigo de lesão patrimonial e, no entanto, são classificados sob diversa rubrica. Assim [...] o *peculato* (que, no seu tipo fundamental é a apropriação indébita praticada por funcionário contra a Fazenda Pública)”, elucidando – como já se salientou – que, nestes casos, além da lesão ao patrimônio, existe a lesão a outras objetividades jurídicas de maior relevância, *in casu*, da Administração Pública⁷⁴.

E a ponderação tem procedência, ao se considerar a pluralidade de interesses tutelados pelos delitos inscritos no Título XI, levando ao afastamento de alguns institutos típicos dos crimes patrimoniais comuns, como o princípio da significância⁷⁵, benefícios ordinários com a reparação dos danos materiais⁷⁶ (pois não se permitiria a redução do artigo 16 do Código Penal, mas

⁷¹ V. item 3 deste artigo.

⁷² Neste sentido, SZKLAROWSKY (Crimes..., p.480); e MÉDICI (Apontamentos..., p.33).

⁷³ Nesta linha, MASSON. *Direito Penal...*, V. 3, p.607.

⁷⁴ *Comentários...*, V. 7, p.10.

⁷⁵ Nesta linha, também a jurisprudência do STJ (5ª T., AgRg no AREsp 572.572/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 08/03/2016). Em sentido oposto, admitindo o princípio da insignificância nos delitos funcionais, o STF (1ª, HC 87.478/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/08/2006).

⁷⁶ Neste sentido, o STJ: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. PECULATO DOLOSO. RESSARCIMENTO DO DANO PATRIMONIAL CAUSADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

apenas a incidência da atenuante genérica do artigo 65, III, b, do mesmo diploma), pois, além da degradação patrimonial, se agride também a moral e a probidade inerente ao cargo exercido⁷⁷.

Em síntese, o elemento subjetivo especializante – condição de funcionário público, detentor de uma relação de confiança com a Administração e de proximidade com o objeto material da conduta – é determinante para a escoreta identificação da tipicidade penal de uma prática criminosa.

3.4. Das Tipicidades das Hipóteses em Estudo

Uma vez assentadas todas essas premissas teóricas anteriores, é o momento de verificar o enquadramento típico das duas hipóteses fáticas concernentes aos funcionários fantasmas, tal como explicitadas no item próprio deste trabalho⁷⁸.

No que concerne à primeira situação – quando o agente público nomeante indica um assessor à Administração, para ocupar formalmente o cargo, sem que este tenha ciência da investidura e, portanto, não vindo a cumprir sua jornada de trabalho, em que pese sua remuneração seja paga pelo ente público e o valor respectivo seja apropriado pelo nomeante – força convir, resta configurado o tipo do peculato, na modalidade de desvio, para o nomeante, e um fato atípico ao nomeado.

Imagine-se, a título de ilustração, que um vereador indique sua empregada doméstica à Presidência da Câmara Municipal, na condição de sua assessora parlamentar. Ele então providencia todos os documentos necessários à investidura comissionada e, sem que ela tome conhecimento de sua formal vinculação ao gabinete, passa a receber seus vencimentos pela suposta e não prestada jornada de trabalho junto à Edilidade, conquanto ainda seja, concretamente, a diarista do vereador. E

CA ANTES DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL (...) 4. Sendo a imputação de peculato doloso, a restituição do dano patrimonial causado à Administração não extingue a punibilidade do agente, nem retira a justa causa da ação penal, não havendo falar, portanto, em trancamento do feito na origem, muito menos em manifesto constrangimento ilegal a ser reparado no momento” (6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/06/2014).

⁷⁷ Nesta esteira, FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.41-43 e 121.

⁷⁸ V. item 2, *supra*.

os vencimentos são depositados numa conta do edil e por ele utilizados em suas despesas pessoais.

Inicialmente, quanto à servidora nomeada, pela ausência de conhecimento dos fatos, atinentes à sua investidura e respectiva percepção de vencimentos, fica afastado o seu dolo e, como corolário, ela não pode ser responsabilizada criminalmente, dada a completa ausência de conduta⁷⁹.

Ela é uma funcionária pública, para os fins do artigo do artigo 327 do Código Penal, e formalmente perceberá vencimentos, sem justa causa, por conta da inexistência da prestação laboral ao Estado. Contudo, por ignorar os acontecimentos, não pratica uma conduta com consequências penais.

Por seu turno, o agente nomeante comete do crime de peculato⁸⁰, porque, de fato, todas as condicionantes do delito funcional, outrora descritas, se mostram presentes.

De plano, podem-se proscrever as hipóteses atípicas do peculato. Não se trata, claramente, de peculato de uso, pois ele não usará e restituirá algo que detém em razão do cargo. Não está na esfera de vontade do vereador a devolução dos vencimentos da falsa servidora. Tampouco se cuida de peculato de serviço, pois ela não deixará de exercer suas atividades parlamentares para

⁷⁹ Nesta linha, MASSON leciona que “o dolo consiste na vontade e consciência de realizar os elementos do tipo penal” (*Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Método, 2013, p.273). Com efeito, a empregada doméstica não tem ciência dos fatos praticados pelo nomeante e não incorrerá na prática criminosa em comento. Situação diversa, quando há ajuste ou adesão entre eles, será abordada na segunda situação deste estudo.

⁸⁰ Neste sentido, em caso similar ao ora sugerido, havido na Justiça Estadual do Paraná: “Condenação pela prática do crime de peculato (artigo 312 do CP) – Autoria e materialidade inquestionáveis – Alegação de insuficiência de provas que não se sustenta – Prova dos autos que não deixa margem a dúvidas de que o réu, na condição de vereador, nomeou duas ‘funcionárias fantasmas’, pelas quais recebia e se apropriava dos salários, de posse dos cartões magnéticos e senhas – Depoimentos testemunhais que confirmam a prática delitiva pelo réu”. No voto do relator, se assentou que “restou demonstrado que o apelante incorreu na prática do delito previsto no artigo 312, do Código Penal, uma vez que se apropriou de dinheiro público para proveito próprio, consistente nos salários dos ‘funcionários fantasma’, que eram nomeados para cargos em comissão, em razão do cargo de vereador que exercia” (TJPR, 2ª C. Criminal, AC 1.153.428-8/Curitiba, Rel. Des. Roberto de Vicente, j. 12/03/2015).

prestar um serviço pessoal ocasional ao edil. Ela sempre foi e será sua empregada doméstica, incorporada maliciosamente aos quadros da Câmara para viabilizar o pagamento de verbas por um serviço que a Administração não terá, mas de cuja remuneração o parlamentar tirará proveito, ao desviá-lo para si.

Da mesma forma, não se cuida de crime contra o patrimônio.

O vereador é, indiscutivelmente, um funcionário público, o que satisfaz o requisito subjetivo do crime funcional. Demais disso, detém ele a posse lícita, antecedente e indireta sobre as verbas destinadas legalmente ao pagamento de seus assessores, de modo que a relação de proximidade, entre o agente e a coisa peculada, também está conformada no caso em comento.

E, como visto, quando o funcionário deixa de dar ao dinheiro, valor ou outros bens, a destinação determinada pela Administração e o descaminha para seu interesse ou de outrem, não estando presente o *animus rem sibi habendi*, trata-se de peculato-desvio⁸¹.

É precisamente esta a situação analisada, pois, ao direcionar para si as verbas – prévia e originalmente destinadas pela lei ao pagamento de uma assessora⁸² –, mas que, no caso é fantasma, ele está a alterar a finalidade estabelecida daqueles recursos públicos, em seu proveito⁸³.

⁸¹ Cf. FAYET-POLL. O crime..., p.114-5.

⁸² Nesta senda, quanto ao desvio de vencimentos de funcionários fantasmas, cometido para o pagamento de despesas privadas dos nomeantes, já decidiu a jurisprudência: PENAL E PROCESSO PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. PECULATO (ART. 312 DO CP), ORDENAÇÃO DE DESPESAS NÃO AUTORIZADAS EM LEI (ART. 359-D DO CP) E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CP). CHEQUES EMITIDOS PELA DIREÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS E SACADOS EM ESPÉCIE POR CONSELHEIROS E SERVIDORES OU UTILIZADOS PARA PAGAMENTOS INDEVIDOS. PAGAMENTOS DE VERBAS ILEGAIS A CONSELHEIROS E REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS INIDÔNEAS E PARA TRATAMENTOS ESTÉTICOS. CONCERTO DOS ENVOLVIDOS DE MODO COMISSIVO E OMISSIVO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRESENTE A JUSTA CAUSA PARA ABERTURA DE AÇÃO PENAL. (...) 3. Tipifica, em tese, o crime de peculato-desvio (art. 312, caput, 2a. parte do CP) utilizar-se do mesmo expediente para pagar ajuda de custo, estruturação de gabinete, segurança pessoal, despesas médicas e estéticas em proveito de conselheiros, passagens aéreas e verbas em favor de servidores inexistentes ou ‘fantasmas’, entre outras despesas sem amparo legal. (STJ, CE, APn 702/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03/06/2015).

⁸³ Falando sobre o artigo 315 do Código Penal, mas com inegável – e maior razão, aliás – aplicação no crime de peculato-desvio, a lição de SZKLAROWSKY: “A orientação pretoriana tem

Veja-se, também, que, realmente, não há que se falar em crime contra o patrimônio, uma vez que os valores desviados são egressos do erário municipal e a infidelidade do vereador atinge tanto o regular funcionamento das atividades parlamentares como ainda ofende a probidade, moralidade e o decoro da Administração, justamente os objetos jurídicos da tutela penal do patrimônio público⁸⁴ – e não dos indivíduos.

A questão, inclusive, inspira cuidados. Vale frisar a advertência de FAYET-POLL, quanto a haver uma tendência no direito brasileiro, equivocada, de se reduzir a dimensão danosa dos delitos contra a Administração às suas feições patrimoniais. Enfatizam, como já ressaltado, que estas condutas não configuram apenas crimes contra o patrimônio público. São, outrossim, uma agressão à própria função desempenhada pelo Estado, do que concluem que o peculato-desvio não se junte uma apropriação indébita cometida por um funcionário público, em razão de seu ofício⁸⁵.

Tem-se, em verdade, no exemplo, um desvio de poder doloso, gerador de desfalque ao erário e de vantagem indevida ao parlamentar. Pensar apenas na apropriação indébita incorreria no erro declinado acima e cingiria o crime ao seu aspecto patrimonial, olvidando-se da vertente de proteção da função pública estatal em si, por ele ocupada, e a finalidade social daquele recurso público⁸⁶, atinente a uma melhor realização da atividade parlamentar, com a efetiva jornada de trabalho prestada por um bom assessor.

Concretamente, ele pratica, é claro, atos de falsidade – como a assinatura contrafeita da diarista no ato de investidura e nos controles de frequência, por exemplo – com o propósito de receber a verba de gabinete, reservada no orçamento da Edilidade para o pagamento dos assessores dos vereadores.

destacado que o administrador público municipal (obviamente se aplica a qualquer administrador público) deve ater-se às destinações das verbas previstas na lei orçamentária, devidamente tituladas e codificadas, visto que a objetividade jurídica do delito de aplicação indevida de verbas não é só boa versação do patrimônio público, bem como o acatamento aos planos administrativos a que se devem jungir os governantes” (Crimes..., p.481).

⁸⁴ Neste sentido, quanto à pluriofensividade do peculato, já se manifestou o STJ, e. g.: “A tipificação do delito de peculato não possui cunho exclusivamente patrimonial, objetiva, outrossim, o resguardo da probidade administrativa” (5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/09/2008).

⁸⁵ O crime..., p.117.

⁸⁶ Nesta linha, FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.94-6.

dores da Casa Legislativa. E, uma vez recebido o pagamento por ele, dele se apropria, beneficiando-se.

Pelas mesmas razões, ainda que diante de atos de falsidade para a obtenção da vantagem, considerando-se o engodo à Administração, não se estaria diante de um estelionato (artigo 171 do Código Penal)⁸⁷, pois as contrafações se mostram apenas crimes-meio para a consecução do objetivo final⁸⁸, que é o proveito inerente ao desvio dos recursos públicos⁸⁹, além de poder recair sobre vantagens não exclusivamente materiais, mas também morais, como apontado acima⁹⁰. Ademais, não necessariamente seria este o expediente único e necessário a ser adotado para a consecução da prática ilícita.

Em arremate, não se ignore que ele não terá agido como uma pessoa comum, mas só obterá êxito em realizar sua ação criminosa, que ataca o erário e permite seu locupletamento, por conta diretamente das possibilidades geradas pelo cargo ocupado – detentor do poder de nomeação de assessor e controlador de sua jornada de trabalho junto à Edilidade. Outra pessoa, sem esta especial condição, não poderia praticar esta conduta⁹¹, sendo inevitável concluir se tratar de hipótese de delito funcional.

⁸⁷ *In verbis*: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.

⁸⁸ Nesta ordem de considerações, FAZZIO JR (*Corrupção...*, p.124) cita a jurisprudência do TJSP (RT 501/283 e RT 513/357). Ainda neste tocante, o STJ: “Agravamento Regimental no Recurso Especial. Crime de peculato-desvio. Art. 312, caput, in fine, do Código Penal. (...) Pleito de desclassificação para o delito de estelionato. Impropriedade. Agravamento desprovido. (...) 2. O Agravante, ao desviar de dinheiro pertencente a outrem, valendo-se da condição de funcionário público, praticou a conduta descrita no art. 312, in fine, do Código Penal, não havendo que se falar em reclassificação para o delito de estelionato. 3. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravamento regimental desprovido” (5ª T., AgRg no REsp 1.113.688/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/08/2013).

⁸⁹ Obviamente, é possível haver situações de concurso de crimes, do peculato com delitos de falsidade ou mesmo contra o patrimônio (cf. FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.123-4), o que não se verifica no caso em apreço.

⁹⁰ Cf. ainda, FAYET-POLL, apontando como aspecto diferencial do peculato em relação ao estelionato a questão do momento consumativo, pois aquele se perfaz com o mero desvio, não sendo imprescindível a obtenção da vantagem, como neste (O crime..., p.115-6).

⁹¹ Nesta esteira, quanto à imprescindibilidade da condição de agente público, sob pena de recair em condutas configuradoras de crimes comuns, BETTI (O peculato..., p.189) e MÉDI-

Assim, no plano da lógica jurídica, esta primeira hipótese traz, para o sujeito nomeante, sem dúvidas, a caracterização do crime de peculato-desvio.

No que atine à segunda hipótese fática trazida no trabalho – quando existe conluio entre o nomeante e o nomeado, para a não realização, no todo ou em parte, da jornada de trabalho administrativa, mas ainda assim o integral pagamento as verbas inerentes ao cargo do nomeado, sem descontos pelas faltas ou pela ausência integral de labor – há também, pelas razões antes tecidas, a figura típica do peculato-desvio.

Suponha-se agora que aquele mesmo vereador indique seu amigo de infância à Presidência da Câmara Municipal, na condição de seu assessor parlamentar e combinem, num almoço entre as famílias, que o comissionado não precisa ir ao trabalho ou pode ir apenas às vezes, para camuflar sua condição de fantasma. Porém, ele receberá integralmente a remuneração do cargo e, ao final do mês, dividirão por igual o seu valor. Ele então providencia todos os documentos necessários à investidura comissionada e, feita a vinculação do comparsa ao gabinete, este passa a receber, mensalmente, seus vencimentos, em que pese não preste a integral jornada de trabalho junto à Edilidade.

Ora, as observações feitas ao vereador no primeiro caso se amoldam com a mesma perfeição a este. Está-se diante de idêntica condição de funcionário público, com a igual disponibilidade – posse indireta – das verbas orçamentárias destinadas para o pagamento de um real assessor parlamentar⁹², a ser nomeado por ação exclusiva do edil, a qual, concretamente, será

CI (Apontamentos..., p.33).

⁹² Sobre a tese de que, nestes casos, o agente parlamentar nomeante, ainda como na situação anterior, diga-se, tem a posse lícita e indireta dos valores legalmente afetados ao pagamento dos vencimentos dos agentes comissionados em seu gabinete, porque tem a prerrogativa de dispor do montante orçamentário por meio da indicação de quem os perceberá, v. o voto condutor exarado no Inq. 1.926/DF: “Com efeito, a imputação contida na denúncia diz respeito ao desvio de valores do erário, ao admitir e manter determinada pessoa como assessora parlamentar, quando de fato tal pessoa exercia atividades laborativas para a sociedade empresária titularizada pelo denunciado. Na realidade, a conduta narrada consistiu no desvio de valores pecuniários (dinheiro) de que o denunciado tinha a posse em proveito alheio (da pessoa que passou a ocupar, formalmente, as funções de assessora parlamentar)” (STF, Pleno, Inq. 1.926/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 09/10/2008).

desviada em proveito dele, vereador, e de seu amigo de infância, este na condição de funcionário fantasma⁹³.

Da mesma sorte, não se descortinam as hipóteses de atipicidade, em especial ao peculato de serviços, pois, ainda que o amigo de infância pratique alguma atividade privada em favor do vereador, este não se utilizará dos serviços de um regular e assíduo assessor para a ocasional prestação de uma tarefa particular. De fato, o prévio ajuste, precedente até mesmo à investidura, torna diversas as nuances do caso, pois, de maneira preordenada, eles se concertaram, estipulando que a regra seria a não prestação ou a prestação deficiente do serviço público de assessoramento, em detrimento moral e material à Administração.

Quanto ao nomeado, na situação hipotética estudada, dada a ciência da condição do agente nomeante de servidor público e praticante do peculato-desvio, o nomeado também responderá pelo mesmo crime, pela comunicação das circunstâncias elementares pessoais, nos moldes do artigo 30 do Código Penal⁹⁴.

Destarte, a conduta do superior se estende ao subordinado, que com ele age em unidade de desígnios, visando ao desvio das verbas inerentes ao pagamento, agora em proveito próprio, do nomeante, e alheio, do nomeado, que adere à conduta ilícita do primeiro e materialmente contribui para sua consumação⁹⁵.

⁹³ Nesta linha, caso similar, julgado pelo STJ: “Recurso Especial. Penal. Peculato-desvio. Tipicidade da conduta. Agravantes. Art. 62, I e II, do CP. Caracterização. Exclusão. Reexame de matéria fático probatória. Continuidade delitiva. Exasperação em razão do número de delitos. Ilegalidade. Inexistência. Vereador. (...) 1. A conduta praticada pela recorrente amolda-se ao crime de peculato-desvio, tipificado na última parte do art. 312 do Código Penal. 2. Situação concreta em que parte dos vencimentos de funcionários investidos em cargos comissionados no gabinete da vereadora, alguns que nem sequer trabalhavam de fato, eram para ela repassados e posteriormente utilizados no pagamento de outras pessoas que também prestavam serviços em sua assessoria, porém sem estarem investidas em cargos públicos. (...)” (6ª T., REsp 1.244.377/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03/04/2014).

⁹⁴ Cf., por exemplo, MASSON, *Direito...*, V. 3, p.583-4.

⁹⁵ Nesta esteira, o STF: “Conforme relatado, aos acusados são imputadas a montagem e operacionalização de um esquema de nomeação de ‘assessores fantasmas’ no âmbito da Secretaria de Administração no Estado do Piauí. Esquema, esse, que gerou um aumento de 257,34% na despesa com pessoal daquele Estado. Logo, o quadro empírico estampado na

inicial acusatória parece amoldar-se às preceituações do art. 312 do Código Penal. (...) Bem-vistas as coisas, a narrativa da denúncia sinaliza a ocorrência, em tese, das circunstâncias elementares do tipo penal do peculato. Isso porque, em primeiro lugar, a Administração Pública (bem jurídico tutelado pela criminalização da conduta) foi aquela que mais diretamente sofreu com o ruinoso impacto patrimonial do delito imputado aos denunciados; em segundo, porque os fatos narrados na inicial acusatória consistem na destinação de recursos públicos para fins diversos daqueles para os quais foram confiados à gestão dos denunciados. Sendo até desnecessário frisar que é impensável a possibilidade legal de contratação de servidores fantasmas” (STF, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02/12/2010); e o TJPR, por sua 2ª Câmara Criminal: “Apelação crime. Peculato (art. 312, CP). Funcionário Fantasma da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Condenação. Insurgência do Sentenciado. Cerceamento de Defesa pela não disponibilização de prova. Argumento afastado pelo próprio defensor, em flagrante contradição. Materialidade amplamente demonstrada. Apelante que figurou, por mais de dezesseis anos, na lista de servidores comissionados da jamais ali ter laborado. Alegado desconhecimento de que seu nome fora usado como laranja para o desvio de verba pública. Ciência do recorrente amplamente certificada por outros elementos, tais como abertura de conta corrente e assinatura em cheques desta para desconto de valores. Autenticidade da assinatura questionada. Ônus probatório do qual não se desincumbiu o apelante. Recurso desprovido. (...) 2. Tem-se por indiscutivelmente demonstrada a materialidade fundada em diversos documentos idôneos acostados aos autos. Pátrio que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, daí ser inexorável concluir-se que, uma vez questionada a autenticidade da assinatura do cartão de abertura da conta corrente, a quem formulou tal questionamento cumpria a demonstração. 4. Ainda que não tenha sido juntado o cartão de assinaturas de abertura da conta corrente, é tida como certa a autoria se esta exsurge cristalina de outros tantos elementos presentes no caderno processual. 5. As declarações prestadas por um irmão e corréu do apelante, aliada à autenticidade da assinatura. Regularmente verificada pelo banco, quando da abertura da conta corrente, e, ainda, da informação contida no relatório de auditoria em que se constatou o desconto de cheques de conta pertencente ao recorrente, são, todos, inquestionavelmente, elementos ele tinha ciência do delito e com ele anuiu, permitindo a utilização de seu nome para desvio de verba pública” (AC 1.162.008-5/Curitiba, Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida; DJPR 23/07/2014) e “No que diz respeito à adequação típica, cumpre destacar não ser o caso de desclassificação para o crime de estelionato, porquanto o acusado se valeu da condição de servidor público – ainda que funcionário ‘fantasma’ – para ter acesso às importâncias. Como é cediço, no crime de estelionato, o agente, mediante fraude ou ardil, tem o objetivo de enganar o ofendido para que este consinta em entregar-lhe o bem (incidindo em erro). Na hipótese vertente, contudo, resta configurado o delito de peculato desvio, posto que o denunciado foi nomeado servidor de cargo em comissão junto à Administração da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, concordando que sua remuneração seria desviada, no todo ou em parte, em favor de Abib Miguel, João Leal de Matos e de outros indivíduos, sem que tivesse que prestar quaisquer serviços ou atividades públicas correspondentes a tal cargo. Para a configuração dessa modalidade de estelionato, há de se ter

Numa rápida digressão, ainda quanto ao nomeado, acaso não houvesse o conluio com o nomeante e deixasse ele, por iniciativa própria, de prestar regularmente seu serviço, como também servidor público que é, ao dar causa à percepção de vencimentos aos quais não faria jus – por não ter, dolosamente, adimplido de modo integral sua jornada de trabalho relativa ao cargo a que se vinculou – já praticaria o delito de peculato.

Tais valores – total ou parcialmente indevidos pela Administração, que deveria ou nada pagar ou descontar os vencimentos na proporção das faltas cometidas e omitidas de seu conhecimento – somente chegaram à posse do servidor fantasma em razão do cargo formalmente ocupado, pagas de boa-fé pelo ente público, mas ilicitamente percebidas por ele.

Assim, a apropriação do todo ou da parte injusta, configuraria, por si só, o crime funcional⁹⁶.

Neste sentido, aliás, entendimento sedimentado do Ministério Público do Estado do Paraná, sob o Informativo nº 343/2016, segundo o qual “aquele que, na condição de servidor público, recebe remuneração sem, efetivamente, exercer as respectivas atividades, incide no crime de peculato, capitulado no art. 312 do Código Penal”⁹⁷.

em mente a ocorrência de um induzimento em erro, ou seja, o agente se beneficia com a vantagem ilícita em razão de um engano. Esse proceder não se revela; ao contrário, houve o dolo de obter a vantagem indevida em razão do cargo de funcionário público. Realce-se que o acusado tinha total consciência de sua conduta e pretendia obter para si e para outrem os valores desviados. O comportamento do apelante expressa a conduta pela qual o agente, em vez de direcionar o bem ao fim previamente determinado, promove o seu desencaminhamento, a sua distração, dando-lhe destinação diversa, visando ao seu próprio interesse ou ao de terceira pessoa” (AC 1.288-688-5/Curitiba, Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida, j. 01/10/2015).

⁹⁶ Entendemos que esta seria uma modalidade de peculato-apropriação, a qual seria caracterizada no caso de não haver a unidade de desígnios com o agente nomeante, diante da má prestação de serviços pela iniciativa isolada do servidor nomeado, desta feita sem o conhecimento do superior hierárquico. De fato, neste caso, o funcionário fantasma não tem a disponibilidade das verbas – mas o tem o nomeante – passando a se apropriar do valor pago a maior por ocasião de sua disponibilização pela Administração em seu pagamento, o que, parece, altera a figura nuclear para a parte inicial do artigo 312 do Código Penal. Porém, é situação diversa daquela apontada no presente estudo.

⁹⁷ Cujo teor é: “Servidor ‘fantasma’ e a tipicidade penal. Diversos casos foram apresentados

CONCLUSÃO

Ao desfecho do presente trabalho, pode-se inferir que os crimes funcionais, praticados por agentes públicos contra a Administração são amplamente ofensivos aos ideais republicanos e aos princípios democráticos, na proporção em que lesam não apenas o erário – o que não significa pouco, por óbvio – mas ainda uma série de valores e postulados que permeiam a atividade administrativa, os quais, em última instância, servem para o bem-estar do corpo social.

São delitos de elevada gravidade, pois além de afetar a normalidade da atividade administrativa e denegrir sua imagem junto à coletividade, adicionalmente ocasionam a redução da disponibilidade orçamentária do órgão lesado, não raro com consequências deletérias irreparáveis aos cidadãos necessitados do já tão parco dinheiro público, agravando os dissabores da sabidamente carente população brasileira⁹⁸.

Não por outra razão, demanda-se uma cada vez mais eficiente e eficaz tutela penal do patrimônio público e da moralidade administrativa, sob pena de tornar crescentemente mais férteis os terrenos da corrupção e da impunidade no país⁹⁹.

Dentre estes crimes, está o peculato, o qual se apresenta como o mais simbólico dos delitos contra a Administração, vez que as condutas inidôneas recaem diretamente sobre bens do Estado ou de particulares sob a guarda

ao Centro de Apoio nos primeiros meses do ano de 2016 sobre a capitulação jurídica da conduta praticada pela figura do funcionário público, comumente chamado de ‘fantasma’. Concluiu-se que aquele que, na condição de servidor público, recebe remuneração sem, efetivamente, exercer as respectivas atividades, incide no crime de peculato, capitulado no art. 312 do Código Penal. Trata-se de delito funcional, que se consuma no momento em que o funcionário público se apropria do dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo. Salienta-se, ainda, que a tipicidade penal atingirá não somente o funcionário ‘fantasma’, mas também aquele que o nomear (desde que ciente da situação)”. Publicado em 29/04/2016. Disponível em <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-1630.html>. Acesso em 02/07/2019.

⁹⁸ Nesta linha, CANTERJI-COELHO-FALAVIGNO. Limites ao conceito de funcionário público no Código Penal. In *IOB-Repertório de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*, São Paulo, v. 3, n. 3, fev. 2014, p.93-4.

⁹⁹ Na esteira do magistério de MARTINS JR. A correlação..., p.234.

deste, revelando uma intensa quebra de fidelidade dos agentes na condução de suas funções públicas, concomitantemente à degradação do patrimônio coletivo¹⁰⁰.

Neste contexto, aparecem as figuras dos funcionários fantasmas, servidores formalmente integrantes dos quadros funcionais de um ente administrativo, mas que não exercem, integral ou parcialmente, suas funções estatais, em prejuízo do serviço público prestado e do erário, pois, mesmo com o inadimplemento laboral, percebem normalmente suas remunerações.

No curso do estudo, após trazer à baila lições da doutrina sobre as figuras elementares dos crimes funcionais e, em especial, do peculato, bem assim destacar certas formas tidas por atípicas no ordenamento brasileiro e, a seguir, distinguir determinados aspectos relevantes daquelas infrações penais em cotejo com os crimes patrimoniais comuns, analisamos duas hipóteses recorrentes destas nefastas figuras criminosas, concluindo, se tratar, ambas, de casos típicos e caracterizadores do peculato-desvio.

Seja no caso de agente nomeante que percebe a remuneração do servidor fantasma sem o seu consentimento e conhecimento, seja na situação em que nomeante e nomeado estão conluiados, configura-se o desvio, porque o agente nomeante detinha a disponibilidade jurídica, isto é, a posse indireta e precedente das verbas inicialmente destinadas ao pagamento de um servidor real e assíduo, mas desvirtuadas desta finalidade e ilicitamente dirigidas ao proveito próprio, no primeiro caso, e alheio, em verdade, em conjunto com o nomeado, no segundo.

RIBEIRO, Robson Alves. A tipicidade penal do “funcionário fantasma”. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 12-45, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTI, Francisco de Assis. O peculato no Código Penal Brasileiro e no Código Penal Italiano. In *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 6, 1999, p.183-95.

_____. Lei n. 8.429/92. Dos crimes de corrupção e suas consequências. In *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 7, 2000, p.107-20.

¹⁰⁰ Cf. FAZZIO JR. *Corrupção...*, p.92-3.

CANTERJI, Rafael Braude; COELHO, Roberta Werlang; FALAVIGNO, Chiavelli. Limites ao conceito de funcionário público no Código Penal. In IOB-Repertório de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, v. 3, n. 3, fev. 2014, p.93-92.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. V. 3, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

COGAN, Artur. O peculato no anteprojeto do Código Penal. In *JUSTITIA*, São Paulo: PGJ; APMP, v. 59, n. 178, abr./jun. 1997, p.20-6.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. O crime de peculato-desvio como ofensa à normatividade da moralidade, probidade e eficiência administrativa. In RT, São Paulo: RT, v. 105, n. 972, out. 2016, p.99-126.

FAZZIO JR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Crimes contra a administração: atualização e reforma penal; por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra a administração pública. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p.59-93.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, t. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Comentários ao Código Penal*, V. 7, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. *Comentários ao Código Penal*. V. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARTINS JR, Wallace Paiva. A correlação entre os crimes previstos no decreto-lei nº 201/67 e a improbidade administrativa. In TURESSI, Flávio Eduardo (org.). *Crimes praticados por prefeitos*, São Paulo: LiberArs, 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. *Direito Penal: Parte Especial*. V. 3. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Apontamentos sobre o crime de peculato. In *JUSTITIA*, São Paulo: PGJ; APMP, v. 61, n. 185/188, jan./dez. 1999, p.28-38.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MPPR, *O problema da tipificação dos casos de “funcionários fantasmas”*, jan./2017, disponível em www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Peculato_Funcionario_Fantasma_Estudo_de_Caso__1.pdf, acesso em 02/07/2019.

_____. Informativo nº 343/2016. Disponível em <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-1630.html>. Acesso em 02/07/2019.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes praticados por funcionários contra a administração pública e improbidade administrativa. In *BDA*, São Paulo, v. 16, n. 7, jul. 2000, p.480-7.

TOURINHO, Demetrio Ciriaco Ferreira. *Do peculato*. Bahia: Catilina, 1915.

TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello. Peculato: imputação de “peculato de prestação de serviço” – atipicidade da conduta. In *JUSTITIA*, São Paulo: PGJ; APMP, v. 40, n. 100, 1º trim. 1978, p.468-72.

A Tipificação do Crime de *Stalking* – Lei 14.132/21 – Artigo 147-A, do CP: As Condutas e as Abordagens Sócio-psicológicas do Agente Infrator que Configuram e Tipificam o Fenômeno do Crime de *Stalking*.

THE BEHAVIOR AND SOCIO-PSYCHOLOGICAL APPROACHES OF THE OFFENDING AGENT THAT CONFIGURE AND TYPIFY THE PHENOMENON OF THE CRIME OF STALKING.

Natália da SILVA¹

Orientador: Wagner Camargo Gouveia²

• RESUMO

Com o crime conceituado, o meio definido e a punição estabelecida, a tipificação do crime de perseguição, cria mais um mecanismo útil a se coibir a violência que na maioria dos casos são contra mulheres. A violência contra a mulher acontece todos os dias, e a cada 2 segundos, uma mulher é vítima de violência física ou verbal no Brasil. Não se deve pensar como violência apenas a agressão que é visível na pele, mas também no âmbito psíquico que intimida suas ações e atitudes, limitando a sua forma de viver. O crime de *stalking*, se caracteriza pelas reiteradas condutas do *stalker*, sendo o maior desafio a identificação desse comportamento, que ocorre por meio das abordagens sociopsicológicas do agente infrator para que de fato o crime seja consumado. A tipificação do crime, visa a erradicação de tais atos para que cada vez menos, as vítimas sejam impactadas por este fenômeno.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Santa Cecília- UNISANTA. Graduada em Segurança Pública pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA. E-mail: nataliasilva83719@gmail.com

² Mestre em Direito da Saúde pela Unisanta – Universidade Santa Cecília em 2018; especialista em Direito Penal e Processo Penal pela mesma Universidade no ano de 2009; bacharel em Direito pela Universidade Santa Cecília em 2005 e nesse mesmo ano aprovado pela OAB/SP. Exerce o cargo de Delegado de Polícia desde 2008. Atuou em três Delegacias na Cidade de São Paulo, nos municípios de Diadema e agora em Guarujá.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Violência; Perseguição; Crime; Condutas; *Stalker*.

- **ABSTRACT**

The typification of the crime of stalking is key to curb violence that is mainly directed against women. As a matter of fact, women are victim of physical or verbal violence in Brazil every two seconds. One should not only think of violence just as physical aggression, but also as psychological aggression that intimidates women's actions, limiting their way of life. The crime of stalking is notable for the repeated conduct of the stalker. Identifying this behavior, which occurs through social and psychological approaches to the offender, is a great challenge. The typification of such crime aims to eradicate the above-mentioned acts, so that fewer victims are impacted by this phenomenon.

- **KEYWORDS**

Violence; Stalking; Crime; Conduct; Stalker.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 14.132/2021, foi sancionada pelo Presidente Jair Bolsonaro, em 31 de março de 2021, acrescentando ao Código Penal, o artigo 147-A, para tipificar o crime súbito, que ameaça à integridade física e/ou psicológica, praticado sistematicamente por qualquer meio, seja físico ou digital, também chamado de *cyberstalking*, a fim de que a sua liberdade e privacidade seja coibida, conforme prevê o dispositivo:

Perseguição

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

I – contra criança, adolescente ou idoso; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 3º Somente se procede mediante representação. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)³

A conduta de *stalkear*, caracteriza-se pelo fato de perseguir, importunar, insistir, causar desconforto com habitualidade a outrem, infringindo seus direitos fundamentais, tais sejam liberdade, segurança, a vida privada, intimidade, a honra, a imagem, conforme os termos do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal:

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: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁴

A recente tipificação do crime de *stalking*, por diversas vezes foi discutida em anos anteriores, em que não havia uma legislação específica para caracterizar o crime de perseguição, sendo utilizado o artigo 65 do Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1940 – Lei das Contravenções Penais.

As diversas condutas sociais e psicológicas do agente infrator, somatizam as ações, consumando o crime, impulsionado pela psicossomática. A violência na sociedade, muitas das vezes está ligada à forma de agressão física,

³ Código Penal de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em 10.02.2022.

⁴ Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10.02.2022.

em ato violento ligado a força, mas não se limita somente a esse tipo. Há diversas formas de estruturação da violência.

O tipo penal exige identificar a habitualidade e as formas de violência que são utilizadas para que de fato o crime seja consumado, com base na análise dos impactos que concernem a vida da vítima, tendo como premissa a conservação dos direitos líquidos e certos, taxado no rol de princípios absolutos e relativos positivados.

O tipo penal, só se dá mediante representação, ou seja, cabe somente à vítima comunicar aos órgãos competentes sobre a violação de seus direitos personalíssimos e individuais que foram ofendidos ou lesionados.

2. CONCEITO DE *STALKING*

Derivada dos Estados Unidos, na língua inglesa, a palavra *stalking* é a tradução de perseguindo na língua portuguesa. De acordo com o Dicionário de Cambridge⁵ *stalking* é “o crime de seguir e vigilar ilegalmente alguém durante um período de tempo” ou ainda “o ato de seguir uma pessoa ou animal o mais próximo possível sem ser visto ou ouvido”⁶.

O verbo principal é perseguir. A perseguição deve ser reiterada, com a finalidade de atormentar, importunar de maneira insistente, ameaçando a integridade física, emocional ou psicológica da vítima, pressupondo o medo que a vítima passará a ter para realizar as suas atividades cotidianas.

A prática do *stalking* está ligada à conduta do agente denominado *stalker*, em perseguir e vigiar obstinadamente, com a finalidade de obter todas as informações e ações que são inerentes à vida da vítima. Muitas das atitudes disparadas pelo *stalker* é tida como ações comuns da vida social, caracterizando condutas legais, que por si só não são criminosas.

As atitudes como enviar flores, entregar presentes, escrever cartas, contato através das redes sociais, ligações, SMS, entre outras ações, se combina-

⁵ Tradução nossa. Do original: “the crime of illegally following and watching someone over a period of time”. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/stalking>. Acesso em: 05 de março de 2022 às 20h33.

⁶ Tradução nossa. Do original: “the act of following a person or animal as closely as possible without being seen or heard”. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/stalking>. Acesso em: 05 de março de 2022 às 20h33.

das com o intuito de instilar medo ou lesão, podem caracterizar o crime de *stalking*. A perseguição por meios eletrônicos é denominada de *cyberstalking*.

Tais atos ocorrem quando o *stalker* possui pela vítima paixão excessiva e doentia, ódio, vingança, violência doméstica, fanatismo, ou qualquer outra causa subjetiva que leve o agente a praticar o ato de constrangimento.

Neste sentido, Vladimir Aras, Procurador Regional da República, relaciona as espécies de *stalking*:

O *stalking* pode ser **afetivo**, quando relativo a relacionamentos familiares ou amorosos, atuais ou pretéritos, entre o agente e a vítima; ou **funcional**, quando concernente a relações de trabalho, de comércio ou de ensino e estudo entre o autor e a vítima. Poderá também assumir a forma de perseguição **idólatra**, vinculada à admiração obsessiva de fãs, endereçada a artistas, a líderes políticos e religiosos ou a outras personalidades públicas. Pode ainda ser classificado como perseguição **presencial** ou **remota**. A **motivação** econômica pode estar presente, mas não é essencial à configuração do crime nem usual. Em geral, o agente agirá por ódio, raiva, vingança, inveja, idolatria, misoginia, fixação doentia ou paixão.⁷

Ainda conforme o Dictionary Merriam Webster's, o mais completo e popular dicionário estadunidense universitário, define em sentido estrito o *stalking* como "o ato ou crime de seguir ou assediar intencional e repetidamente outra pessoa em circunstâncias que fariam uma pessoa razoável temer lesão ou morte, especialmente por causa de ameaças expressas ou implícitas"⁸ e em *lato sensu* é definido como "um crime de envolvimento em um curso de conduta dirigido a uma pessoa que não serve a nenhum propósito legítimo e seriamente alarma, incomoda ou intimida essa pessoa"⁹.

⁷ O crime de *stalking* do art. 147-A do Código Penal. ARAS, Vladimir. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2021/04/01/o-crime-de-stalking-do-art-147-a-do-codigo-penal/>. Acesso em: 06 de março de 2022.

⁸ Tradução nossa. Do original: "*the act or crime of willfully and repeatedly following or harassing another person in circumstances that would cause a reasonable person to fear injury or death especially because of express or implied threats*". Disponível em: "*Stalking.*" Merriam-Webster.com Legal Dictionary, Merriam-Webster - <https://www.merriam-webster.com/legal/stalking>. Acesso em 05.03.2022.

⁹ Tradução nossa. Do original: "*a crime of engaging in a course of conduct directed at a*

A prática da perseguição, implica coagindo, marcando presença, com a invasão de privacidade da vítima, influenciando em seu estado emocional, sua reputação e até mesmo restringindo a sua liberdade.

O primeiro caso que chamou a atenção do público, aconteceu em 1989, no Estado da Califórnia, quando a atriz chamada Rebecca Shaeffer, foi morta a tiros em sua residência por um fã obcecado que a perseguia por cerca de três anos. O autor dos disparos, decidiu puni-la por acreditar que a atriz o traiu após uma cena de amor em que ela protagonizou em ‘Cenas da Luta de Classe em Beverly Hills’

A análise da definição de *stalking* para alguns estudiosos, a mais adequada interpretação é sistemática e teleológica. A teleologia é a forma de interpretação, buscando extrair a finalidade da norma, levando em conta as exigências para caracterizar o crime, buscando os princípios da justiça e do bem comum. Assim prevê o artigo 5º, da Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.¹⁰

O italiano Marcello Adriano Mazzola, define *stalking* como:

Stalking é o comportamento de quem (*stalker* ou “caçador à espreita”) molesta um sujeito (vítima) por meio de atos persecutórios e/ou intimidadores, de forma obsessivamente repetitiva, deixando a vítima em estado de *alerta* e relevante *preocupação*, quando não em profunda *angústia*.¹¹.

Para Damásio Evangelista de Jesus:

person that serves no legitimate purpose and seriously alarms, annoys, or intimidates that person”. Disponível em: “*Stalking*.” Merriam-Webster.com Legal Dictionary, Merriam-Webster - <https://www.merriam-webster.com/legal/stalking>. Acesso em 05.03.2022.

¹⁰ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 04 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 05.03.2022.

¹¹ MAZZOLA, Marcello Adriano. *I nuovi danni*. Dott. Antonio Miliani, 2008, p. 1047.

Stalking é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc.¹²

Logo, o *stalking* é a ação obstinada de perseguição, praticada na maioria dos casos por homens, mas também por mulheres, com o intuito de intervenção na vida cotidiana da vítima, persuadindo a sua liberdade emocional, física e psicológica, da forma direta ou indireta por intermédio de amigos, pessoas de convívio diário e familiares.

3. CONSTITUINTES DO *STALKING*

Para configurar o crime de *stalking*, é necessário que haja um sujeito ativo – o *stalker*, um sujeito passivo – a vítima e a ameaça ao dano real e infringente. Cada elemento, será desenvolvido isoladamente.

3.1. O *Stalker*

O *stalker*, em origem da língua inglês é mencionado “como *creepy*, ou seja, alguém sinistro, que causa repulsa e medo”¹³. É o perseguidor que está sempre de tocaia para entrar em contato com a vítima. Tem ações contínuas para se manter presente e atualizado sobre toda a rotina acerca do seu alvo para que não perca o ‘controle’ que acredita possuir de forma direta ou indireta, física ou psicologicamente.

Como um todo, os *stalkers* são homens e mulheres, porém em sua grande maioria é dominada pelo perseguidor do sexo masculino. O *stalker*, nor-

¹² *Stalking*. JESUS, Damásio Evangelista. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>. Acesso em: 06.03.2022.

¹³ CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e Cyberstalking*. Salvador. Juspodivm (2021).

malmente não costuma aparentar que tenha qualquer distúrbio ou obsessão por alguém, pois busca mesclar suas atitudes dentro dos ditames sociais, aparentemente inofensivos. Com base na linha tênue que há entre os comportamentos usuais, porém reiterados e metódicos, é que muitas das vezes se torna difícil identificar o *stalker*.

Isto porque, amiúde o agente perseguidor acredita que não está praticando qualquer mal físico ou psicológico, nem mesmo restringindo os direitos e liberdade da vítima.

Alessia Micoli, afirma que há uma dificuldade de nosografia quanto ao *stalker*:

é uma tarefa muito difícil conseguir enquadrar o *stalker* científica e nosograficamente, traçando suas características, examinando sua personalidade e seus modos de agir e de pensar. O *stalker*, continua Micoli, é um indivíduo que não conseguiu elaborar a rejeição, o abandono e a separação. Pode ser um indivíduo que, na vida, não tenha conseguido assimilar um luto. Ou, ainda, libertar-se de experiência traumática. Quando percebe que está perdendo a pessoa amada, o *stalker* começa a praticar atos com o intuito de controlar quem não o quer mais, a fim de que a decisão de abandono e distanciamento seja revertida¹⁴.

E complementa:

É um amor que, para o próprio *stalker*, demanda um gasto de energia que cansa moral e fisicamente; é um amor alienante, ba-

¹⁴ Tradução nossa. Do original: “È un compito molto arduo riuscire ad inquadrare scientificamente e nosograficamente l’o individuo stalker, rintracciando le sue caratteristiche, scrutando la sua personalità ed i suoi modi di agire e di pensare. Lo stalker è un individuo che, comunque, non ha elaborato il rifiuto, l’abbandono e la separazione; ed a volte è un soggetto che nella vita non sono riusciti ad elaborare un lutto; non è riuscito ad uscire fuori da alcune esperienze traumatiche. Questa persona quando ha la percezione che sta perdendo la persona amata mette in atto un agito che lo porta a dover controllare la propria vittima e a farla rinunciare a prendere la decisione dell’abbandono e dell’allontanamento”. MICOLI, Alessia. Il fenomeno dello *stalking*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 84. Disponível em: AMIKY, Luciana Gerbovic. *Stalking*. Mestrado em Direito. <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 29.06.2021.

seado em sentimentos de inadequação, carências, vergonha e insegurança. [...] E há um pensamento físico e mecanismos psicológicos que deixam em evidência que aquilo que ele vive deve ser experienciado pela própria vítima; ansiedade, agitação, auto-desvalorização, medo, insegurança, amor, preocupação e tensão contínua. [...] O *stalker* procura destruir psicologicamente a vítima, pois tem a convicção que ele também foi psicologicamente destruído por ela; por esse motivo, os *stalkers* se sentem vítimas de suas próprias vítimas¹⁵.

Segundo Valéria Diez Scarance Fernandes, Promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo, professora e pesquisadora da PUC, as mulheres são quem estão mais vulneráveis quanto à ocorrência desse crime, pois correm maior risco de ameaça, violência e morte, elevando os índices do feminicídio.

Em entrevista ao programa do Fantástico, após a tipificação do crime no Brasil, a Promotora destaca ainda que, de acordo com os estudos na Europa e Estados Unidos, há cinco tipos de perseguidores: o *stalker* rejeitado; o *stalker* ressentido; o *stalker* cortejador inadequado; o *stalker* em busca de intimidade e; o *stalker* predador. Sendo cada tipo com as seguintes características:

- a) **O rejeitado** é o mais trivial entre os comportamentos manifestados. Trata-se do agente que não aceita o rompimento de um tipo de relacionamento, seja amizade, namoro ou casamento. Acredita que enquanto persegue a vítima, mantém viva a relação, pois tem a falsa sensação de que a ligação ainda existe. Pelo fato da proximidade anterior

¹⁵ Tradução nossa. Do original: *“È un amore che allo stalker stesso toglie molte energie, che lo stanca fisicamente e moralmente; è un amore alienante basato sul senso di inadeguatezza, com delle carenze, che si fonda sulla vergogna e sull’insicurezza.[...] Ed ha um pensiero fisso e dei meccanismi psicologici che mettono in evidenza che quello che vivono loro lo devono far vivere alla propria vittima; ansia, agitazione, auto-svalutazione, paura, insicurezza, amore, preoccupazione e tensione continua. [...] Cerca di riuscire a distruggere psicologicamente la vittima in quanto ha la convinzione che anche loro sono stati distrutti psicologicamente, a loro volta, da lei; per tale motivo gli stalkers si sentono delle vittime della propria vittima”*. MICOLI, Alessia. Il fenomeno dello stalking. Milão: Giuffrè, 2012, p. 84. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 29.06.2021.

existente, a vítima tem uma maior dificuldade de romper o vínculo, mantendo o contato para evitar maior grau de incômodo pelo agente. Nesse caso, o risco é elevado em todas as áreas, pois pode haver o emprego de violência, persistência, reincidência e o dano, que tem por resultado final, a morte. A instrução de segurança para a vítima é não manter o contato.

- b) **O ressentido** é o predador que se sente injustiçado ou humilhado, porque não foi compreendido por suas ideias políticas, ou porque foi demitido, ou porque teve uma nota baixa na faculdade/escola, etc. Aqui, ele tem por finalidade a vingança ou a forma de tentar demonstrar que estava correto. Nesse caso, ele há um baixo risco de violência, porém um elevado risco de persistência.
- c) **O cortejador inadequado** é dominado pela solidão. Esse tipo de pessoa tem dificuldade de estabelecer relacionamentos. Não consegue criar diálogo, constituir amizades, relacionamentos sociais e afetivos, e então ele tenta estabelecer conexões forçadas para romper o tal isolamento social em que vive.
- d) **O que busca intimidade** é aquele que vive em um mundo imaginário. Ele vive com base na fantasia, imaginando que existe um amor ou amizade onde não tem. Quanto maior a rejeição, maior é a sua motivação. Aqui é perigoso, pois pode haver o envolvimento da doença mental, erotomania, a denominada Síndrome de *De Clèrambault*¹⁶. Os erito-

¹⁶ A síndrome, consiste em uma convicção do indivíduo por uma paixão que não existe. Transtorno Delirante. Critérios Diagnósticos 297.1 (F22). **Tipo erotomaníaco:** Esse subtipo aplica-se quando o tema central do delírio é o de que outra pessoa está apaixonada pelo indivíduo. **Tipo grandioso:** Esse subtipo aplica-se quando o tema central do delírio é a convicção de ter algum grande talento (embora não reconhecido), insight ou ter feito uma descoberta importante. **Tipo ciumento:** Esse subtipo aplica-se quando o tema central do delírio do indivíduo é o de que o cônjuge ou parceiro é infiel. **Tipo persecutório:** Esse subtipo aplica-se quando o tema central do delírio envolve a crença de que o próprio indivíduo está sendo vítima de conspiração, enganado, espionado, perseguido, envenenado ou drogado, difamado maliciosamente, assediado ou obstruído na busca de objetivos de longo prazo. **Tipo somático:** Esse subtipo aplica-se quando o tema central do delírio envolve funções ou sensações corporais. **Tipo misto:** Esse subtipo aplica-se quando não há um tema delirante predominante. **Tipo não especificado:** Esse subtipo aplica-se quando a crença delirante

maníacos, procuram satisfazer experiências sexuais ou uma forma de adaptar-se às intempéries da vida.

- e) **O predador** é alguém que busca relacionamento sexual a força com uma pessoa conhecida, com o objetivo de obter informações sobre o potencial da vítima.

Em suma, *stalker* é o sujeito que pratica o ato obsessivo e perturbador, ameaçando integridade física e psíquica, causando desconforto, incômodo e amedrontamento à pessoa que se torna seu alvo.

dominante não pode ser determinada com clareza ou não está descrita nos tipos específicos (p. ex., delírios referenciais sem um componente persecutório ou grandioso proeminente).

Subtipos: No tipo erotomaniaco, o tema central do delírio é o de que outra pessoa está apaixonada pelo indivíduo. A pessoa em relação à qual há tal convicção costuma ter condição superior (p. ex., alguém famoso ou em cargo superior no trabalho), embora possa ser um completo estranho. Tentativas de contato com o objeto do delírio são comuns. No tipo grandioso, o tema central do delírio é a convicção de ter algum grande talento ou conhecimento ou de ter feito alguma descoberta importante. Menos comum, a pessoa pode ter o delírio de manter uma relação especial com alguém renomado ou de ser uma pessoa famosa (caso em que o indivíduo verdadeiro pode ser visto como impostor). Delírios grandiosos podem ter conteúdo religioso. No tipo ciumento, o tema central do delírio é ter um parceiro infiel. Essa crença é injustificada e está baseada em inferências incorretas apoiadas por pequenas “evidências” (p. ex., roupas desalinhadas). A pessoa com o delírio costuma confrontar o cônjuge ou o parceiro e tenta intervir na infidelidade imaginada. No tipo persecutório, o tema central do delírio envolve a crença de que o próprio indivíduo está sendo vítima de conspiração, enganado, espionado, perseguido, envenenado ou drogado, difamado maliciosamente, assediado ou obstruído na busca de objetivos de longo prazo. Pequenas descortesias podem ser exageradas, tornando-se foco de um sistema delirante. O indivíduo afetado pode se envolver em tentativas repetidas de conseguir satisfação por alguma ação legal ou legislativa. Pessoas com delírios persecutórios costumam ser ressentidas e enraivecidas, podendo até recorrer à violência contra aqueles que, em sua opinião, lhe causam danos. No tipo somático, o tema central do delírio envolve funções ou sensações corporais. Podem ocorrer delírios somáticos de várias formas. Mais comum é a crença de que a pessoa emite odor desagradável, de existir uma infestação de insetos na pele ou sob ela, de haver um parasita interno, de que certas partes do corpo estão deformadas ou feias ou de que essas partes não estão funcionando. Disponível em <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf>. Acesso em: 24.03.2022.

3.2. A Vítima - Os Impactos na Sua Vida

Embora o *stalking* seja praticado por sujeitos comuns, as mulheres estatisticamente estão no maior índice das vítimas em todo o mundo.

Em Nova York, o gabinete do Prefeito, em conjunto com o Departamento de Polícia (NYPD) criaram o programa *Coordinated Approach to Preventing Stalking - CAPS*¹⁷ para redução do número de homicídios, que tem por iniciativa a conduta de perseguição por parceiros íntimos garantindo que haja a intervenção estatal através do número de denúncias, antes que “se transforme em lesão física, lesão física grave ou fatalidade”¹⁸

A moléstia causada por atos persecutórios e repetitivos, deixam a vítima vigilante sobre sua vida cotidiana, sentindo-se amedrontada e com profunda angústia.

A vítima, portanto, em maior parte do tempo, sente angústia e temor, afetando a sua própria formação de vontade, decisões e comportamentos, estimulando, no entanto, a restrição de seus hábitos, trajetos, rotinas, redes sociais, e por muitas das vezes, mudança do local de trabalho e residência.

Em uma pesquisa elaborada em 1999, pelo “*National Violence Against Women (NVAW)* com oito mil mulheres e oito mil homens americanos encontrou que 1% das mulheres e 0,4% dos homens haviam sofrido essa perseguição no último ano. Entre as vítimas mulheres, 62% dos perseguidores eram parceiros ou ex-parceiros e 43% das condutas ocorreram após o término do relacionamento”¹⁹.

Em um relatório divulgado pelo Departamento de Justiça norte-americano, *Stalking Victims in the United States – Revised*, há uma estimativa das vítimas de perseguição:

¹⁷ Tradução nossa: “*stalking behavior escalates to physical injury, serious physical injury or fatality*”. Disponível em: https://www1.nyc.gov/assets/ocdv/downloads/pdf/201810_CAPS%20Intro%20and%20Stalking%20Factsheet.pdf. Acesso em: 24.03.2022.

¹⁸ Tradução nossa. Do original: “*stalking behavior escalates to physical injury, serious physical injury or fatality*.”. Disponível em: https://www1.nyc.gov/assets/ocdv/downloads/pdf/201810_CAPS%20Intro%20and%20Stalking%20Factsheet.pdf. Acesso em: 24.03.2022.

¹⁹ Apud CAMPBELL, Jacquelyn et al. *Stalking and Intimate Partner Femicide*. Disponível em: http://ncdsv.org/images/HomicideStudies_StalkingAndIntimatePartnerFemicide_11-1999.pdf. Acesso em 16.03.2022.

Durante um período de 12 meses, estima-se que 1,5% das pessoas com 18 anos ou mais foram vítimas de perseguição; O percentual de vítimas de perseguição foi maior para indivíduos divorciados ou separados (3,3%), em comparação com aqueles casados, nunca casados ou viúvos; Quase 7 em cada 10 vítimas perseguidoras conheciam seu agressor em alguma capacidade. Uma maior porcentagem de fêmeas foi perseguida do que os machos; no entanto, fêmeas e machos eram igualmente propensos a sofrer assédio.²⁰

Após estudos realizados, foram apontadas que as vítimas do crime de *stalking* tem a sua saúde física e psicológica afetada.

Isto porque, a perseguição tem um nível elevado, o que inviabiliza ter uma rotina salutar de trabalho, vida social, estudos, entre as demais atividades do cidadão enquanto vive em sociedade.

Em uma pesquisa da *Glasgow Caledonian University* com mais de 125 vítimas de *stalking* na Escócia, obtiveram por resultado, a análise das consequências das suas vidas, física, mental e social²¹.

Nos relatos das vítimas, houve impactos como “tentativas de suicídio, ansiedade, depressão, perda de confiança e sentimentos de isolamento. Alguns mudaram de emprego e mudaram de casa depois de serem alvejados”.²²

Se os atos cometidos pelo *stalker* atingirem e interromperem por mais de 30 dias as suas obrigações diárias como trabalho, estudo, entre outras ati-

²⁰ Tradução nossa. Do original: “During a 12-month period, an estimated 1.5% of persons age 18 or older were victims of stalking; The percentage of stalking victims was highest for individuals who were divorced or separated (3.3%), compared to those married, never married, or widowed; Nearly 7 in 10 stalking victims knew their offender in some capacity; A greater percentage of females were stalked than males; however, females and males were equally likely to experience harassment”. Disponível em: https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/svus_rev.pdf. Acesso em: 23.03.2022.

²¹ PROCTOR, Katy. *Stalking victims reveal impact on mental health*. Disponível em <https://www.gcu.ac.uk/theuniversity/universitynews/2019-stalking-victims-reveal-impact-on-mental/>. Acesso em: 23.03.2022.

²² PROCTOR, Katy. *Stalking victims reveal impact on mental health*. Disponível em <https://www.gcu.ac.uk/theuniversity/universitynews/2019-stalking-victims-reveal-impact-on-mental/>. Acesso em: 23.03.2022.

vidades, configurará crime de lesão corporal de natureza grave em concurso com o crime de *stalking*, nos termos dos artigos 129, §1º, inciso I, artigo 147-A e artigo 70, do Código Penal.

Importante salientar que nos casos em que a perseguição for motivada pela condição do sexo feminino, irá conferir o direito à mulher de acordo com a majoração do próprio dispositivo tipificador do crime (147-A, §1º, inciso II, CP), além da aplicação da Lei Maria da Penha e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), que serão dispendidas ao longo deste artigo.

Em suma, Marcello Gazolla reconhece que:

vítima predominante é a mulher, embora não se exclua a hipótese de homens serem perseguidos. Contudo, o homem raramente reporta a perseguição às autoridades, seja porque se envergonha ou porque é pouco propenso a considerar a mulher *stalker* como ameaça real. Também não se exclui a possibilidade de a vítima ser constituída por um grupo de pessoas— por exemplo, todo um núcleo familiar.²³

3.3. A Etiologia Para a Consumação do Crime – A Ameaça ao Dano dos Seus Direitos Violados

O dano ou a probabilidade e a ameaça fundada do dano, devem ser demonstradas a fim de que possa estabelecer e configurar a prática de *stalking*.

A reincidência e a persistência contemplam a continuação do curso de conduta do agente, colocando em risco e causando danos a vítima, podendo chegar a um nível elevado baseado na agressão física e sexual.

Como já mencionado em tópico específico das condutas do *stalker*, a primeira observância a se fazer é na extensão das práticas cometidas em face do seu alvo, mesmo que por vezes, suas atitudes sejam sorrateiras e pareçam ser do “último romântico”.

²³ Tradução nossa. Do original: “*Vittima predominante è sicuramente la donna, anche se non è escluso (i) che possa essere un uomo: in tali casi la vittima di sesso maschile raramente riferisce il fatto alle autorità. O perché l'uomo si vergogna o perché è poco propenso a considerare la donna stalker come una minaccia reale. Non è nemmeno escluso (ii) che possa trattarsi di più persone, per ipotesi appartenenti al medesimo núcleo familiare [...]*” MAZZOLA, Marcello Adriano. *I nuovi danni*. Padova: Dott. Antonio Milani, 2008, p. 1054.

A conduta é levada à conclusão de que o dolo é evidente, pois tem a intenção em deferir as ações em face do seu alvo. Após o despertar da vítima diante o comportamento continuado e desagradável, que estão desde condutas lícitas até o assédio elevado, passando a ter a presença física do agente.

J. Reid Meloy²⁴, psicólogo e professor clínico de psiquiatria na Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em San Diego, atua na consultoria de casos criminais na América do Norte e na Europa e sugere que alguns aspectos importantes devem ser assistidos para identificar a ameaça ou as ocorrências do dano já causado:

a) Abordagem em networking: é a comunicação da vítima com um amigo ou familiar, que lhe proporcione um respaldo de um profissional seja psicológico ou autoridade.

b) Segurança pessoal: é peremptório que a vítima tenha a sensibilidade de perceber sua auto segurança para que colabore com o suporte de autoridades, além da coleta dos demais elementos constitutivos do tipo penal.

c) Documentação: é necessário que a vítima crie relatórios, como um diário, relatando minuciosamente cada ação, além de manter áudios, vídeos, fotos, conversas, e-mails, mensagens, para comprovar a conduta reiterada de perseguição.

d) Ausência de contato: o contato da vítima com o *stalker* deve ser o menor possível, pois de maneira indireta, quebra a linha de frequência e afirmação do comportamento de importunação.

e) Medida protetiva: embora dependa de representação da vítima, a medida protetiva pode evitar uma escalada para um maior grau de violência, além do assédio. As vítimas podem contribuir para que as autoridades acompanhem e identifiquem o perfil do *stalker*, dimensionando o seu grau de periculosidade.

f) Representação: dado o momento em que a vítima se sente amedrontada, tenha alterações em seu emocional e se sinta restrita às suas atividades cotidianas, deverá se reportar as autoridades públicas para registrar a ocorrência e iniciar a ação penal.

g) Saúde emocional afetada: muito comum o psicológico das

²⁴ CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e Cyberstalking*. Salvador. Juspodivm (2021). Págs. 137-141.

vítimas serem afetados no crime de *stalking*. São identificadas crises de ansiedade, quadros depressivos, agressividade, entre outros aspectos psicológicos.

h) Segregação e encarceramento: é a resposta punitiva no sistema penal dos *stalkers*. É a imputação das consequências no âmbito criminal e psicológico/psiquiátrico.

i) Avaliação periódica do risco: acompanhamentos das condutas do *stalker* para verificar se o grau de perseguição pode se renovar ou se intensificar.

j) Avaliação em momentos dramáticos: nesses momentos, o *stalker* estará em estado psicológico completamente ampliado com a ambição de que seja correspondido pela vítima. Aqui gera um grau de risco, pois o agente pode agir de forma violenta.

Em síntese, a gestão e análise de risco deve ser baseada na vigilância do *stalker* sobre a vítima, ao ponto que invada a sua privacidade de modo indesejado, intimando e interferindo em sua liberdade, causando danos físicos, psíquicos e morais, inibindo e impondo o temor a sua vida, de seus familiares e amigos, para resistir em contraposição da insistência do perseguidor.

4. O CYBERSTALKING

Diante o mundo atual e das diversas evoluções tecnológicas, a virtualidade virou uma comunidade, de modo que há relevância de condutas, exposição de ideias, interações, troca de informações, entre as diversas formas de entrosamento.

No entanto, a exacerbada necessidade tendenciosa dos estímulos sócio virtuais, elevam a invasão das esferas de privacidade e intimidade.

O *cyberstalking* não define a conduta e sim o mecanismo utilizado para cometer o delito. Os comportamentos são disparados por meios tecnológicos de comunicação.

Para a garantia da legalidade do tipo penal, há de se fazer uma separação para identificar a invasão da esfera de liberdade no mundo cibernético. Assim explica Ana Lara Camargo e Spencer Toth:

O usuário que se expuser publicamente, permitir comentários em suas postagens e mesmo compartilhamentos de suas mídias ao público em geral não poderá alegar incomodo genérico em relação a um usuário específico, inserido no público autorizado.

Essa perturbação deverá ser pormenorizada.

Contudo, quando estiver em sua esfera privada informática – seu momento de lazer particular ou sua comunicação privada com demais usuários – a importunação poderá, por certo, ser facilmente identificada. No mesmo sentido, um usuário bloqueado ou para o qual alguém não tem interesse de dar acesso ao seu conteúdo (como se vê nas listas de restrições) – mas que permanece criando modos de se comunicar, apesar do claro rechaço ou desinteresse da outra parte, pode incorrer no assédio ou importunação que configura a novel conduta.²⁵

Dessa forma, é fundamental o absoluto exame das ações tidas nos canais cibernéticos e a finalidade da conduta para a demonstração do nexu causal.

No *cyberstalking*, uma das condutas é denominada de *doxing* ou *doxxing*. O *doxxing*, tem a origem da palavra documentos. Consiste na ação de utilizar e divulgar os dados pessoais através de pesquisas, utilizando-os para intimidar, assediar e humilhar a vítima. A obtenção destes dados pode estar interligada ao sub-mundo da comercialização de dados pessoais online e utilizados para perseguição.

Além disso, o mundo cibernético se faz muito mais amplo para o cometimento de outros crimes como o “*Revenge Porn*” (pornografia de vingança) um ato de vingança através da publicação de fotos ou vídeo e “*Sextorsion*” (sextorsão), uma forma de extorquir o protagonista das imagens. Ambos os crimes, se cometidos em concurso com o *stalking*, aplicar-se-á o delito previsto no artigo 216-B ou 218-C, a depender do caso concreto.

Importante ressaltar que com as sofisticadas revoluções dos aparelhos smartphones, a facilidade de obter dados através de uma simples pesquisa se tornou “habitual”.

Isto porque, as redes sociais como *Twitter*, *Facebook*, *Instagram*, *Tik-Tok*, entre outros; propõe que você descreva a sua “biografia” e acrescente quaisquer informações que lhe sejam convenientes. Muitas das vezes, postagem de fotos, vídeos, descrições detalhadas da presença em locais de preferência em tempo real, são expostas voluntariamente, porém são canais para se ter maior acesso à vítima.

²⁵ CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e Cyberstalking*. Salvador. Juspodivm (2021).

Outrossim, também diz respeito a possibilidade de saber quem são os amigos, onde estuda, trabalha, faz atividade física, entre as demais atividades cotidianas.

Convém trazer à baila que o *cyberstalking*, pode contribuir para que haja a participação de mais de uma pessoa, por exemplo, um grupo, permitindo uma importunação à vítima em massa.

A propensão do anonimato no *cyberstalking*, garante que o nível do crime incorra em maiores impactos sobre a vítima. Isto porque, a divulgação de dados, a frequência de envio de mensagens e e-mails tem uma agilidade em propagação dos danos, o que dificulta até mesmo para a identificação e controle das autoridades.

Há também a probabilidade da transação do modo de perseguição. O agente perseguidor pode iniciar a conduta de *stalkear* utilizando-se do meio físico e por se sentir atraído, buscar informações no âmbito virtual. Como também pode ocorrer o inverso. Neste caso, a perseguição inicia-se com o uso dos meios eletrônicos e em determinado momento surge a necessidade de ter o contato físico, mesmo que à priori, seja visual.

Em um plano de ação global, foi criado por especialistas e cidadãos de todo o mundo um contrato para o mundo da *web*. O *Contract for The Web*²⁶ tem por missão o acesso ao mundo virtual à todas as pessoas, para que seja utilizado de forma sadia e proveitosa, visando somatizar e integrar a população, erradicando a violação de privacidade, desinformação, supressão e comunicação sem medo de abuso.

A elaboração do contrato foi coordenada pelos governos da França e Alemanha, empresas como *Google e Microsoft*, além da ajuda de especialistas em políticas. Teve por premissa as legislações, tratados e convenções de Direitos Humanos e estruturas internacionais dos governos de todo o mundo. Ao final, o contrato foi estruturado por: “1) Acesso, 2) Abertura, 3) Privacidade e Direitos de Dados, 4) Tecnologia Positiva 5) Ação Pública”²⁷.

A busca da adesão do contrato por fóruns internacionais como a ONU, além de leis e regulamentos nacionais, continua ativa.²⁸

²⁶ *Contract for The Web*. Disponível em: <https://contractfortheweb.org/>. Acesso em 24.03.2022.

²⁷ *Contract for The Web*. Disponível em: <https://contractfortheweb.org/>. Acesso em 24.03.2022.

²⁸ Ao final da pesquisa, subscrevi como endossatária, apoiando o *Contract for The Web* como pessoa física.

No Brasil, foi sancionada em agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018, que tem o objetivo de regulamentar e responsabilizar quem veicula os dados de terceiros, garantindo a privacidade do indivíduo, conforme preceituam os artigos 1º e 2º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.²⁹

A imaterialidade das redes amplifica as condições de interação e permanência, muitas das vezes através do anonimato, para o cometimento do delito, ocultando a previsibilidade da extensão do dano material e psicossomático à vítima.

4.1. O *Cyberstalking* em Mais Uma Revolução Tecnológica: O *Metaverso*

Em mais uma revolução tecnológica, surge um novo mundo de interação entre as ‘pessoas’ representadas por avatares: o metaverso.

²⁹ Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei nº13.709/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 25.03.2022.

Ainda em fase de construção e ambientação, o metaverso prevê que haverá de ter regulamentações um tanto quanto na vida real.

Isto porque os avatares – monitorados e manipulados por pessoas, estão criando uma fruição de vida em sociedade, onde há o direito e gozo de direitos fundamentais, materiais e morais, com previsão de consequências jurídicas. Um dos propósitos do metaverso, é criar a possibilidade de viver por intermédio de bonecos, carregando direitos personalíssimos sem que haja a possibilidade de cópia de suas criações através do NFT (tokens não fungíveis).

Diante as diversas esferas do direito, o *stalking* logo poderá ser inserido e previsto nesse novo mundo que deverá estabelecer os novos limites comportamentais.

Em novembro de 2021, uma usuária já relatou que foi assediada e que “praticamente estupraram”³⁰ seu avatar:

Dentro de 60 segundos depois de entrar, eu fui assediada verbal e sexualmente por três ou quatro avatares masculinos, com vozes masculinas, essencialmente, mas praticamente estupraram meu avatar e tirei fotos. Enquanto eu tentava fugir eles gritaram: ‘não finja que você não amou’ e ‘vá se esfregar na foto’ (Nina Jane Patel)³¹

Após a denúncia, em 04 de fevereiro de 2022, a Meta anunciou um novo recurso de ‘limite pessoal’ entre os avatares, de 4 pés de distância (aproximadamente 1,20 metros):

Hoje, estamos anunciando uma atualização do nosso recém-lançado *Personal Boundary for Horizon Worlds* que dará às pessoas mais controle sobre sua experiência de RV. A distância de aproximadamente 4 pés entre seu avatar e os outros permanecerá ati-

³⁰ Assédio e limites: o desafio de regulamentar o metaverso. Disponível em: <https://peckadv.com.br/blog/2022/02/10/assedio-e-limites-o-desafio-de-regulamentar-o-metaverso/>. Acesso em 25.03.2022.

³¹ Assédio e limites: o desafio de regulamentar o metaverso. Disponível em: <https://peckadv.com.br/blog/2022/02/10/assedio-e-limites-o-desafio-de-regulamentar-o-metaverso/>. Acesso em 25.03.2022.

vada por padrão para não amigos, e agora você poderá ajustar seu limite pessoal no menu Configurações em *Horizon Worlds*.³²

E ainda complementa que mesmo sendo possível o ajuste dos limites de distância, estabelecerá um mínimo de segurança:

Com base no feedback da comunidade, agora você pode escolher entre três opções que dão à nossa comunidade controles mais personalizados para que eles possam decidir como querem interagir em suas experiências de RV:

Ativado para não amigos: O padrão de configuração - seu limite pessoal é definido a uma distância de aproximadamente 4 pés entre seu avatar e os de qualquer pessoa que não esteja na sua lista de amigos

Ativado para todos: seu limite pessoal está definido para uma distância de aproximadamente 4 pés entre seu avatar e qualquer outro

Desligado: seu limite pessoal de aproximadamente 4 pés está desativado, mas ainda forneceremos um pequeno limite pessoal para evitar interações indesejadas (isso era padrão antes do lançamento do limite pessoal)³³

³² *Introducing a Personal Boundary For Horizon Worlds And Venues*. Tradução nossa. Do original: “Today, we’re announcing an update to our recently launched Personal Boundary for Horizon Worlds that will give people more control over their VR experience. The roughly 4-foot distance between your avatar and others will remain on by default for non-friends, and now you’ll be able to adjust your Personal Boundary from the Settings menu in Horizon Worlds”. Disponível em: <https://www.oculus.com/blog/introducing-a-personal-boundary-for-horizon-worlds-and-venues/>. Acesso em: 25.03.2022.

³³ *Introducing a Personal Boundary For Horizon Worlds And Venues*. Tradução nossa. Do original: “Based on community feedback, you can now choose from three options that give our community more customized controls so they can decide how they want to interact in their VR experiences: On for Non-Friends: The default on setting—your Personal Boundary is set to a roughly 4-foot distance between your avatar and those of anyone not on your friends list. On for Everyone: Your Personal Boundary is set to a roughly 4-foot distance between your avatar and any others. Off: Your roughly 4-foot Personal Boundary is off, but we will still provide a small personal boundary to prevent unwanted interactions (this was standard prior to the launch of Personal Boundary)”. Disponível em: <https://www.oculus.com/blog/introducing-a-personal-boundary-for-horizon-worlds-and-venues/>. Acesso em: 25.03.2022.

A Meta anuncia ainda que, está definindo e estudando novas normas comportamentais, “explorando novas maneiras de ajudar as pessoas a se sentirem confortáveis”.

Contudo, é clarividente que será um grande desafio criar a normatização do novo mundo, para que não seja uma territorialidade sem normas e que as pessoas reflitam no mundo cibernético o que na vida real não estão livres da punibilidade.

5. AS ABORDAGENS SOCIOPSICOLÓGICAS DA VIOLÊNCIA PARA O COMETIMENTO DO CRIME

No atual contexto da sociedade, é imprescindível a praticabilidade do direito consuetudinário, de modo que os valores psicológicos, morais e da criminologia estão interligados para a resolução dos conflitos sociais.

Muitos dos perseguidores, possuem distúrbios psicológicos e realizam tratamentos com profissional da psicologia ou psiquiatra.

Não obstante não ser uma regra, o *stalker* tem a necessidade de afirmação de que está sendo percebido, mesmo que de forma negativa. Dessa forma, pode ter a confirmação de que, de algum modo, está fazendo parte da vida do seu alvo. Por maioria das vezes, após a constatação do crime de *stalking*, são identificados com indícios de distúrbios de personalidade e autoestima volúvel.

5.1. Conceito de Violência

É notório que quando empregamos o uso da palavra violência, associamos ao ato violento ligado à força física com o objetivo de causar a outrem, prejuízos, danos físicos, sociais, psicológicos, entre outros.

Não obstante essa indução à força física, o conceito da violência se faz muito mais amplo ao que se pode dimensionar.

Isto porque, podem estar presentes alguns fatores que motivam o comportamento violento:

- 1) O fator pessoal: pode ser utilizado para satisfazer as necessidades biológicas, sentimentais, psicológicas e/ou sociais;
- 2) O fator contextual: aquele que faz a contextualização das desigualdades civis e sociais não conseguindo se equiparar aos demais indivíduos da sociedade;
- 3) O fator de interação: aquele que traz à tona os fatores pessoais e contextuais da vida do indivíduo.

Neste sentido, Marilena Chaui, professora do Departamento de Filosofia da USP, propôs uma definição de violência, em artigo publicado na Folha de São Paulo de 1999:

- 1) tudo o que age usando a força para ir contra a natureza de algum ser (é desnaturar); 2) todo ato de força contra a espontaneidade, a vontade e a liberdade de alguém (é coagir, constranger, torturar, brutalizar); 3) todo ato de violação da natureza de alguém ou de alguma coisa valorizada positivamente por uma sociedade (é violar); 4) todo ato de transgressão contra o que alguém ou uma sociedade define como justo e como um direito. Consequentemente, violência é um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão e intimidação, pelo medo e o terror. A violência se opõe à ética porque trata seres racionais e sensíveis, dotados de linguagem e de liberdade, como se fossem coisas, isto é, irracionais, insensíveis, mudos e inertes ou passivos.³⁴

Já a socióloga, Maria Cecília de Souza Minayo, define como “Qualquer ação intencional, perpetrada por indivíduo, grupo, instituição, classes ou nações, dirigida a outrem, que cause prejuízos, danos físicos, sociais, psicológicos e (ou) espirituais.”³⁵

E ainda complementa:

Trata-se de um complexo e dinâmico fenômeno biopsicossocial, mas seu espaço de criação e desenvolvimento é a vida em sociedade. Portanto, para entendê-la, há que se apelar para a especificidade histórica. Daí se conclui, também, que na configuração da violência se cruzam problemas da política, da economia, da moral, do Direito, da Psicologia, das relações humanas e institucionais, e do plano individual (Minayo, 1994, p.1)³⁶

³⁴ Uma ideologia perversa. Chaui, Marilena. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs14039904.htm>. Acesso em 19.03.2022.

³⁵ COELHO, Elza Berger Salema; SILVA, Anne Caroline Luz Grüdtner da; LINDNER, Sheila Rubia. Disponível em: https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/1862/1/Definicoes_Tipologias.pdf. Acesso em: 19.03.2022.

³⁶ COELHO, Elza Berger Salema; SILVA, Anne Caroline Luz Grüdtner da; LINDNER, Sheila Ru-

5.2. Teorias Bioantropológicas da Violência

Uma das razões da violência pode estar ligada aos aspectos da biologia, genética e neurociência.

A bioantropologia contribui para as descobertas com bases biológicas e socioecológicas das condutas passadas e presentes do ser humano, utilizando-se da antropologia para auxiliar o entendimento dos fenômenos humanos.

Alguns pesquisadores levantam hipóteses sobre o determinismo biológico para a contribuição do crime. Outra corrente, acredita que o ambiente social se faz assídua em sua interpretação.

Renato Zamora Flores, acredita que “genes influenciam o comportamento de uma maneira probabilística, contribuindo para condições psicológicas que facilitam ao indivíduo agir de maneira violenta”³⁷.

Em suma, o transtorno de personalidade e o comportamento da conduta de cometer o crime está associada ao diálogo entre aspectos biológicos (predisposições genéticas) e sociais (ambientes de convivência), analisando o meio para o determinismo da idiossincrasia do indivíduo.

6. O *STALKING* NA LEGISLAÇÃO

O projeto da Lei 14.321/2021

O Projeto de Lei 1.369/2019 com autoria da Senadora Leila de Barros, foi proposto para inserir ao capítulo de crimes contra a liberdade individual, na seção dos crimes contra a liberdade pessoal, a previsão do crime de perseguição.

O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados aos 10 dias do mês de dezembro de 2020 e foi aprovado no Senado Federal por votação unânime (74 votos mais o presidente) em 09 de março de 2021.

A Lei 14.132/2021 foi sancionada pelo Presidente da República em 31 de março de 2021 e passou a vigorar a partir da data de sua publicação, que se deu no primeiro dia de abril de 2021. Em contrapartida, a inclusão do artigo 147-A, foi revogado o artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

bia. Disponível em: https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/1862/1/Definicoes_Tipologias.pdf. Acesso em: 19.03.2022.

³⁷ FLORES, Renato Zamora. A biologia na violência. Ciência, Saúde coletiva, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 197-202, 2002.

O artigo 147-A, possui a seguinte redação:

Perseguição

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.³⁸

A partir de então, passou a vigorar o referido artigo no Código Penal de 1940.

6.1. O Posicionamento Doutrinário Quanto à Revogação do Artigo 65 do Decreto-Lei Nº 3.688, De 3 de Outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

É de inteira contraposição dos doutrinadores a revogação do artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, que previa:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis³⁹

³⁸ Código Penal de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27.03.2022.

³⁹ Lei das Contravenções Penais. Decreto-lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm#art65. Acesso em: 27.03.2022.

O dispositivo da Lei de Contravenções Penais é que supria, em parte, as condutas de perseguição identificadas e a partir dessa substituição é que se vê um equívoco por parte do legislador.

Os verbos abrangentes do artigo 65 eram “molestar” e “perturbar”. Ao realizar uma comparação com o artigo 147-A, verifica-se que no artigo revogado, não precisava ocorrer a conduta de ameaça, restrição e amedrontamento, como exige a atual legislação.

A partir daí surgiu a discussão sobre a revogação: se a contravenção penal foi revogada, há *abolitio criminis*?

Houve sustentação para duas circunstâncias. A primeira é de que o artigo tratava de condutas reiteradas importunando e perturbando o sossego da vítima e sendo assim, não se extingue a punibilidade, com a condição da pena anterior, em razão da atual ser mais severa. Em segunda circunstância, quem agia de forma somente a importunar e perturbar o sossego da vítima, sem ações reiteradas, foi aplicada a extinção da punibilidade nos termos do artigo 107, inciso III, do Código Penal.

Em suma, o artigo previsto na Lei de Contravenções Penais, classificava o delito de perseguição, como perturbação da tranquilidade, sendo o núcleo do tipo a moléstia e o desassossego, com o intuito de perturbar acintosamente ou de modo reprovável a tranquilidade alheia, sem exigir a habitualidade.

A partir da *novatio legis* o crime de menor potencial ofensivo e de infração comum, com um único ato de perturbação ou motivo reprovável, deixou de ser aplicado, já que a nova previsão tem por exigência a ação de forma reiterada.

6.2. Lei 11.340/06 - A Aplicação da Lei Maria da Penha Para a Punição dos Atos de Perseguição

A Lei 11.340/06 em seu artigo 7º, identifica diversas condutas que são praticadas no crime de *stalking*, por meio de ameaças e violências em geral.

A Lei Maria da Penha é abrangente na medida em que aporta hipóteses muito mais amplas do que somente a efetiva agressão física contra a mulher, identificando os meios que possam causar prejuízo a saúde psicológica, que é tão ou mais grave do que agressão física.

No âmbito de assegurar à mulher para coibir a violência doméstica e familiar, o artigo 7º da Lei 11.340/06, prevê de forma taxativa meios de violência, auxiliando e norteadando a interpretação do tipo penal:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A sua abrangência tem o intuito de caracterizar a violência psicológica, entre outras condutas, a que busca degradar ou controlar as emoções da vítima por meio de vigilância constante e perseguição contumaz.

A ameaça à integridade psicológica, sob o prisma da perseguição, há de se relevar que pode ser o início da ocorrência de crimes de maior potencial ofensivo, como por exemplo o feminicídio.

Isto porque, a falsa sensação de ter o controle sobre a vida de outrem, impulsiona para o alcance de resultados mais gravosos. O fato de importunar, constranger, humilhar, vigilar constantemente, delimitar o direito de ir e vir, pode ter como resultado a morte elevando os altos índices de feminicídio.

Um dos primeiros casos brasileiros veiculado nos canais de comunicação e que foi submetido à aplicação da Lei Maria da Penha, aconteceu em face de uma jovem quando em 2013, aos 13 anos de idade, viajou para o Litoral de São Paulo com a família e nessa ocasião conheceu um rapaz que à época tinha 17 anos.

O jovem demonstrou interesse por ela e não foi correspondido como pretendia. A partir de então, passou a perseguir reiteradamente a vítima, se valendo da criação de diversos perfis *fakes* nas redes sociais para comunicar-se com ela. O caso foi submetido aos Tribunais brasileiros para o Juizado de Violências Domésticas, aplicando a Lei Maria da Penha.

O tipo penal previsto no artigo 147-A, do Código Penal, poderá atuar como impedimento à ocorrência do feminicídio e sendo assim, será mais uma forma de reforçar a proteção das mulheres em uma sociedade predominantemente antropocêntrica, reduzindo o sentimento de controle, ódio e poder do agressor.

6.3. Lei 14.188/2021 – Da Violência Psicológica Contra a Mulher

Em 29 de julho de 2021, foi publicada a Lei 14.188/21 que inclui ao Código Penal de 1940, a tipificação do crime de violência psicológica contra a mulher.

Embora a violência psicológica esteja prevista no artigo 7º, da Lei Maria da Penha – Lei 11.340/06, ainda não havia o tipo penal específico para punir o agente infrator. A tipificação foi inserida no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, no artigo 147-B, nos seguintes termos:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021).

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

As medidas de proteção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito psicológico, foram a base para a criação da nova legislação, de acordo com as premissas previstas na Lei Maria da Penha e no Código Penal.

O crime constitui tipo próprio e a vítima deve ser mulher, seja criança, adulta ou idosa, importando que seja do gênero feminino. Em entendimento jurisprudencial e doutrinário, prevalece ainda sob o manto desta *novatio legis*, a mulher transgênero, mesmo que ainda não tenha sido submetido à cirurgia para a transição sexual.

As condutas típicas para o crime consumado, devem ser caracterizadas sob o prisma da ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir e qualquer meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação.

6.4. A Legislação nos Estados Unidos: Califórnia, a Edição da Lei Anti *Stalking*

Nos Estados Unidos, a edição de leis anti *stalking*, tomou força quando do assassinato da atriz Rebecca Shaeffer, em 1989, no Estado da Califórnia, que foi morta a tiros em sua residência por um fã obcecado que a perseguia por cerca de três anos.

A tipificação foi publicada em 23 de setembro de 1996 e editada em 2006, na seção geral, para reafirmar as disposições anteriores relacionadas à perseguição, de modo a incluir vigilância com intenção de matar, ferir, assediar ou intimidar que resulte em sofrimento emocional substancial para uma pessoa dentro do alcance do crime proibido.

O texto legal previsto no *US Criminal Code*, está previsto nos seguintes termos:

Capítulo 110A - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PERSEGUIÇÃO (§§ 2261 - 2266)

Seção 2261A – Perseguição

§2261A. Perseguição

Quem quer que—

(1) viajar no comércio interestadual ou estrangeiro ou dentro da jurisdição marítima e territorial especial dos Estados Unidos, ou entrar ou sair do país indiano, com a intenção de matar, ferir, assediar ou colocar sob vigilância com a intenção de matar, ferir, assediar ou intimidar outra pessoa e, no decorrer ou como resultado de tal viagem, colocar essa pessoa em medo razoável de morte, lesão corporal grave ou causar sofrimento emocional substancial a essa pessoa, um membro da família imediata (conforme definido na seção 115) dessa pessoa, ou o cônjuge ou parceiro íntimo dessa pessoa; ou

(2) com a intenção—

(A) matar, ferir, assediar ou colocar sob vigilância com a intenção de matar, ferir, assediar ou intimidar, ou causar sofrimento emocional substancial a uma pessoa em outro Estado ou jurisdição tribal ou dentro da jurisdição marítima e territorial especial dos Estados Unidos; ou

(B) colocar uma pessoa em outro estado ou jurisdição tribal, ou dentro da jurisdição marítima e territorial especial dos Estados Unidos, com medo razoável de morte ou lesão corporal grave a—

(i) essa pessoa;

(ii) um membro da família imediata (conforme definido na seção 115.1 dessa pessoa; ou

(iii) um cônjuge ou parceiro íntimo dessa pessoa;

usa o correio, qualquer serviço de computador interativo ou qualquer instalação de comércio interestadual ou estrangeiro para se envolver em um curso de conduta que cause sofrimento emocional substancial a essa pessoa ou coloque essa pessoa em medo razoável de morte ou lesão corporal grave a, qualquer uma das pessoas descritas nas cláusulas (i) a (iii) do subparágrafo (B); 2 será punido conforme previsto na seção 2261(b) deste título.

(Publicação adicionada L. 104–201, div. A, título X, §1069(a), 23 de setembro de 1996, 110 Stat. 2655; Publicação alterada L. 106–386, div. B, título I, §1107(b)(1), 28 de outubro de 2000, 114 Stat. 1498; Pub. L. 109-162, título I, §114(a), 5 de janeiro de 2006, 119 Stat. 2987.)

Alterações

2006 — Pub. L. 109–162 alterou o slogan e o texto da seção em geral, revisando e reafirmando as disposições anteriores relacionadas à perseguição, de modo a incluir vigilância com intenção de matar, ferir, assediar ou intimidar que resulte em sofrimento emocional substancial para uma pessoa dentro do alcance do crime proibido.

2000 — Pub. L. 106–386 reformulou o slogan da seção sem alterações e alterou o texto em geral. Antes da emenda, o texto dizia o seguinte: “Quem viajar através de uma fronteira estadual ou dentro da jurisdição marítima e territorial especial dos Estados Unidos com a intenção de ferir ou assediar outra pessoa, e no curso ou como resultado de, tal viagem coloca essa pessoa com medo razoável de morte ou lesão corporal

grave (conforme definido na seção 1365(g)(3) deste título) a essa pessoa ou a um membro da família imediata dessa pessoa (conforme definido na seção 115 deste título) será punido na forma do artigo 2.261 deste título.⁴⁰

A responsabilização na área cível também é prevista nos estados americanos, uma vez que, de acordo com a estrutura federativa dos Estados Unidos da América, cada estado possui competência para redigir seu próprio direito civil.

7. A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O tipo penal do crime foi inserido no capítulo que protege a liberdade da pessoa humana, no caso da vítima, preservando o bem jurídico que é a tutela da vida e liberdade individual prevista na Constituição Federal de 1988, e de tutela convencional da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O elemento subjetivo do crime é o dolo. Demanda a habitualidade, mesmo que não seja estabelecida a quantidade de atos, para configurar a ação “reiterada”, bastando que não seja único e o resultado deve ser ameaça à integridade física ou psicológica, a fim de que haja a invasão da sua esfera de liberdade ou privacidade, nos termos do artigo 147-A, do Código Penal.

Além disso, a ação penal é pública dependente da representação da vítima, ou seja, é necessário que a vítima demonstre o seu interesse de agir para que então, o Estado atue. O prazo para tal manifestação da vítima ou de seu representante legal é decadencial de 6 (seis) meses. Na falta da representação será instituída a extinção da punibilidade do agente, nos termos do artigo 107, inciso IV do Código Penal.

A pena prevista é de reclusão, de 6 (seis) meses à 2 (dois) anos e multa. A prática é majorada se cometida contra:

- a) criança, adolescente ou idoso;
- b) mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121, do Código Penal;
- c) ou mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma, tem a pena majorada de metade.

⁴⁰ Tradução nossa. Disponível em: <https://law.justia.com/codes/us/2011/title-18/part-i/chapter-110a/section-2261a/>. Acesso em: 12.04.2022.

Via de regra, a competência para julgar será da Justiça Estadual, investigado pela Polícia Civil. Haverá o interesse da Justiça Federal e intervenção da Polícia Federal, quando o crime for praticado no âmbito virtual, configurando a transnacionalidade do crime, quando o servidor público estiver no serviço de suas funções ou ainda, quando houver repercussão interestadual ou internacional.

Salientando a preponderância da prática de *stalking* em vítimas do sexo feminino, é vetor norteador a Convenção de Belém do Pará - Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Neste sentido, prevê o artigo 7º:

Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: (...)

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade.⁴¹

A Convenção foi adotada em Belém do Pará em 09 de junho de 1994, por ao menos 30 países visando a erradicação da violência contra a mulher.

Não obstante o tipo penal não demande de prisão preventiva em razão do dolo (supressão de 4 anos – art. 313, I, CPP), caso a vítima seja do gênero feminino, a custódia cautelar pode ser instituída nos termos do artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, além de medida protetiva tutelada pela Lei Maria da Penha. Caso cometido em face da criança ou adolescente, tutela-se o ECA e se em fase do idoso, o Estatuto do Idoso.

⁴¹ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher. “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 19.03.2022.

8. O *STALKING* RETRATADO NA SÉRIE *YOU* E NA MÚSICA *EVERY BREATH YOU TAKE*, DE *THE POLICE*.

You - Série

A série norte-americana, *You*, produzida pela *Netflix*, retrata um gerente de livrarias que atende uma escritora atraente ao seu olhar e ao finalizar o atendimento, Joe, procura no *Google* o nome que constava no cartão de crédito e para a sua sorte havia somente uma Guinevere Beck na cidade de Nova York.

Ao se deparar com as redes sociais sem restrição de privacidade, começa a descobrir todos os seus gostos, faculdade, amigos, lugar onde mora, e os principais locais favoritos de frequência. Joe então, se depara com a mulher perfeita para ele.

A partir de então, o protagonista começa a *stalkear* obsessivamente a vida de Beck e inicia uma série de condutas reiteradas para conquistá-la e por ser tão sedutor, ela se entrega às suas investidas. Joe, vê que de uma possível paixão, se tornou namorado, podendo assim, acompanhar e controlar Beck de perto.

Passou a eliminar qualquer obstáculo que o ameaçava ou o impedia de tê-la para si, mesmo que muitas das vezes, as consequências fossem mortais.

Tem por fim, o resultado da morte da namorada ‘por amor’. A série representa a vulnerabilidade da alimentação de informações nas redes sociais e que para o *stalker* não há limites quando se tem um objetivo.

Every Breath You Take - *The Police*

A canção que foi lançada em 1983 pela banda *The Police* e teve uma errônea interpretação sobre o verdadeiro sentido que o vocalista e compositor da letra, queriam transmitir.

Sting, ao dar entrevista à rádio BBC2, declara que “é uma canção fruto da experiência de ciúme e possessividade. Uma canção sinistra, perversa, disfarçada em um contexto romântico”.⁴²os

A melodia da canção se tornou atrativa, o que confundiu os ouvintes, fazendo romantizar para uma canção de amor. A letra retrata um episódio de

⁴² The Police: a história por trás da música “Every Breath You Take”. Disponível em: <https://whiplash.net/materias/curiosidades/195090-police.html>. Acesso em: 28.03.2022.

sua vida, em que teve uma experiência com sua ex-mulher, que ficou casado por 6 anos e teve dois filhos.

A letra retrata os movimentos algoz do observador ao seu alvo:

Cada vez que você respira/E cada movimento que você faz/
Cada vínculo que você quebrar/Cada passo que você dá/eu
vou estar observando você/Todo dia/E cada palavra que você
diz/Cada jogo que você joga/Toda noite você fica/eu vou estar
observando você/Oh, você não pode ver/Você pertence a
mim?/Como meu pobre coração dói/A cada passo que você
dá?/Cada movimento que você faz/E cada voto que você
quebra/Cada sorriso que você finge/Cada reivindicação que
você aposta/eu vou estar observando você/Desde que você
se foi, eu me perdi sem deixar rastro/Eu sonho à noite, só
consigo ver seu rosto/Eu olho em volta, mas é você que não
posso substituir/Eu sinto tanto frio, e anseio por seu abraço/Eu
continuo chorando baby, baby, por favor/Oh, você não pode
ver/Você pertence a mim?/(Cada vez que você respira)/(Cada
movimento que você faz)/(Cada vínculo que você quebrar)/
(Cada passo que você der) eu estarei te observando/(Todo
dia)/(Cada palavra que você diz)/(Cada jogo que você joga)/
(Toda noite você fica) eu estarei te observando/eu vou estar
observando você/(Todo dia)⁴³

⁴³ Tradução livre. *"Every breath you take/And every move you make/Every bond you break/
Every step you take/I'll be watching you/Every single day/And every word you say/Every
game you play/Every night you stay/I'll be watching you/Oh, can't you see/You belong
to me?/How my poor heart aches/With every step you take?/Every move you make/And
every vow you break/Every smile you fake/Every claim you stake/I'll be watching you/Since
you've gone, I've been lost without a trace/I dream at night, I can only see your face/I look
around, but it's you I can't replace/I feel so cold, and I long for your embrace/I keep crying
baby, baby please/Oh, can't you see/You belong to me?/How my poor heart aches/With
every step you take?/Every move you make/And every vow you break/Every smile you fake/
Every claim you stake/I'll be watching you/Every move /ou make/Every step you take/I'll be
watching you/I'll be watching you/(Every breath you take)/(Every move you make)/(Every
bond you break)/(Every step you take) I'll be watching you/(Every single day)/(Every word
you say)/(Every game you play)/(Every night you stay) I'll be watching you/I'll be watching
you/(Every single day)"*

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil delongou para aderir a previsão da tipificação do crime de perseguição, comparado aos demais países da Europa. A Dinamarca ganha o brilho dos holofotes, pois desde 1930, o crime de perseguição foi tipificado no Código Penal, quando ainda não havia sequer discussão no contexto social nos demais países.

Com o acelerado avanço tecnológico e diante à facilidade na obtenção de dados e informações pertinentes ao ser humano, o tipo penal conquista relevância para o enfrentamento das condutas cometidas pelo agente infrator que são um fator de risco à vítima em sua individualidade e na esfera social.

É cediço que o fator contextual também está ligado à influência no comportamento do *stalker*, além do diálogo com os aspectos biológicos (predisposições genéticas) para o determinismo na consumação do crime.

A *novatio legis* previne que a expressão de vontade, decisões e comportamentos sejam afetados a ponto em que a vítima tenha que mudar seus hábitos, trajetos, rotinas, local de residência e até mesmo o local de trabalho. Tais mudanças, degradam e limitam o estilo e condições de vida das vítimas, que por muitas das vezes o que querem é somente apagar o episódio opressor vivido, mudando até mesmo de nome.

O direito à liberdade é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, e é neste sentido que o tipo penal deve agir a fim de que qualquer que seja o cidadão, não se prive à interferência de outrem em sua particularidade, usufruindo com plenitude o gozo de seus direitos.

DA SILVA, Natália. A tipificação do crime de stalking – lei 14.132/21 – artigo 147-a, do cp: as condutas e as abordagens sociopsicológicas do agente infrator que configuram e tipificam o fenômeno do crime de stalking. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 46-81, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRECCO, Rogério, Novo Crime de perseguição. Artigo 147-A do Código Penal. Disponível em <https://www.rogeriogreco.com.br/post/nova-lei-de-persegui%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 29 de junho de 2021, às 00h23min.

NETO, Roberto Pinto de Almeida, A tipicidade do *Stalking* no Brasil. Disponível em http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170705174426.pdf. Acesso em 29 de junho de 2021, às 11h15min.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar, 1999.

JUNIOR, Paulo José da Costa. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1995.

PENAL, Código. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 29 de junho de 2021, às 11h.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro, RJ: Fontanar, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Stalking e a Criminalização do Cotidiano*. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_72.pdf. Acesso em 29 de junho de 2021, às 11h 23min.

AMIKY, Luciana Gerbovic. *Stalking*. Mestrado em Direito. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em 29 de junho de 2021, às 11h30min.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 1988.

https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/valeria-scarance-crime-stalking#_ftn1
MICOLI, Alessia. *Il fenomeno dello stalking*. Milão: Gi

Aplicação do Princípio da Proporcionalidade aos Crimes de Lesão Corporal Culposa de Trânsito e Lesão Corporal Dolosa Leve

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY TO CRIMINAL BODILY INJURY IN TRAFFIC AND MISLEAD WONDERFUL BODILY INJURY.

Nilton Souza Carvalho JUNIOR¹

• RESUMO

A aplicação do princípio da proporcionalidade aos crimes de lesão corporal culposa de trânsito e lesão corporal dolosa leve tornou-se cada vez mais pertinente, visto que essas duas condutas têm penas que não são razoáveis se comparadas aos elementos objetivos e normativos do tipo penal. O crime de lesão corporal culposa de trânsito apresenta uma pena superior ao crime de lesão corporal dolosa leve, com exceção da lesão corporal dolosa praticada no âmbito familiar ou doméstico. Esse fato revela-se como uma grande afronta ao princípio da proporcionalidade, pois não pressa pela necessidade, exigibilidade e adequação da conduta ao fato praticado, nem pela coadunação entre meios e fins perseguidos, inseridos nesse princípio. Portanto, procura-se demonstrar que o princípio da proporcionalidade, mesmo não estando explícito na Constituição Federal de 1988, deve ser recepcionado quando do julgamento de demandas que envolvam os crimes supracitados, haja vista que o Poder Judiciário não pode ficar sobrestado diante de condutas que lesam bens jurídicos de forma mais grave, por conta de não haver previsão expressa desse princípio, nortear a atividade jurisdicional do Estado.

• PALAVRAS-CHAVE

Princípio da Proporcionalidade; Lesão corporal Culposa de Trânsito; Lesão Corporal Dolosa Leve.

¹ Oficial do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

- **ABSTRACT**

The application of the principle of proportionality to the crimes of culpable injury traffic light and aggravated assault has become increasingly relevant as these two behaviors have feathers that are not reasonable when compared to the objective and normative criminal type. The crime of culpable injury corporal traffic presents a more serious penalty to the crime of aggravated assault mild, with the exception of aggravated assault committed within the family or household. This fact reveals itself as a great affront to the principle of proportionality in that it stuck by necessity, enforceability and appropriateness of the fact committed, or by Consistency between means and ends pursued, entered this principle. Therefore, we seek to demonstrate that the principle of proportionality, although not explicit in the Constitution of 1988 must be received when the trial demands involving the aforementioned crimes, given that the judiciary cannot be halted before it conducts harm legal assets more heavily because there is no express provision of this principle, guiding the judicial activity of the State.

- **KEYWORDS**

Principle of Proportionality; Transit Culpable Injury; Take Aggravated Assault.

INTRODUÇÃO

1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1.1. Evolução Histórica

O presente trabalho tem como pressuposto evidenciar o princípio da proporcionalidade e correlacioná-lo com duas condutas ilícitas tipificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a lesão corporal culposa de trânsito e a lesão corporal dolosa. O Princípio da Proporcionalidade tem como marco inicial o intuito de garantir a liberdade individual em face aos interesses da Administração Pública. Tal princípio foi consagrado no Direito Administrativo como uma evolução do Princípio da Legalidade, além de possuir envergadura constitucional de forma implícita.

O surgimento e a construção do princípio da proporcionalidade encontram-se vinculados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa. Esses direitos constam expressamente na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). No entanto, a proporcionalidade não encontrou guarida taxativa na Carta Magna, sendo concebida no bojo da doutrina e jurisprudência.

Esse entendimento teve força a partir, também, do Estado Burguês na Europa (BARROS 1996). Nesse sentido, Barros argumenta que o nascimento do referido princípio teve origem entre os séculos XII e XVIII, momento em que, na Inglaterra, originaram-se algumas teorias jus naturalistas preconizando ter os homens direitos, que são inerentes a sua natureza e que precediam o surgimento do Estado como é conhecido hoje. Por conseguinte, há uma conclamação para que o soberano tenha o dever de respeitá-los. Assim sendo, poder-se-ia dizer que a proporcionalidade veio para limitar os poderes do Estado naquela época e com isso tornar a aplicação do direito mais humanitária.

Nesta fase, os direitos individuais da burguesia eram garantidos pelo direito natural e sua doutrina. Esse fenômeno se deu com o advento de mecanismos para limitar o poder estatal. Em especial, referia-se à consagração de instrumentos capazes de salvaguardar a não-intervenção estatal em esferas nas quais a omissão do Estado era imprescindível para o regular exercício de direitos. Desde essa época, a comparação entre os fatos e a regra do precedente era pautada pelo juiz do sistema de Common Law, observando como baliza o comportamento razoável ou médio, consoante as evidências circunstanciais na edição de suas decisões (CANOTILHO, 1998).

Portanto, verifica-se que o grande princípio da proporcionalidade ganhou forma dentro do Direito Administrativo, especificamente no poder extroverso do Estado, poder de polícia, e se desenvolveu com o desenvolvimento do princípio da legalidade.

1.2 Aspectos Constitucionais

As revoluções burguesas ocorridas no século XVIII, albergadas no iluminismo, possibilitaram a inserção do princípio da proporcionalidade no espectro constitucional, mormente, no que diz respeito à credence da intangibilidade relativa ao homem e à necessidade inevitável de respeito a dignidade do homem.

A Constituição da Alemanha, depois de se apropriar da teoria limitadora do poder de polícia do Direito Administrativo, concebida na França, formulou o atual princípio da proporcionalidade no bojo da constituição, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais. Apesar de tais direitos já estarem inseridos na Constituição de Weimar, foi somente após a segunda guerra que houve início nos tribunais a edição de sentenças, em que se afirmava que o legislador não tinha poderes ilimitados no que tange à formulação das leis tendentes a diminuir direitos fundamentais (CANOTILHO, 1998).

Já a Constituição Francesa de 1791, trouxe em seu bojo o princípio da legalidade em seu artigo 3°. A partir daí, a doutrina francesa elaboraria mecanismos processuais que objetivavam sua implementação. Dentro do princípio da legalidade ou em seus contornos poderia ser observado implicitamente o já famigerado princípio da proporcionalidade (BARROS, 1996).

Assim, vê-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo de forma implícita, já se fazia presente tanto na Constituição Alemã como na Constituição Francesa, trazendo para o panorama mundial tal tendência e buscando, cada vez mais, mitigar os poderes do Estado, que se mostrava, principalmente no período pós-guerra, totalmente autoritário e absoluto.

No Brasil, conforme Willis Santiago, o princípio da proporcionalidade ainda não merecia o devido acesso ao Direito Constitucional pátrio, nem mesmo ao Direito Administrativo. O autor salienta que é extremamente necessária à recepção do princípio da proporcionalidade pela jurisprudência e pela doutrina brasileira. Ainda que haja ausência manifesta de uma referência expressa ao princípio no texto da Carta Magna, tal fato não representa nenhum óbice ao reconhecimento de sua positiva e taxativa existência.

Por mais que alguns autores cite a positivação do princípio da proporcionalidade, os tribunais ainda o reconhecem de forma tímida, porém essa tendência incipiente vem a cada ano sendo enfraquecida, tendo em vista que vários julgados recentes já fazem menção de forma explícita ao princípio da proporcionalidade.

O referido princípio se encontra enxertado na estrutura normativa da Carta Magna, em consonância com os demais princípios que regulam as atividades jurídicas constitucionais e no âmbito da lei e atos administrativos. Com uma visão sistêmica e holística da Constituição perceber-se-ia que o princípio da proporcionalidade subsiste implicitamente na Lei Maior. Embora exista de forma implícita, não significa que não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Vale ressaltar que tal princípio se encontra de forma explícita tanto na Constituição portuguesa como na Constituição Alemã.

Paulo Bonavides afirma que a proporcionalidade não pode manter-se encoberta em nosso ordenamento pátrio. Tal princípio tem como condão proteger o cidadão contra o uso excessivo da força estatal, servindo de manto protetor das liberdades e direitos constitucionais, pois trata-se de princípio elástico e vivo. Diante disso, é preciso extrai-lo, o quanto antes, da doutrina e dos próprios princípios fundamentais da constituição, de modo a introduzi-lo com vigor no âmbito jurisprudencial.

1.3. Conceito

O princípio da proporcionalidade, na contemporaneidade, é comumente traduzido pela doutrina alemã como a soma de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (PIEROTH E SCHLINK, 1998).

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, princípio da proporcionalidade é assim descrito:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade”.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade focaliza não somente a legitimidade dos instrumentos e meios usados e dos fins eleitos pelo legislador, mas também a adequabilidade dos meios eleitos para perseguir os objetivos e a necessidade de sua utilização para a finalidade que se pretende. Tem-se a necessidade de verificar se a decisão tomada é razoável ao fim que se quer alcançar.

Ainda segundo os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, tem-se que o postulado da adequação impõe que as decisões interventivas adotadas sejam aptas para conseguir atingir os objetivos propostos. A exigência da exigibilidade e da necessidade indicam que nenhum outro meio menos grave para a pessoa se revela igualmente eficaz na perseguição dos objetivos pretendidos.

2. DO CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA DE TRÂNSITO

No presente capítulo, discorre-se acerca do instituto da lesão corporal culposa de trânsito, esculpido no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), fazendo uma consideração sobre o tipo penal, a aplicação da pena, conceituação, bem como seus efeitos e limites.

O CTB foi editado pela Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Foi criado para fazer frente à necessidade em se conter o grande número de vítimas decorrente de acidentes na condução de veículo automotor. Entre os países com maior índice de violência decorrente de acidente de trânsito, o Brasil é destaque. Isso se deve a precária conservação das rodovias e estradas e devido a formação deficiente de condutores de veículos. Ademais, ressalta-se o incipiente processo de desenvolvimento para educação para o trânsito.

Diante do exposto, vejamos o que preconiza o art. 303 do (CTB):

“Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos [...]”

A partir da entrada em vigor do CTB, passa-se a conviver com uma conduta ilícita de dupla face, uma vez que é constituída do mesmo tipo objetivo, detém objeto jurídico e material idênticos, no entanto com previsão expressa em dois institutos distintos. Uma face se encontra no Código Penal pátrio, sob a denominação de lesão corporal dolosa, a qual se mantém como tipo de execução aberta, ou seja, infração que pode ser realizada por qualquer forma. A outra, é a da lesão corporal de trânsito, que tem uma carga punitiva mais grave. É considerada uma infração de forma fechada, pois só haverá essa infração se for praticada na direção de veículo. Sendo assim, os crimes culposos, em geral, são aqueles em que o agente age com imprudência, negligência e imperícia, ou seja, ele não quer o resultado colimado na norma penal, ao passo que os crimes dolosos são aqueles em que o agente age de forma programada, premeditada, há um *animus*, há uma intenção de cometer a conduta descrita em lei (NUCCI, 2009).

A lesão corporal culposa de trânsito é um crime que somente pode ser praticado na direção do veículo, é crime material e não admite tentativa. Tem como objeto jurídico a vida humana e como elemento normativo do tipo penal “na direção de veículo automotor”. Afigura-se questionável o que objetivou o CTB ao tratar de maneira mais grave os crimes praticados em tais circunstâncias, ou seja, no trânsito.

É questionável o objetivo da lei de tratar mais gravemente os crimes cometidos nestas circunstâncias, ou seja, no trânsito. O CTB prevê uma presunção absoluta de que a lesão corporal cometida na direção de um automóvel será sempre de maior potencial ofensivo que a lesão corporal dolosa leve. Todavia, há situações em que as lesões corporais dolosas leves revelam um grau de lesividade substancialmente mais intenso que o do caso previsto no CTB, e nem por isso comina-se tratamento mais gravoso. Como exemplo, analise as situações hipotéticas descritas abaixo:

Situação 1 - Tício, filho de José, vem trafegando com o seu veículo numa velocidade de 20% a mais do que a permitida para via. Nesse momento, Tício, se aproxima de uma faixa de pedestre e, por negligência, atropela um idoso que a atravessava, causando ferimentos leves no idoso.

Situação 2 - Tício, filho de José, depois de uma discussão com o seu desafeto, ficou muito irado com as palavras, que seu desafeto proferiu, e como

forma de vingar-se, utiliza o seu veículo seminovo para arremessar sobre o desafeto, fato que veio a causar uma lesão corporal na vítima.

Na situação 2 Tício agiu de forma premeditada, com ardil e com vontade de causar uma lesão qualquer no seu desafeto, de sorte que não houve uma lesão potencialmente grave. Porém, poderia ter acontecido, pois a intenção de Tício se perfazia em um dolo genérico, ou seja, ele queria lesioná-lo e não importava a intensidade. Já na situação 1, houve apenas um descuido, uma falta de atenção de Tício, que o levou a gerar um risco a vida de outrem, situação mais parecida com um acidente. Todavia, a pena cominada a situação 1 é mais gravosa que a pena cominada a situação 2, revelando-se, no caso em concreto, desproporcional.

Segundo Rui Stoco, deve-se levar em consideração a menor ou maior gravidade da conduta perpetrada e elevada à condição de ilícito penal. Deve-se averiguar também quais os meios ou instrumentos utilizados e as circunstâncias caracterizadora do delito. Não há justificativa para que haja a incidência da mesma pena-base em figuras penais diferentes. Tal previsão fere frontalmente o princípio da isonomia, que tem assento constitucional, e o tratamento igualitário, direito subjetivo do réu.

Assim, é notório que houve uma incongruência do CTB em permitir que a lesão corporal culposa de trânsito contivesse uma pena muito mais gravosa que a pena prevista no Código Penal para o crime de lesão corporal dolosa leve.

A jurisprudência vem se manifestando a favor na readequação da pena no crime de lesão corporal culposa de trânsito, refletindo desta forma na aplicação do postulado da proporcionalidade, visto que muitos delitos demonstram uma participação mínima do apenado ou circunstâncias alheias cooperam para o resultado naturalístico, como podemos observar nos julgados abaixo:

“EMENTA: APELAÇÃO CRIME. LESÃO CORPORAL CULPOSA DE TRÂNSITO. ART. 303, CAPUT, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA READEQUADA”.

“HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS. DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA CONDUZIR. REPRIMENDA CUMULATIVA. SUSTENTADA ILEGALIDADE NO SEU MONTANTE. OFENSA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO EM SEU SENTIDO AMPLO. WRIT CONHECIDO”.

“DELITOS DE TRÂNSITO. APLICAÇÃO DA PENA. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA CONDUZIR VEÍCULO. DESPROPORCIONALIDADE DO QUANTUM EM RELAÇÃO À PRIVATIVA DE LIBERDADE. OFENSA AO ART. 293 DO CÓDIGO

DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA”.

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO E LESÕES CORPORAIS EM CONCURSO FORMAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CULPABILIDADE PRESENTE. CAUSA PRIMÁRIA. FALTA DE ATENÇÃO DO APELANTE. MODALIDADE DE CULPA. IMPRUDÊNCIA. ALEGADA CULPA CONCORRENTE. IR-RELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO DE CULPAS EM SEDE CRIMINAL. PENA CUMULATIVA DETERMINADA. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO. FIXADO PRAZO PELO MESMO TEMPO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. MINORAÇÃO DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 293, “CAPUT” DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO NÃO PROVIDO”.

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE TRÂNSITO. ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, E 303, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 9.503/97. PENA DE SUSPENSÃO DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO”

“APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSAS – ACIDENTE DE TRÂNSITO - RECURSO MINISTERIAL VISANDO A APLICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULOS - POSSIBILIDADE - PENA CUMULATIVA E PROPORCIONALMENTE COMINADA COM A PRIVATIVA DE LIBERDADE - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA”.

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CONVERTIDA EM DUAS RES-TRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. FIXAÇÃO DO QUANTUM. DIS-PENSA ANÁLISE DO ART. 59 DO CP. PENA DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PROPORCIONALIDADE NA SUA APLICAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO”

3. DO CRIME DE LESÃO CORPORAL DOLOSA LEVE

No presente capítulo, discorre-se acerca do instituto da lesão corporal dolosa leve, que está prevista no caput do art. 129 do Código Penal (CP) Bra-

sileiro, trata-se de um código escrito em 1940. Portanto, far-se-á considerações acerca do tipo penal, da aplicação da pena, do conceito, bem como dos seus efeitos e limites.

Vejam o que preconiza o caput do art. 129 do Código Penal Brasileiro:

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

A proteção da integridade corporal do ser humano está prevista, na Parte Especial do CP, logo após os tipos que protegem a vida; demonstrando com isso a importância do bem jurídico tutelado pelo art. 129 do Diploma Repressivo.

Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 559) argumenta que lesão corporal se refere a uma ofensa física à integridade ou à saúde de outrem. A ofensa moral não é enquadrada no tipo penal em comento. É necessário que a vítima experimente algum dano ao corpo, para se configurar o delito. Ademais, deve haver a alteração externa e interna do corpo, inclusive no que concerne à modificação prejudicial à saúde, comprometendo função orgânica ou resultando em abalos psicológicos significativos. Não se faz necessária a presença de dor ou mesmo a emanção de sangue da vítima.

O agente, através de uma ação ou de omissão, pode realizar um movimento corporal ou a abstenção de um movimento (omissão), do qual resulte uma alteração do organismo humano. Essa alteração tem incidência sobre a estrutura física, psíquica ou fisiológica do corpo humano ou ainda sobre a estabilidade organismo o que diz respeito a sua funcionalidade. Agressões físicas com a utilização do próprio corpo do agente, como o golpe de mão desferido contra o rosto do outro, ou com o uso de objeto cortante, perfurante ou contundente, desfechado contra o corpo da vítima. Enfim, a força física empregada contra o corpo, são ações que atingem a integridade e o estabilidade mental do ser, produzindo alterações em sua estrutura normal.

Já no ilustre entendimento do professor Magalhães Noronha, a lesão é, por um lado, ofensa à estruturas anatômicas. Por outro lado, seria toda e qualquer perturbação da estabilidade ou equilíbrio das funções do organismo.

As lesões corporais podem ser ainda divididas, levando-se em consideração os seguintes critérios segundo o CP de 1940: 1. Elemento subjetivo: dolosa simples (art. 129, caput); dolosa qualificada (art. 129, §§1º, 2º, 3º e 9º); dolosa privilegiada (art. 129, § 4º); e culposa (art. 129, §6º); 2. Intensidade da lesão: leve (art. 129, caput); grave (art. 129, §1º); gravíssima (art. 129, §2º); e seguida de morte (art. 129, §3º).

Entretanto, neste estudo avaliaremos apenas a lesão corporal dolosa leve, seu objeto jurídico é a integridade física ou psíquica do indivíduo (MIRABETE, 2008). Por tratar-se de um crime comum, qualquer do povo pode figurar no polo ativo do crime, visto que não existe uma característica especial do agente. Levando em consideração que é impossível punir da autolesão, de forma isolada, não se pode, entretanto, ser sujeito ativo a própria vítima. Segundo entendimento de Rogério Sanches Cunha, a lei penal considera irrelevante a autolesão.

O conceito de lesão corporal advém da exclusão do §§1º, 2º e 3º do artigo 129. Esses, por sua vez, preveem os crimes de lesões corporais graves, gravíssimas e seguidas de morte. No entanto, tratando-se de lesão leve oriunda de violência doméstica ou familiar, haverá a incidência da qualificadora, conforme se extrai da dicção do §9º, introduzido no artigo 129 por meio da Lei Nº. 10.886, de 17 de junho de 2004 e, posteriormente, modificado pela Lei Nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Nesse contexto, lesões leves não são causadas por pequenas equimoses ou diminutos arranhões. Portanto, tem-se a pena de três meses a um ano de detenção, decorrente da reprimenda legal (RANGEL, 2012).

Sendo assim, nota-se que para cometer esse crime não é suficiente somente ofender a integridade física de outrem, é necessário, também, que a lesão não seja considerada nem grave nem gravíssima, situação em que estará configurada, por exclusão, a lesão corporal dolosa leve.

O agente conhece o instrumento ou o meio que empregará na realização da conduta, sabe de seu potencial lesivo, prevê que sua utilização contra o corpo de outrem é capaz de danificá-lo e, mesmo assim, age com a vontade exata de ofender a integridade corporal ou a saúde da vítima.

Conclui-se, que o crime de lesão corporal dolosa, quando há a intenção de ofender a integridade física, previsto no caput do Código Penal, tem uma pena mais branda que o crime de lesão corporal culposa de trânsito, previsto no Código de Trânsito Brasileiro, evidenciando-se, assim, flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade, o qual serve para evitar um tratamento desproporcional nos crimes onde o princípio da lesividade não se afigura com maior ofensa ao bem jurídico tutelado. Cabe ressaltar que a lesão corporal dolosa leve, no âmbito doméstico, é tratada pela lei de forma diversa da lesão corporal simples, visto que é praticada contra pessoal do âmbito familiar ou que tenha ou já teve relação de coabitação, punindo-se com maior rigor aquele que praticar o crime nessas circunstâncias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que o entendimento tanto doutrinário como jurisprudencial convergem no sentido de reconhecer o princípio da proporcionalidade nas figuras penais de lesão corporal culposa de trânsito e lesão corporal dolosa leve. Diante de várias leis que tratam de matérias semelhantes de forma diversa, muitas vezes no que tange à aplicação da pena privativa de liberdade, faz-se necessária a aplicação não somente do princípio da especialidade, para saber qual instituto aplicar, mas também trazer à baila o princípio da proporcionalidade, que verifica a necessidade e a adequação da medida ao caso em concreto.

No sentido de sinalizar a incoerência que se verifica na atribuição da pena restritiva de liberdade nos crimes supracitados, o presente trabalho teve como objetivo principal demonstrar a desproporcionalidade da pena atribuída a uma conduta culposa com relação a uma conduta dolosa, pois não é razoável que alguém que cometeu um crime por motivo de imprudência, negligência e imperícia seja apenado com maior rigor do que quem comete um crime mediante vontade deliberada de ver o resultado acontecer. Outrossim, mesmo que o princípio da proporcionalidade não esteja esculpido na Constituição Federal de 1988, os doutrinadores e intérpretes da lei já vem adotando-o para julgar e defender demandas, trazidas ao conhecimento da justiça.

Portanto, não há o que falar em negativa do princípio da proporcionalidade por conta de atécnia do legislador constituinte, visto que o seu conceito se aprimora a cada dia, abarcando situações, que em tempos remotos não eram resolvidas por causa da negativa desse princípio.

Outro fato que gera tal aparente conflito, é a adoção de leis sem a verificação adequada das penas, haja vista que crimes com o mínimo de potencialidade lesiva acabam tendo penas mais severas que crimes nos quais há uma repulsa severa da sociedade.

Não se trata de transcendência do que está na lei e na Constituição, mas de garantir o fiel cumprimento do direito penal, que é concebido como de última *ratio*, ou seja, só se aplica ou recorre-se a ele, quando nenhum ramo do direito pode resolver a demanda. Então, por que não fazer uma revisão mais aprofundada, atualizando condutas e revendo suas respectivas penas, para que não haja incoerências na aplicação das sanções.

Conclui-se que seria mais benéfico ao sujeito ativo da conduta de lesionar alguém culposamente na direção do veículo alegar que não agiu com im-

prudência, negligência e imperícia, mas que queria ver o resultado e agiu por vontade própria, ou seja, tinha a intenção de lesionar a vítima e assim livrar-se de uma pena mais severa, sendo punido por lesão corporal dolosa leve.

Assim, evidencia-se a fragilidade do Estado, enquanto agente protetor dos direitos dos cidadãos e julgador das demandas da sociedade, no momento em que se perde o controle sobre as próprias leis, observando, muitas vezes, a eficácia e a efetividade dos mandamentos legislativos serem utópicos e fora da realidade social.

JUNIOR, Nilton Souza Carvalho. Aplicação do princípio da proporcionalidade aos crimes de lesão corporal culposa de trânsito e lesão corporal dolosa leve. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 82-95, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília, Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996, pp. 34 e ss;

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002;

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. . Código Penal Brasileiro. Brasília. Disponível em: [http://www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em:15 out. 2021;

BRASIL. LEI Nº 9503 DE 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em: [http://www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em:10 out. 2021;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS 140750 / RJ. Relator: JORGE MUSSI Julgado em 07 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc.jsp?livre=@cod=0105>> . Acesso em 15 de setembro de 2021;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.331 - AM (2011/0029254-5). Relator: Laurita Vaz Julgado em 02 de setembro de 2013. Disponível em: < >. Acesso em 30 de setembro de 2021;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. ACR 2849078 PR Apelação Crime -

0284907-8. Relator: Marques Cury. Julgamento em 07 de abril de 2005. Disponível em: (http://www.tj.pr.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em: 19 de setembro de 2021;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RC 71003955689 RS. Relator: Eduardo Ernesto Lucas Almada. Julgamento em 26 de novembro de 2011. Disponível em: (http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em: 20 de outubro de 2021;

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 1998, p. 260;

CUNHA, Rogério Sanches; coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. Direito penal – parte especial, v. 3. – São Paulo: RT, 2008;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, pp. 83-84;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007;

MENDES, A Proporcionalidade na Jurisprudência do STF, p. 475;

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, parte especial, v. 2. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2008;

NORONHA, Edgard Magalhães, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 25ª ed., 1987;

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 5ª ed. rev., atual. e ampliada. – São Paulo: RT, 2006;

_____. Código penal comentado. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2009;

PIEROTH E SCHLINK. Staatsrecht II - Grundrechte. Heidelberg, 1988, pp. 70-74;

RANGEL, TAUÃ LIMA VERDAN. Analisando o Crime de Lesões Corporais: Uma Breve Apreciação. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2021;

STOCO, Rui. Código de Trânsito Brasileiro: disposições gerais e suas incongruências. Boletim do IBCCrim, a. 5, n. 61, dez. 1997, p. 9.

O Direito a Educação no Brasil: A aplicação das Normas Constitucionais de Maneira Eficaz e a Prevenção da Criminalidade

*THE RIGHT TO EDUCATION IN BRAZIL: APPLYING CONSTITUTIONAL
NORMS EFFECTIVELY AND PREVENTING CRIMINALITY*

Ana Gabriela Figueiredo GARCIA¹

• RESUMO

Este artigo busca explicar como o acesso à educação como proposto no art. 205º da constituição federal, “(...) visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” é uma maneira eficiente de afastar jovens, principalmente os de baixa renda, da criminalidade. Apenas dar educação gratuita não basta, o direito a educação engloba muito mais do que sala de aula e professores, é necessário que seja possível para o aluno ver na educação uma oportunidade, uma maneira de evoluir e se desenvolver, para isso, ela precisa ser realmente boa. O abandono dos estudos na educação básica, muito comum aqui no Brasil, ocorre principalmente porque os estudantes de baixa renda não tem condições de dar continuidade a algo que não dá dinheiro e que nem sempre dá resultado a longo prazo, uma vez que mesmo com as cotas, ainda são poucos os alunos de baixa renda que se formam. Por isso, muitos acabam optando pelo caminho da criminalidade, no qual o risco é alto, mas o dinheiro vem de maneira mais rápida, mesmo quando vem pouco. Tendo isso em vista, se eles tivessem acesso a educação de boa qualidade que realmente oferecesse a eles oportunidades, permaneceriam nas escolas e desistiriam do crime.

• PALAVRAS-CHAVE

Educação; Criminalidade; Constituição Federal; Prevenção; Qualidade de Ensino.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia

- **ABSTRACT**

This article seeks to explain how access to education as proposed in art. 205 of the Brazilian Federal Constitution of 1988 "(...) aiming at the full development of the person, their preparation for the exercise of citizenship and their qualification for work." is an efficient way to keep young people, especially low-income ones, away from crime. Just giving free education is not enough, for the right to education encompasses much more than the classroom and teachers. Education must be presented to students as an opportunity, a way to evolve and develop.

The abandonment of studies in basic education, very common here in Brazil, occurs mainly for low-income students are unable to continue something that does not give money and does not always give results in the long term, since even with the racial and economic quotas, few low-income students are able graduate. Therefore, many of them end up opting for the criminality path, in which the risk is high, but the money comes more quickly, even when it comes little. With that in mind, if such youngsters had access to good quality education that really offered them opportunities, they would stay in schools and give up crime.

- **KEYWORDS**

Education; Criminality; Federal Constitution; Prevention; Crime Prevention; Education Quality.

1. INTRODUÇÃO

Os altos índices de criminalidade é um assunto muito discutido aqui no Brasil, a população se sente ameaçada e clama por soluções rápidas para que possam sair na rua de maneira tranquila, diante disso, alguns pedem a redução da maioridade penal, leis mais rígidas quanto ao encarceramento e até mesmo armas. Por conta disso, propostas que nem deviam ser cogitadas no STF em um país com mais de 622 mil encarcerados (de acordo com o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciária, do Ministério da Justiça, que é referente ao ano de 2014), aparecem como soluções para o problema da criminalidade. Um exemplo disso, é a decisão prolatada no HC 126.292, que passou a admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, ignorando a previsão expressa na nossa constituição que garantem o princípio da não culpabilidade. Apesar de já terem voltado atrás nessa decisão, fica claro até que ponto estão dispostos a ir quando se trata de prevenir

e diminuir a criminalidade no Brasil. No entanto, quando se trata de prevenir a criminalidade, lotar prisões e tratar as pessoas encarceradas como se não fossem humanas e não merecessem ser tratadas de maneira digna e trabalhar de modo constante em possibilidade de prender ainda mais seres humanos, seja adiantando sua pena ou diminuindo a maioridade penal, já provaram não ser as medidas mais eficazes, se fossem, o Brasil seria conhecido como o país mais seguro do mundo.

Por outro lado, a educação, e o investimento nessa, mostra-se como medida efetiva na prevenção da criminalidade. Porém, não basta construir escola, encher de aluno e esperar que essas crianças e adolescentes simplesmente desistam do crime, para isso é necessário que o estudante tenha acesso a uma instituição de ensino que esteja preparada para oferecer uma educação de qualidade que englobe não apenas os componentes básicos da matriz curricular, mas que ensine também sobre cidadania e sua importância, além de promover um ambiente saudável e estimulante no qual o aluno sinta-se a vontade para se desenvolver.

Segundo o estudo 'Trajetórias individuais, Criminalidade e o Papel da educação' divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e coordenado por Daniel Cerqueira (técnico de Planejamento e Pesquisa do Ipea), os 30 bairros mais violentos do Rio de Janeiro, quando comparado aos 30 menos violentos, tem uma taxa de reprovação escolar 9,5 vezes maior e a taxa de abandono e evasão escolar é de quatro a cinco vezes maior. Além disso, esses bairros são também os mais pobres e os que concentram as piores escolas, com professores que chegam a ter 500 alunos em turmas de vários níveis, além de estrutura precária, deixando claro o pouco investimento do Estado nas instituições de ensino. A partir dos fatos citados, fica claro que não basta oferecer educação básica de maneira precária e dizer que essas crianças e adolescentes tem acesso à educação. Quando isso ocorre, como nesses bairros do Rio de Janeiro, não existe estímulo ou razão para que o aluno permaneça na escola, afinal, estudar não dá dinheiro, ele provavelmente tem uma família passando fome em casa e ele não vê como ir para uma escola caindo aos pedaços, ter aula com um professor sobrecarregado e mal pago e acabar por não conseguir absorver conhecimento vai ajudá-lo a melhorar de vida.

Desse modo, este artigo visa, por meio de pesquisas e estudos, mostrar que uma educação pública de qualidade, como a que é proposta na constituição federal de 1988, capaz de estimular e desenvolver o jovem aluno é uma medida eficaz na prevenção da criminalidade, uma vez que, ao conseguir ver a instituição de ensino como um ambiente que possibilita o aprendizado, a

expansão de conhecimento e o crescimento pessoal, ele escolheria permanecer na escola, pois a veria como uma janela de oportunidades para melhorar de vida, desistindo do crime.

Em um país com altas taxas de criminalidade, é importante se pensar e discutir de que forma seria possível melhorar a situação, de modo que a população possa se sentir mais segura e melhorar a qualidade de vida. No entanto, quando muitas das propostas e “soluções” que envolvem punições cada vez maiores não parecem surtir efeito na diminuição do crime, é necessário pensar alternativas que não envolvam tratar o criminoso como um vilão que deve sofrer eternamente a consequência dos seus atos, pensar alternativas que ao invés de focar no depois, foquem no antes, passar a ver essas pessoas como humanos e cidadãos (fato que muitos parecem esquecer) e entender que as pessoas não nascem “boas” ou “malvadas”, e, a partir disso, analisar o que leva algumas ao caminho do crime enquanto outras não e como isso pode ser mudado. Tendo isso em vista, a discussão sobre a educação como medida preventiva da criminalidade se faz extremamente importante, uma vez que foge da lógica da punição excessiva, que está lotando os presídios e não parece estar melhorando a situação, e traz uma perspectiva mais humanitária e que possibilitaria a melhoria de vida dos cidadãos brasileiros.

2. O PROBLEMA DA EVASÃO ESCOLAR

A alta taxa de evasão escolar é uma prova clara de que a educação brasileira precisa melhorar, o fato que uma instituição de ensino não consegue segurar um aluno até que ele termine o segundo grau é a prova clara de que o sistema educacional precisa mudar e o fato que muitos alunos não tem nem condições de terminar os estudos, se vendo obrigados a abandonar esses para ajudar financeiramente em casa, é uma prova clara da desigualdade e injustiça nesse país. Segundo o módulo Educação, da PNAD Contínua 2019, divulgado em julho de 2019 pelo IBGE, no Nordeste, três em cada cinco adultos (60,1%) não completaram o ensino médio. Entre as pessoas de cor branca, 57,0% tinham concluído esse nível no país, enquanto essa proporção foi de 41,8% entre pretos ou pardos. Além disso, os resultados mostraram que a passagem do ensino fundamental para o médio acentua o abandono escolar, uma vez que aos 15 anos o percentual de jovens quase dobra em relação à faixa etária anterior, passando de 8,1%, aos 14 anos, para 14,1%, aos 15 anos. Também, segundo dados divulgados pelo Censo Escolar da Educação Básica 2020, a rede pública, até 11 de março de 2020, somava 36.140.678 matrículas,

quase 500.000 matrículas a menos que no ano de 2019, que a soma total era de 36.611.223 estudantes. Além disso, apesar da média de jovens de 19 que concluíram o Ensino Médio no Brasil ser de 65,1%, essa porcentagem baixa mais de dez pontos quando é feito o recorte de renda, e, se comparar os 25% mais ricos com os 25% mais pobres, a diferença é de 36,7 pontos percentuais.

A partir desses dados, é possível perceber que o abandono escolar aqui no Brasil é um grande problema, de nada adianta as crianças entrarem na escola se não conseguirem chegar até o final, independente do seu contexto social e dos fatores externos que a possam fazer precisar ou querer abandonar os estudos, a escola precisa estar preparada para lidar com isso, de maneira a conseguir que os estudantes possam terminar os estudos básicos e seguir para uma instituição de ensino superior.

O abandono escolar, mais do que um problema em si, é a consequência de um país extremamente desigual, que obriga crianças e adolescentes a escolher entre os estudos e arranjar dinheiro de algum jeito para ajudar em casa, a primeira opção não coloca comida na mesa a curto prazo. A maioria dos alunos da rede pública são de família de baixa renda, tem vários irmãos e as vezes apenas um adulto supervisionando e tomando conta deles e das questões da casa, desse modo, quando as coisas apertam, e os pais precisam de ajuda, esse jovem acaba optando por sair da escola e, ou trabalhar de maneira informal ou, como muitos fazem, aderir ao crime, que dá um pouco mais de dinheiro, mais rápido. Afinal, ficar na escola, terminar a escola, não lhes dá garantia de nada, ir para uma instituição que mal tem cadeiras, com as paredes ruindo, professores que não conseguem dar aula e material escolar desgastado, desestimula esses alunos, eles veem a escola como perda de tempo, não como uma maneira de ampliar suas oportunidades. Enquanto isso, os traficantes da sua comunidade oferecem a eles proteção e comida a suas famílias caso eles se juntem a eles, o tempo que eles passam na escola é o tempo que eles poderiam usar para conseguir uma maneira de alimentar a família, mesmo que seja roubando.

O crime, para os estudantes de baixa renda, é algo que dá muito mais retorno do que a educação. Isso porque, a educação oferecida aos alunos de rede pública é, no geral, extremamente precária, de maneira que eles não conseguem absorver o conteúdo direito. Segundo dados de 2015 do movimento todo pela educação, 61% dos estudantes do 5º ano não conseguem interpretar textos simples e não dominam regras gramaticais, enquanto 60% dos alunos do 9º ano do Ensino Fundamental não interpretam textos dissertativos. Ou seja, se trata de uma educação de baixa qualidade, de um ensino

sucateado, incapaz de passar o assunto para os alunos focando no seu aprendizado, ao invés disso, focando em só dizer que fez mesmo e passando alunos de ano, mesmo sem terem tido o desempenho mínimo necessário para tal passagem. As consequências disso são alunos extremamente desmotivados, que não entendem para que ir à escola, desatentos, sem interesse em aprender e, principalmente, sem interesse de continuar nela. Desse modo, qualquer coisa parece melhor e parece oferecer mais do que ir para um lugar que você odeia todo dia, assim, o crime, que ainda por cima parece uma saída rápida para a fome, parece muito apelativo para esses alunos.

Segundo o art. 206º, inciso primeiro, o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, isso significa, entre outras coisas, que a escola tem o dever de criar um ambiente confortável e propício para que o estudante sinta vontade de permanecer na instituição. Claro que, entre outros fatores, sempre haverá aqueles alunos que não gostam de estudar, no entanto, uma escola não deve ser apenas suas salas de aulas e livros, muito de uma educação de qualidade é feito para além das aulas. Tendo isso em vista, é preciso existir espaços na instituição de ensino, nos quais o estudante sinta que tem espaço para se desenvolver e se expressar, além de sentir que esteja ocupando um lugar de protagonismo, por isso, atividades extracurriculares são muito importantes para uma educação completa e de qualidade, com elas, o aluno consegue desenvolver habilidades que ele não desenvolveria em aula, mas que complementam seu aprendizado nela, isso que é oferecer uma educação de qualidade.

A qualidade da educação é abordada também no art. 206º, inciso VII, segundo esse, o ensino será ministrado com base no princípio da garantia do padrão de qualidade. Independente de qual seja o padrão de qualidade pensado na elaboração desse inciso, claramente as instituições públicas de ensino, em sua maioria, estão bem longe dele, é um absurdo a infraestrutura de algumas escolas nas quais crianças e professores são obrigados a ir todos os dias. Segundo o Censo Escolar 2017, lançado pelo Ministério da Educação (MEC), no caso das escolas que oferecem ensino fundamental, apenas 41,6% contam com rede de esgoto, e 52,3% apenas com fossa. Em 6,1% delas, não há sistema de esgotamento sanitário. E isso é apenas quanto a rede de esgoto, tantas estão, de fato, caindo aos pedaços, com até mesmo ameaça de o teto cair em cima dos presentes na sala durante as aulas, com lousas faltando, carteiras insuficientes, até mesmo sem acesso à água. Segundo essa mesma pesquisa, nas escolas de ensino fundamental, a garantia de água ocorre por meio da rede pública de abastecimento na maior parte dos

casos (65,8%), mas há as abastecidas por poço artesiano (17,4%); cacimba, poço ou cisterna (11,9%) ou diretamente por rios, córregos ou outros canais (6,2%). Em 10% delas, não há água, energia ou esgoto. Nessas condições, é difícil pensar como os estudantes poderiam ver a escola como um ambiente confortável no qual pudessem se desenvolver, assim, fica óbvio porque, quando necessitados, alguns optam pelo abandono escolar e o caminho do crime.

No entanto, para que a escola possa ter uma infraestrutura adequada, capaz de oferecer uma educação de qualidade dentro e fora das suas salas de aula, conseguindo assim manter o aluno estimulado, de maneira que ele veja a instituição de ensino e os estudos como um modo de mudar e melhorar de vida, não basta força de vontade, é preciso dinheiro, é preciso investimento, e é isso que será tratado no próximo tópico.

3. A FALTA DE INVESTIMENTO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO BÁSICO

Sem investimento, é impossível oferecer aos alunos uma educação de qualidade completa. Por ser uma questão óbvia, ela é tratada no art. 212º da constituição federal de 1988, justamente para assegurar que houvesse para a rede de ensino um investimento fixo, de modo que ela pudesse manter sua qualidade e estar sempre se desenvolvendo. Segundo esse artigo, a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. No entanto, mesmo com o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica) que faz um mapeamento das necessidades de cada região, de maneira a melhor distribuir a renda para que todos os municípios e estados consigam cumprir a meta dos 25% mínimos, ainda há muita desigualdade quando se fala em investimento na educação de rede pública e privada, há um número significativo de redes públicas de ensino no Brasil com menos de R\$ 3,6 mil para investir por aluno ao ano (R\$ 300 por mês), enquanto há redes que investem valores superiores a R\$ 15 mil por aluno no ano.

Inclusive, o investimento por aula são os números realmente preocupantes quando se fala gestão de dinheiro na educação básica, de acordo com os dados do estudo *Education at a Glance*, da OCDE, que analisou o sistema de educação de 36 países, o Brasil em 2016 investiu cerca de 6,2% do PIB na educação, dessa porcentagem, 4,9% estão concentrados na educação básica, valor maior que a média dos países da OCDE, que é de 3,2% do PIB destinados à educação básica. Porém, quando o foco passa a ser o gasto por alu-

no, o Brasil se encontra bem abaixo da média dos países da OCDE, chegando a investir por aluno da educação básica, menos da metade do que a média. Além disso, mesmo que a menor parte do PIB seja destinado a educação superior, o investimento por aluno nessa (R\$ 14.070,00 por aluno), chega a ser quase três vezes maior (R\$ 3.813,00 por aluno) do que o de um estudante de ensino infantil e fundamental e do que um aluno de ensino médio (R\$ 3.835,00 por aluno), o que mostra o descaso óbvio desse país.

De acordo com Camila de Moraes, analista de educação da OCDE, o baixo custo por aluno no Brasil está relacionado aos baixos salários pagos aos professores da educação básica. Ainda de acordo com a pesquisa da OCDE, a média salarial dos professores brasileiros é 13% inferior à média da América Latina, em comparação aos países ricos a diferença é maior ainda. O professor brasileiro do ensino médio recebe por ano o equivalente a U\$S 25.966, quase metade da média praticada nos 38 países ricos e integrantes da OCDE, que é de U\$S 49.778. Tendo esses dados em vista, é utópico esperar que professores mal pagos, sobrecarregados e que estão sendo obrigados a dar aula em uma escola que mal tem o material necessário para que eles consigam passar o conteúdo sejam capazes de ensinar e passar o conhecimento necessário de maneira adequada e eficiente. Nesse cenário, parece inexistente o inciso V, do art. 206º da constituição federal, que fala da valorização dos profissionais da educação escolar.

A falta de investimento na educação básica gratuita tem como consequência a rede de ensino do Brasil atual, escolas com péssima infraestrutura, professores exaustos e alunos desmotivados, que abandonam a instituição na qual estudam assim que possível. Esse investimento é de extrema importância porque, com uma fonte de dinheiro adequada, é possível desenvolver as instituições de ensino de maneira a se tornarem locais de confiança e de conforto para os alunos e professores, sendo possível oferecer não só uma educação realmente boa na sala de aula, progressista, que envolva reflexão e crítica e também uma educação além dessas aulas, com ambientes nos quais o aluno possa ser protagonista de projetos e ideias, dando a ele o espaço para ser criativo e questionador, para pensar em mudança e no futuro. Isso é uma educação de qualidade, isso é uma educação capaz de manter os alunos na escola, isso é uma educação que abre oportunidades, esse tipo de educação precisa de investimento.

No documento “Uma análise econômica da relação entre educação e violência, Kalinca Léia Becker, orientada pela professora Ana Lúcia Kassouf, conseguiu mostrar, a partir da análise de dados dos Estados brasileiros, en-

tre os anos de 2001 e 2009, que a cada 1% investido na educação, 0,1% do índice de criminalidade é reduzido. A pesquisa foi dividida em dois ensaios, o primeiro mais focado no impacto dos gastos com a educação na redução da taxa de homicídios, enquanto o segundo enfocava mais no ambiente escolar e como os alunos reagem a ele. Assim, com os resultados do primeiro ensaio, ela comprovou que a educação influencia no comportamento dos alunos e que o investimento nessa impacta na redução da criminalidade.

Enquanto o foco do Brasil estiver na prevenção da criminalidade e a solução para essa seja jogar um monte de seres humanos em celas apertadas para sofrer e pagar pelos seus crimes, o investimento vai estar focado nisso, nas prisões, nesse sistema, e em como manter e sustentar ele, não na educação. O Ministério da segurança pública estimou, em 2018, que cada preso custa, nos estabelecimentos estaduais, por mês, R\$ 1.800, ao comparar com os números do gráfico mostrado acima, pode-se apontar que esse valor é quase a metade do que custa um aluno do ensino infantil e fundamental por ano. Desse modo, fica claro que essa lógica punitivista e vingativa de colocar o detento como um criminoso capaz de cada vez coisas mais terríveis, além de falha, é cara. Portanto, é necessário olhar para as raízes do problema e entender que a maneira mais eficiente de prevenir a criminalidade e, conseqüentemente, diminuir a taxa dessa no país, é melhorando o sistema de ensino público, oferecendo, a todos, educação boa e de qualidade, capaz de manter os jovens longe do crime e focados nos estudos.

4. A EDUCAÇÃO PÚBLICA DE QUALIDADE COMO MEDIDA EFICAZ NA PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE

Educação é a maneira que países evoluem e se desenvolvem, para que qualquer nação possa avançar é preciso que sua população tenha acesso a uma educação que forme cidadãos capazes de questionar, criticar e refletir de que maneira o país pode melhorar e pode mudar. Por exemplo, para que essa melhoria e esse avanço ocorram, é importante ter na presidência uma pessoa que esteja também interessada nesse avanço, não no retrocesso, para que o povo possa exercer seu direito e dever de votar, tendo noção da importância do seu papel de cidadão e coloque de maneira consciente alguém na presidência que eles julguem competente, é preciso entender de política, é preciso ter acesso a uma educação que lhe fez uma pessoa questionadora, crítica. No entanto, não basta que os cidadãos tenham acesso à educação, se a educação que a população tem acesso é uma educação precária e com muitos buracos, não se faz clara a importância do papel de cada um como cidadão, o

estudante não consegue se desenvolver nem como cidadão nem como pessoa, o estudante não vê a escola como algo importante ou como algo que vai lhe ajudar de alguma forma, o estudante vê a escola como um fardo, vê no crime a possibilidade de ganhar dinheiro, ajudar sua família e mudar de vida e vê na escola tempo perdido.

Segundo o art. 208º, VII, § 1º da constituição federal de 1988, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e, segundo o Anuário Brasileiro de Educação Básica de 2020, em 2019 92,5% dos jovens entre 15 e 17 anos estão na escola, então, se educação é uma forma efetiva de prevenir e consequentemente diminuir a criminalidade no Brasil, e quase 100% dos jovens estão matriculados em escola, por que a taxa de criminalidade continua alta? Essa pergunta pode ser facilmente respondida, ter acesso à educação não significa que esses estudantes estão tendo acesso à educação de qualidade e, infelizmente, muitos deles não estão.

Ter acesso à educação não é apenas ter disponível uma sala de aula e um professor, é preciso ter uma sala de aula decente, bem equipada, com carteiras para todo mundo, com uma lousa para os professores, é preciso que esses estejam preparados para lidar com jovens de baixa renda e motivados para ensinar e que organizem aulas pensando nos alunos e na melhor forma deles absorverem assunto, é necessário espaços para que os alunos possam desenvolver atividades extracurriculares, de maneira que consigam se expressar dentro do ambiente escolar, que esse seja um ambiente de conforto e de oportunidades, um local que ele não sinta que está jogando tempo fora e sim se desenvolvendo e caminhando na direção de um futuro melhor, é preciso ter uma equipe de apoio psicológico preparada para atender esses jovens com tantas demandas, é necessária uma diretoria disposta a ouvir eles, entender o que eles pedem e por que estão pedindo. Parece absurdo, mas não é, a maioria das escolas particulares oferecem isso, absurdo é o fato de que a maioria das escolas oferecem isso e as públicas não, enquanto continuar existindo a desigualdade gritante entre as redes de ensino aqui no país, não existe nada que vá melhorar o abismo na diferença de oportunidades entre mais ricos e mais pobres, e, consequentemente, a criminalidade.

Muito dos jovens que abandonam as escolas e recorrem ao crime, não fazem isso porque tem como sonho estar no tráfico, roubar, matar etc. a maioria gritante deles não vê nenhuma outra saída possível, a maioria deles, não vê outra possibilidade de futuro. Aqui no Brasil, as escolas de educação básica da rede pública ainda não garantem muita coisa aos seus estudantes, não garantem nem o conhecimento de matemática e português básicos. Para es-

ses jovens, que nasceram em um país extremamente racista e elitista, muito poucas são as chances dadas a eles, ficar numa escola caindo aos pedaços, estudar, não lhes garante emprego, não lhes garante uma formação decente e não lhes garante um futuro melhor. Desrespeitados e humilhados em muitos ambientes, várias portas são fechadas na cara deles, vítima de um sistema preconceituoso e cruel, as únicas portas que se abrem são as do crime, com retorno financeiro e até mesmo respeito na comunidade, coisa que eles não conseguem em lugar nenhum, muito menos na escola.

Esses jovens, não encontram nas escolas mal estruturadas, mal preparadas e desestimulantes que frequentam um conforto e uma animação para se manter ali e ver aquilo como um investimento de tempo que no futuro renderá frutos, até porque, ninguém ali acredita realmente no potencial deles, sua própria família, cansados de apanhar da vida e de também terem portas sempre fechadas para eles, não acreditam que a educação de seus filhos vá servir de algo, assim como não serviu para eles. Por conta disso, esses jovens optam pelo crime, e o Estado está a espera desses jovens de baixa renda, em sua maioria negros, para colocar eles onde ele acha que esses “bandidos” pertencem: na prisão. Afinal, para o Estado, ele está fazendo um favor enchendo as cadeias, está protegendo uma parte da população enquanto assassina outra em cadeias que desrespeitam completamente a dignidade humana, o próprio Presidente Jair Bolsonaro comemorou, na sua conta do *Twitter*, o aumento da população carcerária, em suas palavras “significa 3,89% a menos de bandidos levando terror à população”. Tendo isso em vista, segundo dados do INFOPEN de 2017, mais da metade das pessoas privadas de liberdade no país (51,3%) possuem ensino fundamental incompleto, e apenas 14,98% da população carcerária tem ensino médio completo.

A partir disso, fica evidente que a educação e o investimento nela são essenciais se o país quiser realmente diminuir a taxa de criminalidade, para afastar esses jovens do crime, ameaça de aprisionamento e morte não são a solução, esses jovens não têm medo do sistema carcerário, eles crescem ouvindo que serão vítimas dele caso entrem pro crime ou não, jovens negros principalmente, são mortos e parados pela polícia até quando não tem nenhum envolvimento com o crime. Dessa forma, para realmente conseguir afastar eles do crime, é preciso dar para eles oportunidades, é preciso que eles entendam e acreditem que existe uma saída melhor, que existe, na escola, como crescer, se desenvolver e melhorar de vida, é preciso oferecer para eles educação completa, educação de qualidade. Tendo isso em vista, no mesmo documento de Kalinca Léia Becker já citado antes, no ensaio dois

foi possível concluir que o ambiente escolar afeta muito os alunos, escolas que tem o patrimônio depredado e que estão em situação precária, os alunos têm mais chance de cometer algum ato agressivo, por outro lado, quando a instituição promove atividades extracurriculares, ocorre a redução em 0,96 % da possibilidade de algum aluno cometer um ato agressivo. A partir disso, pode-se afirmar que não basta dar qualquer educação, é preciso que seja uma educação que promova também atividades fora da sala de aula, assim, com uma educação completa e amparado pela escola, o aluno se sente estimulado e passa a ver na escola uma oportunidade para melhorar de vida, dessa forma, abandonando o crime.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados e normas analisados e das reflexões trazidas neste artigo, pode-se perceber como a educação e a criminalidade caminham juntos. Ao privar os alunos de uma educação completa de qualidade, dando a eles acesso a uma educação desestimulante e que não parece dar a eles nenhuma possibilidade distinta de futuro do que morrer na mão da polícia, tenha ele feito algo errado ou não, eles irão recorrer ao crime, porque esse pelo menos dará a eles algum tipo de retorno financeiro. Desse modo, é preciso que o governo entenda a educação como medida eficaz na prevenção da criminalidade, e a fim de investir nessa, para que seja possível oferecer aos estudantes da rede pública escolas capazes de atender suas demandas sociais e psicológicas, oferecer espaços para a promoção de atividades extracurriculares e para que eles exerçam protagonismo e oferecer uma educação progressista e crítica, de modo a formar cidadãos questionadores e pensantes. É necessária a melhor aplicabilidade das normas constitucionais de educação, uma vez que essas englobam muito bem as demandas e desafios do estudante brasileiro.

No entanto, é óbvio que não é interesse do governo, muito menos do governo atual, investir na educação e melhorar a rede atual. Isso porque, não seria condizente que um presidente que se elegeu fazendo “arminha” com a mão e gritando para que todos pudessem ouvir que “bandido bom é bandido morto” buscasse investir em um modo de prevenção do crime que de alguma maneira ajudasse esses “criminosos”, na cabeça dele, e de muitos brasileiros, pessoas que são presas, nasceram daquele jeito e, portanto, nunca vão mudar, nada poderia ter sido feito de maneira distinta para mudar o destino deles.

Comparam jovens que nasceram com tudo com jovens que chegam todo dia em casa para uma família esfomeada e pedem que esses últimos, vítimas de um sistema desigual e perverso sejam presos o quanto antes pos-

sível, até mesmo antes de completar dezoito anos. Chamam eles de preguiçosos e ruins por abandonarem uma escola caindo aos pedaços com professores que as vezes nem aparecem e irem para o mundo do crime, por necessidade de alimentar a família. Enquanto esses jovens não tiverem oportunidades reais que permitam a eles perceber que seria possível uma melhoria de vida sem se envolver com o crime, eles vão continuar roubando, matando, traficando, o que tiverem que fazer para sobreviver, para tentar ajudar seus familiares de algum jeito, é preciso dar a eles uma saída.

GARCIA, Ana Gabriela Figueiredo. O direito à educação no Brasil: a aplicação das Normas Constitucionais de maneira eficaz e a prevenção da criminalidade. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 96-109, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988) Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

PEREIRA DUARTE, Haroldo. **Educação Formal E Prevenção Da Criminalidade: Uma Análise Do Caso Brasileiro**. 2010. Monografia de especialização (Especialização em Estudos Criminalidade e Segurança Pública) - UFMG, [S. l.], 2010.

PESQUISAS apontam educação como ‘escudo’ contra criminalidade. [S. l.], 7 ago. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/pesquisas-apontam-educacao-como-escudo-contracriminalidade.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2020.

BAIXA educação, alta criminalidade. [S. l.], 13 jun. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/baixa-educacao-alta-criminalidade/>. Acesso em: 24 out. 2020.

BECKER, Kalina Léia. **Uma Análise Econômica Da Relação Entre Educação E Violência**. 2012. Tese (Doutorado em economia aplicada) - USP, [S. l.], 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-15032013-092954/publico/Kalinca_Leia_Becker.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

AUDI, André Basili. **Os Efeitos da Qualidade da Educação sobre a Criminalidade nos Municípios Brasileiros**. 2016. Projeto de pesquisa - iniciação científica (.) - INSPER, [S. l.] Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/pibic_andre_audi.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

MENDES, Maria Socorro dos Santos. **Qualidade De Ensino Na Escola Pública: Desafios E (Im)Possibilidades**. [s. l.], 10 jul. 2009. Disponível em: <http://pep-sic.bvsalud.org/pdf/pef/v1n2/v1n2a06.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

Anuário Brasileiro de Educação Básica 2020

QUERIDO, Marcus Vinícius Ortiz. **A Importância Da Educação Para O Enfrentamento E Prevenção À Criminalidade: Uma Reflexão Sobre Políticas Públicas**¹. ., [s. l.], 23 out. 2017. Disponível em: http://www.lo.unisal.br/sistemas/conise/anais/136_13500680_ID.pdf. Acesso em: 28 out. 2020

DE BARROS, Fernanda Otoni. **Liberdade E Responsabilidade Por Uma Sociedade Sem Prisões**. ., [s. l.], 26 nov. 2020. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/12/Aprisionamento_-_Fernanda_Otoni.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020

Razões para Abolir o Assistente da Acusação

REASONS TO ABOLISH THE PROSECUTION ASSISTANT

Nadir MAZLOUM¹

• RESUMO

O assistente de acusação é um sujeito processual com previsão legal no nosso Código de Processo Penal. Trata-se de uma figura bem controversa e cuja atuação na ação penal pública não é muito bem definida, não havendo consenso na doutrina a respeito dos fundamentos dessa intervenção coadjuvante do ofendido com o Ministério Público na acusação. Este trabalho irá fazer uma análise bem crítica desse sujeito processual, propondo a sua abolição, a partir de uma análise histórica da evolução da ação penal, demonstrando como a evolução jurídica do processo penal coincide com o desenvolvimento da ação penal pública, depositando esse importante instrumento nas mãos de um órgão público.

• PALAVRAS-CHAVE

Assistente de Acusação; Sujeitos Processuais; Ação Penal Pública; Ministério Público; Ofendido.

• ABSTRACT

The prosecution assistant is a procedural subject with a legal provision in our Code of Criminal Procedure. This is a very controversial figure whose performance in public criminal action is not very well defined, and there is no consensus in the doctrine regarding the fundamentals of this supporting intervention of the offended with the District Attorney in the prosecution. This work will make a very critical analysis of this procedural subject, proposing its abolition, from a historical analysis of the evolution of the criminal action, demonstrating how the legal evolution of the criminal process coincides with the development of the public criminal action, depositing this important instrument in the hands of a public agency.

¹ Advogado, Pós-Graduando na Escola Paulista da Magistratura – Especialização em Direito Processual Penal.

• KEYWORDS

Prosecution Assistant; Procedural Subjects; Public Criminal Action; District Attorney; Offended.

1. INTRODUÇÃO

No estudo dos sujeitos processuais no processo penal, deparamo-nos com a divisão desses sujeitos em duas categorias: necessários e contingentes. Os sujeitos necessários são aqueles sem os quais o processo sequer pode existir, quais sejam, o juiz, o Ministério Público (ou o querelante nas ações penais privadas) e o réu. Sem o juiz, não há o órgão imparcial para julgar a causa; sem o Ministério Público ou o querelante, não há ação em movimento e, conseqüentemente, jurisdição; e sem o réu, também não haverá processo, pois não existe processo penal contra ignorados. Já os sujeitos contingentes, como o nome já revela, são aqueles que podem ou não vir a participar do processo, sem qualquer prejuízo para o seu regular prosseguimento se eles não participarem. “Entre nós”, pontua TOURINHO FILHO, “a única parte contingente é o *assistente da acusação*.”² Com efeito, nos casos de ação penal pública, o Código de Processo Penal, no art. 268, faculta ao ofendido, ou, na sua falta, alguns de seus parentes próximos, a atuação ao lado do Ministério Público como acusador assistente.

Existe amparo legal, portanto, para a figura do assistente da acusação. No entanto, é preciso ir mais a fundo na questão e indagar: existe fundamento seguro, do ponto de vista jurídico e político, para se permitir um “acusador privado” ombreando o Promotor de Justiça no processo penal? Qual seria a utilidade dessa atuação paralela do ofendido com o Ministério Público? Existem benefícios sensíveis para essa intervenção? Penso que existem fundamentos políticos, jurídicos e morais de sobra para se pensar, em uma futura reforma processual, em se abolir o assistente da acusação. Para resolver essa questão, parece ser importante compreender o fenômeno da acusação criminal desde quando ela era particular até o surgimento do Ministério Público.

² FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo penal, Vol. 2, Editora Saraiva, 34ª Edição, 2012, p. 605.

2. O MODELO DE ACUSAÇÃO PRIVADA

O primeiro passo para a análise do assistente da acusação é afirmar e entender que ele é, antes de tudo, um acusador privado. Com essa constatação, pode-se compreender os perigos que o assistente da acusação traz, que não são senão os perigos que a acusação privada, *só por ser privada*, carrega em si. Um sistema de acusação privada tem defeitos que podem prejudicar a correta administração da justiça criminal, que não pode ser desviada de seu curso natural por influências de interesses particulares.

Para se verdadeiramente entender os benefícios da ação penal pública, é preciso então antes saber os malefícios que resultam da sua ausência. Um modelo de acusação deixada livre aos particulares exige um elevado senso de dever público por parte dos cidadãos: a pessoa que acusa deve deixar de lado qualquer interesse privado e agir como representante do interesse público, o que é algo que em sociedades menos evoluídas moralmente dificilmente ocorre. A titularidade do direito de acusar, longe de ser um aspecto secundário ou irrelevante da acusação, aparece como um fator de extrema importância a ser resolvido pelo ordenamento jurídico, tanto para o interesse público na repressão dos delitos como para a segurança dos cidadãos honestos, conforme pontua o italiano PUGLIA:

Non si creda, che sia di poca importanza la questione delle persone che debbono esercitare l'azione penale. Uno dei problemi fondamentali del processo penale, scrive il chiarissimo Casorati, è quello di determinare il modo più sicuro e più conveniente per l'esercizio dell'azione penale da promuoversi contro i colpevoli dei reati. Grande è l'interesse comune, che il potere di promuovere l'azione penale sia saviamente ordinato, da ciò dipendendo che l'ordine pubblico turbato dai reati sia prontamente ristabilito, mercè la scoperta e la punizione dei colpevoli; e l'onesto cittadino non sia ingiustamente minacciato nella sua tranquillità.³

Realmente, tão importante quanto a acusação em si é saber quem é que acusa e por quê. Pois bem. Imaginemos um cenário político-jurídico sem o Ministério Público, ou seja, um cenário onde o exercício da ação penal seria

³ PUGLIA, Ferdinando. *Manuale di procedura penale*, Libraio Editore, 2ª edizione, 1889, p. 50.

facultado a qualquer cidadão particular, um modelo de ação penal popular, portanto. Existe registro histórico de tal cenário: Roma. Com efeito, em Roma, era desconhecida a figura de um órgão público encarregado de fazer as acusações criminais, do que resultava o pleno exercício desse poder-dever a qualquer cidadão. MONTESQUIEU relata quais foram os resultados desse modelo:

Em Roma, era permitido que um cidadão acusasse outro. Isso era conforme ao espírito da república, em que cada cidadão deve ter, para o bem público, um zelo sem limites, em que cada cidadão deve ter nas mãos todos os direitos da pátria. Seguiram-se, sob os imperadores, as máximas da república; *e logo se viu surgir um gênero funesto de homens, um bando de delatores*. (...). Temos hoje uma lei admirável; é a que determina que o príncipe, coroado de fazer executar as leis, aponte um oficial em cada tribunal, para perseguir em seu nome todos os crimes: de sorte que a função dos delatores é desconhecida em nosso meio. E se se suspeitar que esse vingador público abuse do seu ministério, ele será obrigado a dar o nome de seu denunciante.⁴

Nota-se que aquele oficial apontado pelo príncipe a que MONTESQUIEU se refere não é e não pode ser senão o Ministério Público, ainda que não com a feição e independência que conhecemos hoje. A ideia de um órgão público concebido especificamente para fazer as acusações criminais surgiu, então, da necessidade de se conter os excessos das vinganças e paixões privadas dos cidadãos, que instrumentalizavam esse poder-dever para fins particulares nada nobres.

A diferença fundamental entre um acusador privado e um acusador público é o móvel da atuação: no modelo de acusação pública, o móvel é o dever de ofício que foi atribuído àquele órgão, isto é, a função específica de acusar; no modelo de acusação particular, os móveis serão tão variáveis e indefinidos quantos forem os particulares que se envolverem com a acusação. O problema da acusação privada reside, assim, no fato de que ela precisa de algum incentivo para se movimentar, pois não há a obrigação de ofício de fazê-la. E como o particular não tem o dever de ofício de fazer a acusação, espera-se que ele irá se envolver apenas na acusação que lhe trazer e somente

⁴ MONTESQUIEU. Do espírito das leis, Trad. Roberto Leal Ferreira, Editora Martin Claret, 2ª Edição, São Paulo, 2015, p. 142. (sem destaque em itálico no original)

se lhe trazer – depois de ter feito uma escolha refletida – os benefícios que procura obter com tal acusação, sejam de qual ordem forem, morais, financeiros ou pessoais.

O primeiro problema, então, da acusação particular, reside no seu limiar, e é o que podemos chamar de *não-identificabilidade do móvel de acusar*. Mas ao lado desse problema que diz respeito aos motivos sob os quais a acusação privada pode se iniciar, existe ainda um segundo problema que é o seu oposto: problemas relacionados à inércia. Com efeito, a acusação privada está sujeita a ser neutralizada por motivações também particulares das mais variadas ordens. GARRAUD traz considerações, nesse sentido, sobre as vantagens de um acusador público:

A acusação popular pode tornar-se inerte por medo, corrupção ou indiferença, e ser ainda um processo de “chantagem”, nas mãos de indivíduos duvidosos. Ninguém contesta, neste duplo ponto de vista, as vantagens da instituição de um acusador público.⁵

Realmente, se as acusações fossem privadas, correr-se-ia o risco de se permitir que acordos privados paralisassem a pretensão punitiva, e então a ação penal se tornaria instrumento de comércio nas mãos de pessoas mal-intencionadas. Esse, então, um dos lados negativos da acusação privada.

O outro excesso que resulta do modelo de acusação puramente privado é até mais grave: não a inércia, mas a instauração da ação penal por interesses inconfessáveis. Como o particular poderia “escolher” qual acusação ele poderia fazer, certamente motivos egoísticos e pessoais determinariam a escolha: o desejo de glória e a vaidade de acusar uma figura poderosa do meio político, motivos ideológicos, disputas pessoais ou comerciais, e tantos outros não identificáveis. Especificamente com relação ao ofendido, não se poderia jamais excluir a hipótese de ele ocultar o seu interesse pecuniário ou o seu desejo de vingança atrás do exercício aparentemente legítimo da ação penal. CARNELUTTI, ao avaliar os riscos da ação penal nas mãos da parte ofendida, abordou o tema com muita propriedade, entendendo que “seu interesse pode impulsioná-la a agir com excesso, isto é, além dos interesses

⁵ GARRAUD, René. Compêndio de Direito Criminal, Vol. II, Trad. Ricardo Rodrigues Gama, Editora LZN, São Paulo, 2003, p. 12.

da justiça; *enquanto contra um imputado privado de meios a parte lesionada não tem razão de insistir apesar de sua convicção da culpa do réu, se este é, pelo contrário, endinheirado, pode o interesse dominá-la a agir sem piedade ainda que esteja convencida de sua inocência.*"⁶

A acusação privada, vê-se bem, tem o risco de desaguar, alternativamente, em dois excessos opostos: ou a não acusação nos casos em que ela deveria ter seguido adiante, resultando em impunidade; ou a acusação feita, mas que não deveria ter sido movida por interesses inconfessáveis. BELING, citado por TOURINHO FILHO, bem observa que ninguém *"assume el molesto papel de acusador sino por motivos personales, de suerte que tanto existe el peligro de que no se acuse aunque el interés del Estado lo requiera, como el peligro contrario de que el ódio, la venganza y otros motivos bastardos originen procesos sin fundamento."*⁷ Na síntese de LUIGI BORSARI, a acusação privada oscila sempre entre dois opostos igualmente danosos para o interesse público: *"È un diritto insufficiente o un diritto eccessivo."*⁸

Em resumo, temos os seguintes problemas inerentes, vícios intrínsecos, por assim dizer, da acusação privada:

- 1) vício da não-identificabilidade do móvel da acusação;
- 2) vício do risco da inércia da acusação, nos casos em que ninguém se dispõe a acusar ainda que o interesse público requeira;
- 3) vício da disponibilidade da acusação privada, que coloca a ação penal sob o risco de ser "mercadejada" pelo acusador particular depois de iniciada;
- 4) vício do risco da acusação sem fundamento, nos casos em que a ação penal é utilizada para satisfazer a vingança ou outros interesses inconfessáveis do acusador privado.

Vistos, então, os vícios do modelo de acusação privada, resta indagar: quais deles se aplicam ao assistente da acusação? Pois bem. O vício número "2", a saber, o risco da inércia, não ocorre, pois o assistente de acusação ingressa nas ações penais públicas já iniciadas pelo seu titular exclusivo, o Ministério Público. Com relação ao vício de número "3", o vício da disponibili-

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal, Vol. 1, Trad. Francisco José Galvão Bruno, Editora Bookseller, 2004, p. 215. (sem destaque em itálico no original)

⁷ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo penal, Vol. 1, Editora Saraiva, 34ª Edição, 2012, p. 574.

⁸ BORSARI, Luigi. *Dell'azione penale, Dalla Società L'Unione Tipografico-Editrice*, 1886, p. 188.

dade da acusação, não há esse risco, pois o assistente intervém na ação penal pública, que é norteadada pela indisponibilidade, resguardada também pelo Ministério Público. Os perigos começam a aparecer quando analisamos os vícios de número “1” e “4”. Realmente, não há meios objetivos de ser identificar o móvel do ofendido no momento em que ele se apresenta na esfera penal como assistente de acusação. O que ele estaria procurando com essa intervenção? A própria doutrina controverte sobre o fundamento sob o qual repousa essa intervenção: para uns, o objetivo seria unicamente garantir o interesse da indenização civil *ex delicto*; para outros, o interesse do ofendido seria a justa condenação do acusado. TOURINHO FILHO, por exemplo, entende que a intervenção do assistente de acusação se justifica exclusivamente no interesse na satisfação do dano causado pelo delito: “Entendemos que a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil.”⁹ Analisemos com mais vagar esse fundamento.

3. DO FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO NO INTERESSE NA INDENIZAÇÃO DO DANO EX DELICTO

Conforme explica o italiano PUGLIA, “existem ações individuais lesivas de direitos de natureza tão grave, que perturbam profundamente a ordem social, de tal arte que a simples satisfação dos danos causados por aquelas lesões ou a mera reintegração do direito do ofendido ou do prejudicado pela ação maléfica, não bastam para restabelecer a ordem, para tranquilizar a consciência dos associados sobre a garantia dos seus direitos, porque o temor das prováveis repetições daquelas ações perigosas lança o alarme nos ânimos de todos.”¹⁰ O exemplo mais sensível desta verdade é o crime de roubo: ainda que houvesse a imediata restituição da coisa subtraída ao ofendido, o processo penal deveria ser instaurado em busca da condenação e aplicação da pena ao delinquente. Isso significa que, no processo penal, há um interesse, que não o interesse do ofendido no restabelecimento do seu patrimônio ju-

⁹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo penal, Vol. 2, Editora Saraiva, 34ª Edição, 2012, p. 610.

¹⁰ PUGLIA, Fernando. Prolegômenos ao estudo do direito repressivo, Trad. Octavio Mendes, Editora Teixeira & Irmão, São Paulo, 1891, p. 45.

rídico, que é tutelado pelo Estado e cujo titular é toda a sociedade, incluído aí o próprio ofendido.

Portanto, no processo penal, a tutela penal, mesmo nos crimes patrimoniais, abrange muito mais do que um interesse privado do ofendido. Nada obstante, insiste-se em defender a ideia de que o assistente de acusação intervém para buscar essa satisfação civil. Segundo essa visão, o interesse que justifica a intervenção do assistente é meramente civil: o interesse na satisfação do dano causado pelo delito. Conforme dispõe o art. 91, I, do Código Penal, é efeito da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. O assistente da acusação buscaria, então, pela via processual penal, produzir esse efeito da condenação, para garantir o seu direito de ser indenizado pelo dano causado pelo delito.

Parece que esse interesse na indenização do dano causado do delito não só não é justificativa convincente para a figura do assistente de acusação como na verdade é o maior fundamento para a sua abolição. Explica-se. O processo penal só pode ter dois objetivos e mais nenhum outro: a condenação do culpado ou a absolvição do inocente. Então, quando se diz que o assistente de acusação intervém para garantir o seu direito de indenização, a afirmação é clara e categórica: o seu interesse é meramente pecuniário. Não se percebe que, ao permitir essa ingerência do ofendido como acusador no processo penal, isso poderia permitir a busca da condenação de uma pessoa apenas para se conseguir uma indenização civil, sem qualquer consideração quanto à inocência ou culpa do acusado? Será realmente prudente permitir que um interesse pecuniário se misture, ou até mesmo se disfarce atrás do exercício de uma ação penal pública?

Quando se diz que o ofendido tem o direito de intervir na ação penal pública como assistente da acusação porque a decisão penal exerce influência decisiva na esfera cível, não se leva em conta que a absolvição do acusado na esfera penal só produz coisa julgada na esfera cível nos casos em que realmente o acusado é categoricamente afirmado inocente, ou seja, nos casos em que o fato não existiu (art. 386, I, CPP), nos casos em que o réu não concorreu para o crime (art. 386, IV, CPP) ou nos casos em que o acusado agiu sob o manto de alguma justificante (art. 386, VI). Isso significa dizer que, se a sentença penal tolhe o direito do ofendido de se indenizar, é porque esse direito nunca existiu e, portanto, não há direito algum a tutelar, seja na esfera penal, seja na esfera cível. Em todos os outros casos, a absolvição não tolhe o direito do ofendido de, pelas vias próprias – entenda-se, a ação civil *ex delicto* –, buscar o seu direito de se indenizar pelos danos causados pelo deli-

to. Vejamos cada uma das hipóteses para demonstrar, sem sombra de dúvidas, como a indenização do dano causado pelo delito fica preservada mesmo quando o assistente não intervém no processo penal:

1) réu absolvido pela negação categórica do fato (art. 386, I): quando o juiz absolve com esse fundamento, é porque há prova incontestável de que o fato, na sua materialidade, jamais existiu. E se não existiu, não há dano a ser indenizado e, portanto, a influência na esfera civil é uma questão de coerência e, acima de tudo, de justiça;

2) réu absolvido por não haver prova de que o fato existiu (art. 386, II): nesse caso, o juiz não nega categoricamente o fato, mas apenas diz que não há prova produzida, ali no processo penal, a respeito de sua existência. Essa prova pode ser produzida pela via da ação civil *ex delicto*. O art. 66 da lei processual penal é cristalino: “Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.” O interesse do ofendido em uma eventual indenização fica preservado;

3) réu absolvido por não constituir o fato infração penal (art. 386, III): o fundamento aqui é a atipicidade. O fato, na sua materialidade, existiu, mas não constituiu um ilícito penal. Pode, no entanto, ter ocorrido um ilícito civil, que poderá ser provado na esfera civil. O Código de Processo Penal é explícito no art. 67, III: “Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: (...); III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.” Novamente, o interesse do ofendido fica preservado;

4) réu absolvido por negação da sua participação ou autoria no fato (art. 386, IV): nesse caso, o fato na sua materialidade existiu, mas ficou provado categoricamente que o réu jamais teve envolvimento com ele. A absolvição deve, então, repercutir na esfera cível, pois não há dano a ser indenizado por este réu;

5) réu absolvido por não haver prova da sua participação ou autoria no fato (art. 386, V): nesse caso, não ficou provado, no processo penal, a autoria ou participação no fato, o que não impede o ofendido de fazer essa prova na esfera cível, pelo que seu interesse na indenização aqui fica preservado;

6) réu absolvido com fundamento em justificantes ou dirimentes (art. 386, VI): aqui existem hipóteses que ora poderão produzir coisa julgada no cível (legítima defesa), ora permitirão a indenização do dano causado pelo delito (inimputabilidade), pelo que o ofendido terá, conforme o caso, o seu interesse preservado;

7) réu absolvido por insuficiência de provas para condenação (art. 386, VII): esta é a hipótese residual de insuficiência de provas, que garante o ofendido de buscar provar os fatos na via cível.

Depreende-se, então, que, em todos os casos em que a decisão penal produz coisa julgada cível, é porque realmente não há dano a ser indenizado ou não há dano a ser indenizado por aquele réu de que trata o processo penal; nos demais casos em que a decisão penal não impede a ação civil, o interesse do ofendido fica preservado. Portanto, a justiça nada perde com a não intervenção do assistente da acusação: se a absolvição produziu coisa julgada na esfera cível, é porque realmente essa era a decisão que melhor atendia aos interesses da justiça, que poderiam não ser coincidentes com o interesse não identificável do ofendido. O que se pretende provar com esse raciocínio é o seguinte: pode o ofendido, diante de um acusado financeiramente mais “interessante”, procurar obter a condenação do acusado não porque o fato ocorreu ou que ele foi o seu autor, mas porque essa condenação lhe trará o efeito do art. 91, I, do CP, independentemente da justiça da decisão do ponto de vista criminal. Vale lembrar que a palavra da vítima é um meio de prova típico, do qual o juiz poderá se valer para condenar o acusado. Como assegurar que a vítima não busque, com uma acusação falsa, obter uma indenização fácil e garantida pelo efeito do art. 91, I, do CP? Por que e para que introduzir interesses outros no processo penal que não a condenação do culpado ou a absolvição do inocente? O Ministério Público saberá e quererá obter tanto um como outro resultado, quando o interesse da justiça assim o requerer. Noutras palavras, o Ministério Público terá o interesse em buscar a condenação do acusado, se ele for culpado, ou buscar a sua absolvição, se for inocente. Não é esse, em última análise, o interesse social? E qual seria o interesse, então, que se juntaria a esse interesse social, se o ofendido se apresentasse, ao lado do Promotor de Justiça, na condição de acusador? Um interesse pecuniário dele próprio? Um interesse inconfessável? Pura vingança? Não se poderá saber. O Ministério Público como acusador, por outro lado, é fator de tranquilização e confiança na acusação, pois o Promotor de Justiça não tem interesse civil-pecuniário a buscar com a condenação, o que significa dizer que ele irá buscar a condenação pela condenação, quando esta for justa, e não a condenação como um meio para atingir o efeito do art. 91, I, do Código Penal. Nesse contexto, o italiano VITTORIO MELE deu ênfase ao fato de que a acusação, em Roma, tornou-se fonte de injustiças ainda maiores quando foi disposto que parte da multa devida pelo condenado beneficiaria o acusador:

*L'accusa divenne quindi fonte e fomite di gravi ingiustizie tanto più quando fu disposto che un quarto della multa pagata dal condannato andasse a beneficio dell'accusatore: chi aveva in animo di danneggiare qualcuno trovava facilmente un prezzolato disposto ad assumersi il carico di un'accusa infondata e temeraria; (...).*¹¹

O interesse pecuniário torna-se o norte de orientação da acusação, em detrimento da busca da verdade dos fatos. Aquilo que é acessório e secundário, e de certo modo até irrelevante *no processo penal*, torna-se principal e primordial com o ingresso do assistente, isto é, invertem-se os interesses: o interesse privado (pecuniário) passa a ser tutelado no processo penal, em detrimento do interesse público maior que é a culpa ou a inocência do acusado. Note-se que o próprio fato de o assistente ser um sujeito acessório e contingente, e, portanto, cuja ausência não traz problemas para os fins do processo penal, já revela que o seu ingresso é bem questionável *para esses mesmos fins do processo penal*, quais sejam, a justa aplicação da pena a um culpado ou justa absolvição de um inocente. Noutras palavras, se o processo penal pode existir e atingir a sua finalidade a despeito da ausência do assistente de acusação, isso significa que quando o assistente de acusação está presente no processo penal alguma outra finalidade, completamente estranha aos interesses da justiça, será introduzida no processo e misturada com a atuação do Ministério Público. GARRAUD chamou a atenção para essa confusão de interesses que se introduz no processo penal com a intervenção do assistente:

*Essa constituição da parte civil tem o caráter de uma intervenção voluntária, pois que o ministério público não teria vantagens e o acusado não teria o direito de chamar a parte civil à causa. 2º Por outro lado nenhuma outra intervenção além da parte civil é aceitável contra o acusado. Sobre que motivo se basearia ela? Sobre um interesse particular? Mas então que o interventor se porte como parte civil. Sobre um interesse geral? Mas o Ministério Público é o único representante deste interesse que se confunde como interesse social.*¹²

¹¹ MELE, Vittorio. *Il segreto istruttorio*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1959, p. 101.

¹² GARRAUD, René. Op. cit., p. 28.

Pode-se dizer, então, que a intervenção do assistente não se coaduna com os interesses da justiça na busca isenta e imparcial da verdade. Portanto, conclui-se que a defesa da intervenção do assistente de acusação com fundamento no interesse da indenização do dano causado pelo delito não se sustenta e é até contraproducente, por introduzir, no processo penal, interesses estranhos à busca da justiça. A condenação, nesses casos, funcionará não como um fim em si mesmo, aquele imperativo categórico de justiça a que se referia KANT, mas como um meio de se atingir outros fins não tão nobres. Não são raros os casos em que uma mulher acusa de estupro uma estrela dos esportes ou do cinema para, em seguida, conseguir um acordo civil de indenização. Para citar apenas dois, temos o caso do falecido jogador de basquete Kobe Bryant e o caso do jogador de futebol Cristiano Ronaldo. Ambos foram acusados de estupro, ambos alegaram como defesa que as relações foram consensuais, e em ambos os casos o desfecho foi o mesmo: um acordo civil de indenização e as queixas “retiradas”, segundo as leis americanas. Quem não garante que as acusações não foram urdidas para “forçar” o acordo civil? A ação penal, nesses casos, foi nada mais nada menos que instrumentalizada pelas supostas vítimas para conseguirem interesses nada elevados. Depreende-se que a intromissão do ofendido no processo penal obnubila a visão da justiça e a degrada, convolvendo a ação penal em instrumento de comércio e chantagens vis. Em resumo, o modelo de acusação feita por particulares é um modelo que permite que a ação penal se transforme em “poderoso veículo para satisfazer aspirações bastardas extraprocessuais”¹³, na lúcida advertência de TOURINHO FILHO.

Com todos esses argumentos, cai por terra o fundamento de que se deve garantir ao ofendido a intervenção como assistente de acusação para garantir a sua indenização do dano causado pelo delito. A posição aqui assumida significa, então, um solene desprezo pela satisfação do dano civil por ventura causado à vítima? Se se folheia o Código de Processo Penal, vê-se que esse fim pode ser atingido por outros meios que não acarretam os perigos da assistência à acusação.

4. DAS MEDIDAS À DISPOSIÇÃO DO OFENDIDO PARA SATISFAZER OS SEUS INTERESSES CIVIS

Admitida a abolição da assistência à acusação, ficaria o ofendido, então, no processo penal, privado de meios para a satisfação de seus direitos?

¹³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Op. cit., p. 571.

De modo algum. Veja que a lei processual penal coloca à disposição do ofendido um leque de meios para obter a satisfação dos seus interesses civis lesados pelo delito. Como ensina TOURINHO FILHO, a responsabilidade civil pode ser executada ora pela restituição, ora pelo ressarcimento, ora pela reparação.¹⁴ Segundo o ilustre professor, a restituição consiste na forma mais perfeita de satisfação do dano, pois constitui na devolução da própria coisa tirada do ofendido. O ressarcimento seria um termo reservado à satisfação dos danos patrimoniais sofridos em razão do delito. E a reparação é o termo utilizado para a satisfação de danos extrapatrimoniais causados pelo delito, isto é, o dano moral. Ora, todas essas formas de satisfação do dano civil podem ocorrer perfeitamente, no processo penal e fora dele, sem que se precise recorrer à desnecessária figura do assistente da acusação.

Realmente, a restituição de coisas apreendidas está regulada pela lei adjetiva penal, no art. 118 e seguintes. Para que ela opere, basta um singelo pedido à autoridade policial com a lavratura de um auto de restituição, nos casos em que não há dúvida quanto à propriedade da coisa. E ainda que haja essa dúvida, a restituição dar-se-á perante o juiz, com um pouco mais de cautela, caso em que, se a dúvida persistir, o juiz penal remeterá as partes ao juízo cível, para lá discutirem sobre a propriedade da coisa. O ressarcimento e a reparação também operam sem a necessidade de o ofendido ingressar no processo penal como assistente: a hipoteca legal prevista no Código Civil, o procedimento de sua especialização previsto no Código de Processo Penal, o arresto prévio à especialização da hipoteca legal e a ação civil *ex delicto* são prova disso.

Ainda nesse contexto, vale relembrar que a lei processual penal, ao tratar das medidas assecuratórias, explicita que o ressarcimento do dano causado pelo delito terá preferência sobre as despesas processuais e as penas pecuniárias, conforme o art. 140: “Art. 140. As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, *tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido.*” E por fim, o ordenamento jurídico brasileiro ainda tutela muito bem o interesse do ofendido afastando a impenhorabilidade do bem de família nos casos de ressarcimento de danos *ex delicto*, conforme o art. 3º, VI, da Lei 8.009/90: “Art. 3º

¹⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo penal, Vol. 2, Editora Saraiva, 34ª Edição, 2012, p. 40.

A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...); VI - por ter sido adquirido com produto de crime *ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.*” Sabe-se muito bem que a impenhorabilidade do bem de família é um dos grandes fatores de uma execução frustrada, diante da ausência de outros bens do executado para penhora. O ofendido tem então na Lei 8.009/90 uma grande garantia oferecida por lei para a satisfação dos danos causado pelo delito.

Depreende-se que, ao contrário do que se alega com frequência, o ofendido não está e nunca esteve desamparado no ordenamento jurídico brasileiro. Existem inúmeros meios à disposição do ofendido para a satisfação dos seus interesses civis que afastam a necessidade de se recorrer à assistência à acusação para esse fim. Afastado, então, esse primeiro fundamento para justificar a intervenção do ofendido como assistente da acusação, resta analisar o segundo: a sua intervenção fundada no interesse na justa condenação do acusado.

5. DO FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO NA JUSTA CONDENAÇÃO DO ACUSADO

Segundo uma concepção mais “elevada”, a intervenção do ofendido na ação penal pública como assistente do Ministério Público estaria fundamentada no interesse que ele tem na justa condenação do acusado. O assistente auxiliaria o Ministério Público tendo em vista a própria pretensão punitiva, para que ela seja justamente desenvolvida. Em apoio a essa visão, a doutrina argumenta com a reforma processual de 2008, que ampliou as faculdades processuais do assistente de acusação, como a possibilidade de pedir o desaforamento no âmbito do júri e a legitimidade para postular a prisão preventiva do acusado.

Pois bem. A primeira objeção que se poderia fazer é a de que o ofendido representando a pretensão punitiva é a própria negação do processo penal: não é este um “substitutivo civilizado da vingança privada”¹⁵? O Estado retira das partes em conflito o direito de fazer justiça e impõe, com força irrecusável, a justiça legalizada e refletida, em oposição à vingança apaixonada.

¹⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo penal, Vol. 1, Editora Saraiva, 34ª Edição, 2012, p. 39.

da e irrefletida do ofendido. A história de evolução do Direito Penal é a história da gradual e segura monopolização da violência pelo Estado, subtraindo dos cidadãos o exercício arbitrário das próprias razões. Esse fenômeno não foi obra de uma repentina legislação ditada por um sábio legislador, mas da necessidade, sentido por todos e aceita gradativamente, de se retirar o conflito das mãos das partes envolvidas para evirar os excessos que da vingança privada resultam. A presença do ofendido no processo penal, ao lado do Ministério Público, se não representa um retorno efetivo à vingança privada, a estimula, ainda que timidamente.

Para a justa condenação do acusado o Estado dispõe de todo um aparato punitivo feito justamente para romper com o modelo antigo de vingança privada. Quando se trata de ação penal pública, o ofendido não deveria ter mais direitos do que o cidadão comum em ver a ordem social restabelecida pela aplicação da pena, pois, como ponderou muito bem PIETRO LANZA, esse direito surge pra ele não para satisfazer sua vingança pessoal – que não pode ser a base de uma ação de índole pública – mas para satisfazer o direito que ele tem, como cidadão, de ver os delitos punidos para a proteção da segurança social:

Egli quindi più che ogni altro ha diritto a veder perseguitato il delinquente coll'azione penale. Questo diritto non gli vien già dal sentimento della vendetta, che è sentimento riprovevolissimo e che non può esser base di diritto alcuno, ma dal bisogno che ha ogni cittadino in genere, e lui in specie, di vedere irrogare una pena, che serva a ristabilire l'ordine esterno, che fu turbato dal delitto.¹⁶

Ademais, ainda que se aceitasse a visão de que o interesse do ofendido é a justa e isenta condenação do culpado, a dificuldade sempre seria a mesma dita no início: como identificar se a intenção é realmente essa ao se habilitar no processo? Objetivamente, o ofendido que ingressa no processo interessado na justa condenação e o ofendido que ingressa somente para buscar a indenização se manifestam de maneira idêntica: a petição de habilitação é o instrumento para tanto. Subjetivamente, no entanto, se distinguem: um

¹⁶ LANZA, Pietro. *Effetti giuridici del delitto ossia azioni che nascono da reato*, DALLI TIPOGRAFIA DI FRANCESCO MARIOTTI, 1886, p. 80.

está interessado na indenização e o outro não. Como distinguir cada qual? Em última análise, a intervenção do ofendido como assistente sempre desaguaria no vício inicialmente abordado da *não-identificabilidade do móvel da acusação privada*. Veja que, seja qual a visão que se adote, sempre se chegará ao delicado problema de que a acusação do assistente é sempre e invariavelmente uma acusação parcial e interessada.

Essa parcialidade da acusação do ofendido não é excluída pelo fato de que o ofendido se faz representar por advogado como assistente de acusação. Antes, só confirma essa parcialidade. Quem nunca presenciou uma disputa judicial nas varas de família, onde as partes, representadas por seus advogados, infligem imputações recíprocas nem sempre verídicas, com o intuito de conseguir um benefício processual ou extraprocessual? Nem sempre os advogados das partes conseguem “filtrar” adequadamente esse desejo de vingança e acabam eles próprios se tornando meros agentes passivos dos rancores privados. Na esfera penal, o mesmo fenômeno ocorreria: o advogado, vinculado moral e financeiramente ao seu constituinte, postularia com ardor e paixão a condenação do acusado, ainda que internamente não convencido da sua culpa. O êxito pecuniário do advogado ficará condicionado à superveniência de uma sentença condenatória. Sem esta, o advogado nada ganhará. Um advogado contratado *ad exitum*, ou seja, cuja remuneração consistisse em uma percentagem do que o ofendido ganhasse a título de indenização do dano *ex delicto*, teria condições de fazer uma acusação imparcial? Não teria ele também, e até mais do que o ofendido, o mero interesse no efeito do art. 91, I, do Código Penal? O Promotor de Justiça, ao revés, não tem os seus vencimentos subordinados a uma condenação ou a uma absolvição: seja qual for o resultado do processo, o seu vencimento ao final do mês será fixo, inalterável e irredutível, como assegura o art. 128, §5º, “c”, da Constituição Federal. Um acusador privado, interessado e parcial: é isso o que se introduz no processo penal com a assistência à acusação, em detrimento da acusação pública, desinteressada e imparcial do Ministério Público. “*L’azione penale*”, pondera BORSARI, “*non è atto di parte: non può esserlo secondo la elevata opinione che noi ci formiamo della giustizia penale.*”¹⁷ CARNELUTTI percebeu esse grave problema ao seu debruçar sobre as vantagens da acusação pública, e chegou à conclusão de que “o acusador não pode nunca ser o sujeito

¹⁷ BORSARI, Luigi. Op. cit., p. 188.

do interesse lesionado pelo delito; mais correta seria a fórmula que contrapõe à *acusação da parte* a *acusação de ofício* ou, sem mais, à *acusação parcial* a *acusação imparcial*.¹⁸

Dentro desse raciocínio, a própria constitucionalidade do instituto se torna bem questionável, se colocado em contraste com o art. 129, I, da Carta de 88. Ter-se-ia um acusador privado em ação penal pública, sendo que o que o Constituinte estabeleceu foi a privatividade do exercício da acusação pelo Ministério Público nas ações penais públicas. Parece, assim, que a assistência à acusação representa um retrocesso civilizatório: é colocar o aparato punitivo do Estado a serviço da vingança privada. Há quem diga, nessa toada, que a consolidação da ação penal pública é o verdadeiro apanágio da civilização, como pondera VICENTE DE AZEVEDO:

Nem muito longe, nem muito apartado da verdade histórica andaria quem afirmasse: a evolução do direito e do processo penal, desde seus primórdios até os dias da atualidade, se confunde com o desenvolvimento da ação penal. A princípio, nas sociedades primitivas, vigia o sistema da vindicta privada. (...). O Estado reivindicou do particular o direito de acusar e de fazer justiça para manter a ordem jurídico-social (...). A atividade acusatória se socializou inteiramente, dignificando-se em uma elevada concepção de direito e de justiça.¹⁹

A ação penal, bem se vê, não pode ser deixada indiscriminadamente nas mãos dos particulares, pois que é um instrumento de elevado significado ético-social, representativa da evolução gradual da humanidade na direção da contenção das vinganças privadas e da consolidação do Estado de Direito.

CONCLUSÃO

Essas reflexões realmente colocam em dúvida a real utilidade do assistente da acusação para o processo penal, pelo que se deve começar a refletir seriamente sobre a sua extinção. Em conclusão, podemos dizer que, depois

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal, Vol. 1, Trad. Francisco José Galvão Bruno, Editora Bookseller, 2004, p. 215. (destaque em itálico no original)

¹⁹ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de Direito Judiciário Penal, 1º Volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1958, p. 172, 173.

de toda a análise do fenômeno, e levando em conta os mecanismos que o direito positivo brasileiro prevê para assegurar a indenização civil em sentido lato (restituição, ressarcimento ou reparação), há argumentos consistentes para se considerar a extinção do assistente de acusação no processo penal, sem qualquer prejuízo aos danos civis de que foi vítima o ofendido ou à justa condenação do acusado culpado. A justiça, como bem observou BORSARI, é um todo compacto que se inicia com a ação penal, e para que ela atinja seu fim justo e puro é preciso que a ação penal seja subtraída de qualquer influência que desvirtue os fins da justiça e depositada nas mãos de um órgão que reúna as mesmas virtudes da magistratura:

La giustizia penale è un tutto la cui compatta unità è necessaria al conseguimento del fine. Per questo l'azione fu sottratta alla passione e data in fiducioso deposito al magistrato. Il magistrato non ha passione; non ha interessi, neppure di rappresentanza, neppure di mandatario; egli non rappresenta di più gl'interessi della società di quello che faccia gl'interessi dei privati. Vestirlo di questo abito, è trasformare l'alto suo carattere di magistrato, organo del diritto, e inteso tutto e solo al trionfo della verità e del diritto.²⁰

A abolição do assistente de acusação, depreende-se, é uma medida importante de justiça. Essa visão não implica, de modo algum, em se atribuir um valor secundário ou até desprezível ao dano civil causado pelo delito. Absolutamente não. A visão aqui esposada apenas procura acentuar a importância de se tutelar cada interesse, o penal e o civil, em suas respectivas sedes. Como observa GIUSEPPE BETTIOL, não se pode nunca perder de vista os “escopos do processo penal, que tende ao reconhecimento de uma pretensão punitiva pública, estatal, *não à satisfação de interesses que tem sua sede natural fora do processo e do direito penal.*”²¹

²⁰ BORSARI, Luigi. Op. cit., p. 198. Quando o autor usa o termo “*magistrato*”, está se referindo ao Promotor de Justiça, pois na Itália o Ministério Público é considerado uma magistratura.

²¹ BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, Vol. I, Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 60. (sem destaque em itálico no original)

MAZLOUM, Nadir. Razões para abolir o Assistente da Acusação. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 110-128, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de Direito Judiciário Penal, 1º Volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1958.

BORSARI, Luigi. *Dell'azione penale, Dalla Società L'Unione Tipografico-Editrice*, 1886.

BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, Vol. I, Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, Editora Revista dos Tribunais, 1966.

CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal, Vol. 1, Trad. Francisco José Galvão Bruno, Editora Bookseller, 2004.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo penal, Vols. 1 e 2, Editora Saraiva, 34ª Edição, 2012.

GARRAUD, René. Compêndio de Direito Criminal, Vol. II, Trad. Ricardo Rodrigues Gama, Editora LZN, São Paulo, 2003.

LANZA, Pietro. *Effetti giuridici del delitto ossia azioni che nascono da reato, Dalli Tipografia Di Francesco Mariotti*, 1886.

MELE, Vittorio. *Il segreto istruttorio, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene*, Napoli, 1959.

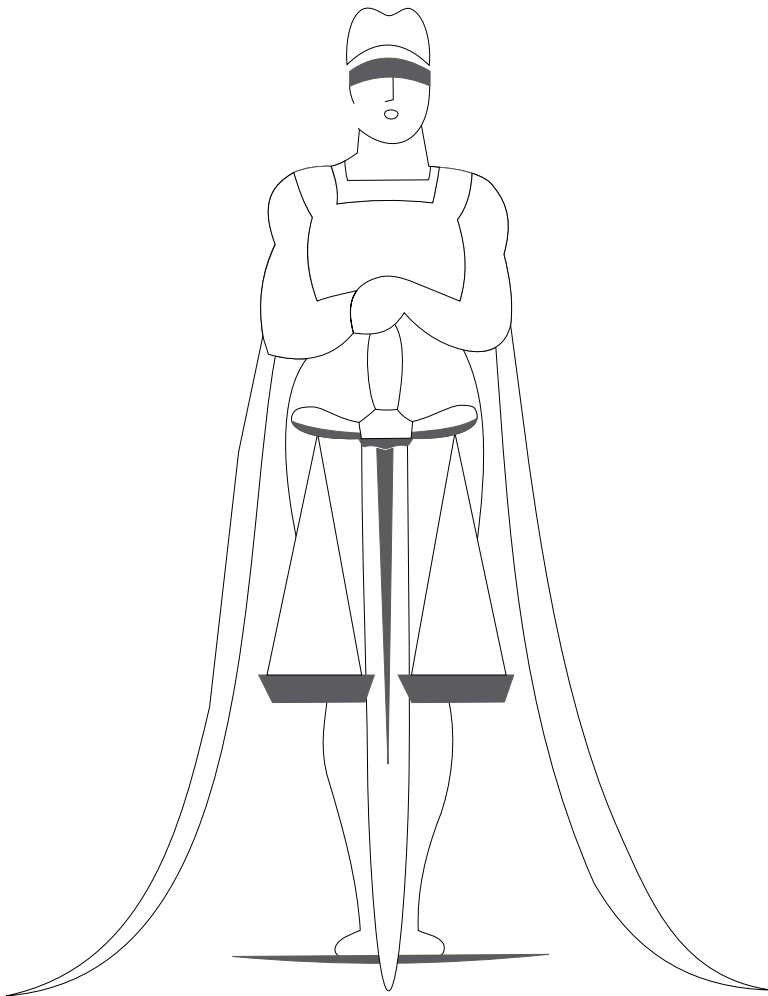
MONTESQUIEU. Do espírito das leis, Trad. Roberto Leal Ferreira, Editora Martin Claret, 2ª Edição, São Paulo, 2015.

PUGLIA, Fernando. Prolegômenos ao estudo do direito repressivo, Trad. Octavio Mendes, Editora Teixeira & Irmão, São Paulo, 1891.

PUGLIA, Ferdinando. *Manuale di procedura penale, Libraio Editore, 2ª edizione*, 1889.

CÍVEL, DIFUSOS E COLETIVOS

CIVIL LAW, DIFFUSE AND COLECTIVE RIGHTS



A Adoção Tardia e a Necessidade de Incentivos Governamentais

LATE ADOPTION AND THE NEED FOR GOVERNMENT INDUCEMENTS

Ary César HERNANDEZ¹

Bianca Trevisan de JESUS²

• RESUMO

Este trabalho busca analisar o instituto da adoção sob o aspecto legal, dando enfoque a chamada adoção tardia, seu conceito, suas formalidades, seus procedimentos, legislação aplicável e as diversas concepções doutrinárias e jurisprudenciais que rodeiam o tema. Para tanto, por meio de estudo interdisciplinar, serão analisados os fatores sociais que permeiam a adoção, bem como as preconcepções que rodeiam as crianças e os adolescentes de idade um pouco mais elevada durante a busca por uma família substituída. Também será analisado, de maneira sucinta, a tentativa de reintegração familiar realizada pelo Judiciário e o procedimento de inserção do adotando no Sistema de Acolhimento. Por fim, buscar-se-á responder ao seguinte questionamento: É necessária a promoção de incentivos, por parte do Estado, para o encorajamento da adoção tardia? Nessa toada, analisaremos as propostas de incentivo existentes, explorando hipóteses de iniciativa estatal em âmbito legal, bem como através de políticas públicas efetivas e ações afirmativas, buscando elaborar proposta de meios facilitadores do processo de adoção e, também, um melhor atendimento às crianças e às famílias em um menor intervalo de tempo.

• PALAVRAS-CHAVE

Adoção Tardia; Preconcepções; Incentivo; Celeridade.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo; mestre em Direito do Estado pela USP; especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura; e professor universitário.

² Estudante de Direito na Universidade Paulista (UNIP), com curso de Contabilidade Básica na Universidad de Mendoza, Argentina; estagiária na Castellan Advogados Associados.

- **ABSTRACT**

This academic article seeks to analyze the adoption institute under the legal aspect, focusing on the so-called late adoption, its concept, formalities, procedures, applicable laws and the different doctrinal and jurisprudential concepts that surround the theme. Therefore, through an interdisciplinary study, we'll analyze the social factors that permeate adoption, as well as the preconceptions that surround children and adolescents of a little older age during their search for a surrogate family. We will also analyze, in a succinct way, the judiciary's attempt of family reintegration and the insertion of the adoptee in the Foster Care System. Finally, we seek to answer the following question: Are government inducements necessary for the encouragement of late adoption? On that matter we will analyze the current proposals to encourage late adoption, exploring effective public policies that seek to elaborate means to ease the adoption process and, also, provide a better service to adoptees and the adoptive families in less time.

- **KEYWORDS**

Late Adoption; Preconception; Inducements.

1. INTRODUÇÃO

Abordar o instituto da adoção não é uma tarefa fácil, porquanto transcende o contexto meramente jurídico, com consequências de ordem psicosocial, econômica, política e moral. Dessa forma, em razão da complexidade do tema, este trabalho irá enfatizar a modalidade chamada de adoção tardia. Contudo, para melhores esclarecimentos, é necessária uma breve conceituação e contextualização histórica a respeito do instituto da adoção em si.

1.1. Conceituação e Retrospectiva Histórica da Adoção no Brasil

Na concepção do ilustre jurista Orlando Gomes (GOMES, 1992, p. 340), adoção é “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação.” Em outras palavras, trata-se do procedimento legal pelo qual uma criança ou um adolescente se tornam filhos de uma pessoa ou de um casal.

Atualmente o instituto da adoção é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cuja previsão a coloca como uma medida excepcional de proteção e garantia do direito à convivência familiar e comunitária, para situações em que estejam esgotadas todas as alternativas de per-

manência na família de origem. É importante ressaltar que, durante todo o processo de adoção, deve-se sempre priorizar as necessidades e interesses da criança ou adolescente, invariavelmente.

Todavia, este nem sempre foi o real cenário por trás da adoção, já que uma triste realidade acerca do tema perdurou por muito tempo na história da civilização ocidental, mormente em razão do grande crescimento populacional nos centros urbanos, que levou a fome, a miséria e a violência a também crescerem, gerando dificuldades financeiras e sociais para inúmeras famílias, o que acarretou um aumento significativo no número de crianças abandonadas ou entregues aos orfanatos por seus pais biológicos, simplesmente por não possuírem condições de criá-las.

Não existia, nessa época, uma legislação específica para regulamentar os procedimentos de adoção, razão pela qual o que ocorria, na maioria das vezes, era a simples entrega da guarda de crianças de uma família para outra, ou para os orfanatos – obras de caridade mantidas por instituições e ordenações religiosas – a fim de que pudessem, pelo menos, sobreviver. Havia situações em que famílias, sem condições de criar temporariamente seus filhos, transferiam-nos para famílias mais *abastadas*. Consequentemente, grande parte das crianças (órfãs) trocava serviços domésticos por abrigo e alimentação, recebendo, às vezes, uma educação formal. Isso porque, a grande maioria dos adotantes não queria propriamente um filho, mas a obtenção de mão de obra barata.

Foi somente com o Código Civil de 1916 que a adoção foi regulamentada em nosso país, passando a ser feita por meio de contrato, todavia, por ser considerado um mero *negócio entre partes*, não havia controle da garantia de direitos dos adotandos, o que colocava muitos na mesma situação de antes: eram adotados para serem serviços.

Para piorar, as regras trazidas pela, então, nova legislação eram um tanto quanto absurdas, aos olhos da sociedade atual: os adotantes deveriam ter mais de 50 anos de idade e, no mínimo, 18 anos a mais que o adotando, além de não poderem ter filhos biológicos.

Cumpramos ressaltar que, nesse período, também existia um processo informal de adoção, feito, geralmente, por famílias que queriam filhos, mas não tinham condições de gerá-los (geralmente por questões de esterilidade). Nesse caso, essas famílias acolhiam bebês (de mães que não podiam criar seus próprios filhos) e os registravam, em cartório, como se fossem mesmo seus, mormente porque, àquela época, sequer existia legislação disciplinadora dos registros públicos, além de a maioria dos partos ocorrerem no próprio domi-

cílio, mediante o serviço de parteiras, o que facilitava a declaração de que a criança havia nascido no âmbito do próprio lar dos interessados na adoção.

Somente em 1977, com a promulgação da Lei 6.515 (Lei do Divórcio), foi que a adoção se tornou um processo irrevogável e passaram a ser reconhecidos à pessoa adotada os mesmos direitos relativos aos filhos biológicos, ainda que esse reconhecimento não se tratasse propriamente de uma garantia, já que cabia ao casal adotante optar por isso.

Em 1979, foi instituído um novo Código de Menores, através da Lei 6.697, o qual dividiu o processo de adoção em duas modalidades: adoção plena e adoção simples. A adoção simples era destinada a crianças consideradas em situação de abandono e vulnerabilidade social e feita com autorização dos pais biológicos, mediante de decisão judicial. Nessa modalidade de adoção fazia-se apenas uma mudança na certidão de nascimento, contudo não se garantia ao adotado os mesmos direitos de um filho chamado legítimo, os quais só seriam garantidos pela *adoção plena*, que era possível apenas para crianças de até 7 anos de idade. Além disso, como requisito obrigatório, o casal pretendente à adoção deveria ter, no mínimo, 5 anos de casamento, uma das partes deveria ter, pelo menos, 30 anos de idade, com uma diferença mínima de 16 anos em relação ao adotando. Ademais, pessoas solteiras ou em união estável (que ainda não era reconhecida legalmente como uma entidade familiar) não podiam adotar, o que restringia, também, a possibilidade de adoção para casais homossexuais, visto que, na época, essa modalidade de casamento não era, sequer, imaginável.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que o instituto da adoção ganhou as suas atuais feições. Em seu artigo 227, § 6º, a Constituição Federal eliminou qualquer diferença entre filhos (fossem eles biológicos, adotivos, provenientes ou não do casamento formal etc.), determinando direitos iguais a todos eles, inclusive o de filiação, o que, embora hoje se revele lógico, representou, naquela ocasião, uma mudança extremamente importante. Ressalta-se, ainda, que foi através desse dispositivo que se rompeu o paradigma de que uma família só pode ser constituída mediante casamento, o que, consequentemente, aumentou as possibilidades para a adoção.

No ano de 1990 que foi editado e entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), prevendo todo o procedimento necessário para efetivação da adoção (que já não mais admitia modalidade simples e plena), mas, ainda assim, só após quase 20 anos é que foi sancionada a Lei 12.010/2009, que trouxe inúmeras inovações ao instituto, permitindo, por exemplo, que pessoas solteiras pudessem adotar, além de criar o conceito de família exten-

sa, isto é, “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Hoje a adoção está consolidada como forma de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, mas não se pode perder de vista que há muito o que caminhar na senda da sua facilitação, sem perder de vista o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1.2. Do Procedimento da Adoção

Relativamente ao procedimento para a concretização da adoção, muito embora cada estado da Federação possa ter especificidades próprias, dadas as situações peculiares de cada um deles, a legislação federal (ECA) disciplina integralmente o processo, com requisitos que se aplicam a todos eles, os quais serão analisados a seguir:

Atualmente, exige-se uma diferença de 16 (dezesseis) anos de idade entre os pretendentes e a criança/adolescente que será adotado. Além disso, é necessário que os pretendentes tenham idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos. Esses requisitos etários se explicam em razão de que a criança ou adolescente a ser adotado possa ter uma maior possibilidade de reconhecer os adotantes como pais e vice-versa, assim como pela exigência legal da plena capacidade dos adotantes, que só surge com a maioridade civil, ou seja, aos dezoito anos.

Preenchidos os requisitos etários, o primeiro passo para aqueles que desejam adotar é procurar a Vara da Infância e Juventude (VIJ) de sua região, onde poderão obter informações específicas sobre o funcionamento do processo na sua comarca, bem como receberão uma lista de documentos necessários para a devida inscrição no SNA (Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento) – cópia dos documentos pessoais (CPF, RG, certidão de casamento ou união estável - se for o caso), comprovante de residência, comprovante de bons antecedentes criminais e atestado de saúde física e mental –, lembrando que é possível realizar um pré-cadastro no SNA.

Essa inscrição junto ao SNA tem por finalidade a unificação e padronização das informações relativas às crianças e adolescentes em sistema de acolhimento, assim como das próprias pessoas dispostas à adoção, visando maior controle e celeridade nos processos e redução do tempo de abrigamento, assim como a facilitação da aproximação dos pretendentes das crianças (ou adolescentes) em situação que permite serem adotadas, gerando maior

segurança jurídica em todo o processo correspondente, evitando-se, assim, que determinados pretendentes possam ser privilegiados ou prejudicados no procedimento.

Protocolado o pedido de inscrição, os candidatos à adoção deverão participar de um curso de preparação psicossocial e jurídica, no qual irão receber noções mais amplas da importância da preparação emocional de toda a família e de todas as mudanças que advirão com a chegada de um novo integrante.

Após realizado o curso, os pretendentes serão submetidos a uma entrevista com psicólogos e assistentes sociais, que integram a equipe multidisciplinar do Juízo da Infância e Juventude correspondente, para que se possa melhor conhecer a família que está se candidatando ao processo de adoção e as relações que são, normalmente, vivenciadas por ela. Ressalte-se, ainda, que é nessa etapa que os postulantes à adoção especificam o perfil de jovem que pretendem adotar, o que visa, de uma certa forma, facilitar o melhor engajamento do adotando na família que o recebe.

Feita a entrevista, o juiz será responsável por deferir ou não o pedido de cadastro e, em caso de aprovação, os nomes dos interessados serão incluídos no SNA, o que significa que estão prontos para a concretização da adoção.

É importante salientar que o sistema jurídico brasileiro impõe certas restrições em relação ao processo de adoção, as quais visam, na verdade, proteger as relações biológicas de parentalidade e evitar sua deturpação, como a proibição de a adoção ser pleiteada por ascendentes ou irmãos do próprio adotando (art. 42, §1º do ECA), o que se justifica pelo grau de proximidade que já existe entre esses indivíduos, além do fato de que a ligação afetiva antecede à hipotética adoção.

Concretizado o processo de adoção, surgem efeitos jurídicos caráter pessoal decorrentes do instituto, que incidem sobre as crianças e adolescentes adotados e versam sobre parentesco, poder familiar e nome, além de outros efeitos de caráter patrimonial, os quais têm relação com os direitos sucessórios e o de pleitear alimentos dos adotantes (GONÇALVES/2020, p. 386).

Os doutrinadores Farias e Rosenvald (2012) apontam, ainda, outros efeitos decorrentes da adoção, dentre os quais citam sua irrevogabilidade e irretratabilidade, uma vez que não haverá a extinção da relação paterno-filial sedimentada na sentença que deferiu a adoção e transitou em julgado, mesmo quando da superveniência do óbito da pessoa que adotou.

2. DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Resolução CNJ nº 289/2019 – com o objetivo de imprimir maior celeridade à solução dos casos e controle mais amplo dos processos. Essa plataforma surgiu da união do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) com o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA) e, por ter abrangência em todo o território nacional, ampliou as possibilidades de adoção entre os pretendentes e crianças/adolescentes acolhidos.

Uma das novas funcionalidades do sistema é o pré-cadastro de pretendentes, que podem inserir seus dados pessoais e o perfil da criança ou adolescente que desejam adotar. Depois, o sistema informa a lista de documentos necessários para iniciar o processo de habilitação à adoção, que devem ser levados à vara de infância e juventude mais próxima de sua residência, a fim de iniciar o procedimento de habilitação propriamente dito. Os pretendentes também possuem uma área de acesso exclusivo em que, uma vez realizada a habilitação válida, podem verificar seu perfil, sua posição na fila de adoção municipal e estadual e realizar alterações em seus meios de contato, como e-mail e telefone. Atualmente o Judiciário tem um cadastro de mais de 46 mil pretendentes.

Uma vez habilitado perante a vara da infância e juventude, o pretendente é inserido no SNA e, caso opte por adotar em outros Estados, sua inscrição será válida em todo o território nacional. Essa plataforma possui um sistema de alertas com o qual os juízes e as corregedorias podem acompanhar todos os prazos referentes às crianças e adolescentes acolhidos e em processo de adoção, bem como de pretendentes.

É importante a ressalva de que há diferenciação quanto ao procedimento de adoção previsto em cada país e que a maioria possui normas de adoção menos exigentes que o Brasil, embora todas atribuam ao Judiciário a palavra final. No nosso País, por exemplo, o ordenamento jurídico proíbe a participação de agências especializadas no processo de adoção, pelo fato de que, embora tais agências possam apresentar a vantagem de facilitar o trato com os órgãos públicos e toda a burocracia e documentação envolvidas, essa agilidade invariavelmente tem um preço, que frequentemente gera denúncias de corrupção e mercado negro de crianças, ligado à prestação de seus serviços³.

³ Campbell Law Observer – The Highest Bidder: The Black Market of Internacional Adoptions (Observatório de Leis “Campbell” – A maior aposta: o mercado negro das adoções internacionais).

2.1. Dados Atuais

Segundo os dados do SNA, em março de 2022, as casas de acolhimento e instituições públicas no Brasil abrigavam 29.742 crianças e adolescentes. Desse total, 3.772 estavam disponíveis para adoção e 4,9 mil já em processo de adoção. Os adolescentes compõem mais de 45% dos acolhidos no Brasil, totalizando 13.450 adolescentes, com idade superior a 12 anos, dos quais, um quarto está acolhido há mais de três anos e não têm irmãos nas mesmas condições. Ainda importa ressaltar que em 6% dos casos há diagnóstico de deficiência intelectual e que em 7% há a presença de problemas de saúde.

No outro extremo estão as crianças na fase da primeira infância (de 0 a 6 anos), somando 8.219 acolhimentos, dos quais cerca de 2.937 são bebês, com até 3 anos de idade, que aguardam até seis meses pelo retorno à família de origem ou pela adoção, sendo esse o mesmo tempo de acolhimento a que estão submetidas a maioria das crianças com 3 a 6 anos.

Cumpra esclarecer que a região do país com maior número de crianças e adolescentes acolhidos é o Sudeste, com 13,8 mil. Em seguida aparecem as regiões Sul (7,8 mil), Nordeste (4,5 mil), Centro-Oeste (2,1 mil) e Norte (1,5 mil).

Nada obstante essa realidade, com base nos dados divulgados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em março/2022, 32.972 pretendentes encontravam-se na fila de espera para adotar.

Diante desses dados, resta-nos indagar: se o número de pretendentes é, aproximadamente, seis vezes maior que o número de crianças e adolescentes disponíveis, por que, então, essas adoções não se concretizam?

Segundo o CNJ, o maior obstáculo à adoção no Brasil é o fato de que o perfil de criança exigido pelos pretendentes (idade, cor/raça, saúde) não é compatível com a realidade disponível nas instituições de acolhimento. Frente a essa realidade, é importante destacar o posicionamento da então Secretária Executiva da Comissão Estadual Judiciária de Adoção do Estado de Pernambuco (CEJA-PE) e Juíza da 1ª Vara da Infância e Juventude de Recife, Hélia Viegas, que, em nota ao CNA, ressaltou a inflexibilidade dos adotantes, dizendo que “A minoria das crianças está no perfil idealizado, ou seja, branca e menor de quatro anos. Se não mudarem as exigências, a adoção pelo CNA vai demorar bastante”⁴. Ou-

⁴ Segundo dados da matéria “Cadastro Nacional de Adoções: 1.226 adoções realizadas em 2016”, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84325-cadastro-nacional-de-adocoes-1-226-adocoes-realizadas-em-2016>> (consulta em 15/02/2017).

tro problema verificado pela CNJ é a exigência dos pretendentes de adotar crianças sem irmãos, que também são a minoria.

3. DA ADOÇÃO TARDIA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 227, assim dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nessa linha de raciocínio, a adoção é considerada como a *ultima ratio*, ou seja, somente se socorrerá dela quando não houver mais possibilidade de se manter a criança ou o adolescente junto a sua família biológica, nos termos do artigo 1º, §1º da Lei 12.010/2009 (Lei de Adoção).

Assim, fica evidente que a nossa ordem jurídica prioriza a família natural, mas o faz para além da unidade pais e filhos, considerando o conceito de família extensa (ou ampliada), composta por parentes próximos e com os quais a criança ou o adolescente conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade, além dos laços de consanguinidade. Dessa forma, a criança ou o adolescente somente será levado para as instituições de acolhimento, após esgotadas todas as possibilidades de ela ser amparada pela sua própria família de origem.

Destarte, nota-se a preocupação do legislador em evitar que a criança ou o adolescente permaneçam em circunstâncias desfavoráveis por um longo período, o que viria de encontro ao desiderato da lei, que é justamente o de incontinenti providência de um lar para aqueles que não o possuem, já que as entidades de acolhimento, ainda que dotadas de todos os requisitos necessários, estão longe de poderem ser consideradas como um lar.

Consigne-se que abrigo, muitas vezes, ocorre quando a criança ou o adolescente já tem idade superior àquela desejada pelos casais interessados na adoção. Além disto, a providência de um lar na própria família de origem ou em família substituta é, em muitas situações, lento e burocrático, fazendo com que sua efetividade e imediatidade desejadas fiquem comprometidas. Desse modo, muitos dos abrigados nessas instituições de acolhimento pos-

suem idade um pouco mais elevada, o que dificulta a adoção, mormente considerando-se o perfil idealizado pelos interessados, conforme acima exposto.

Assim sendo, a chamada adoção tardia é uma consequência direta da demora do processo de destituição do poder familiar das famílias biológicas, acarretando a disponibilização de crianças para adoção já com idade mais avançada (VARGAS, 1998).

Ressalte-se que a adoção é considerada como tardia quando os adotados têm idade superior a seis ou sete anos. Atualmente, praticamente não há espera para pretendentes que optam por essa modalidade, isso porque 72% dos menores abrigados nas 5.375 instituições de acolhimento do país se enquadram, hoje, no contexto de adoção tardia.

Na adoção tardia, o processo é bem mais simples. Não há necessidade de prévia habilitação e não há fila, já que o número de interessados em adotar é menor do que o de crianças e adolescentes que estão em condições de serem adotados⁵.

Justamente pela dificuldade de se encontrar pessoas dispostas à adoção tardia é que a demora na tramitação dos processos reduz as chances de acolhimento em um novo lar. Diante dessa situação, a Lei Nacional da Adoção fixou em 2 (dois) anos o tempo máximo de abrigamento da criança ou do adolescente. Todavia, na prática, a demora no trâmite dos processos e a decisão de cada caso concreto faz com que esse prazo não possa ser efetivamente observado, fazendo com que muitos adolescentes fiquem nas instituições de acolhimento até os 18 anos, quando, necessariamente, ainda que não preparados para isto, sejam obrigados a sair para construir suas próprias vidas.

Importa salientar, também, que, apesar de o ECA impor um prazo para a tramitação dos processos de adoção (120 dias, nos termos do artigo 163), o procedimento da destituição do poder familiar pode tramitar por anos sem o trânsito em julgado da decisão definitiva, o que, mesmo com milhares de pretendentes na fila de espera, dificulta a concretização da adoção correspondente.

⁵ Iberê de Castro Dias, Juiz da Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível da Comarca de Guarulhos, "INCENTIVO À ADOÇÃO TARDIA BUSCA MUDAR PANORAMA DE ADOÇÕES", in DJE de 13/04/2016, disponível em <<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?-cdVolume=10&nuDiario=2095&cdCaderno=10&nuSeqpagina=1>> (acesso em 11.07.2021).

Diante de tudo isso, o fato do abandono sofrido pelas crianças e adolescentes institucionalizados leva ao sentimento de rejeição, baixa autoestima e expectativas de futuro negativas, já que o desenvolvimento é severamente prejudicado num ambiente institucional, em que imperam a falta de identidade e a disciplina massificadora.

Relevante, ainda, mencionar que, segundo uma pesquisa realizada por Weber (1996), o número de adoções tardias é menor do que a adoção de crianças deficientes e com problemas de saúde.

3.1. Das concepções envolvendo a adoção tardia

Essa aversão pela adoção tardia pode estar relacionada com o fato de ainda existirem preconceitos acerca da adoção de crianças e adolescentes mais velhos, já que os potenciais interessados não raro potencializam a ideia de que a adoção tardia pode envolver experiência negativa, como, por exemplo, a possível dificuldade em sua educação, o receio de que os jovens institucionalizados teriam maus hábitos e a incorreta noção de que crianças que não sabem que são adotadas apresentam menos problemas de relacionamento, razões pelas quais dão preferência a bebês, dentre outras coisas.

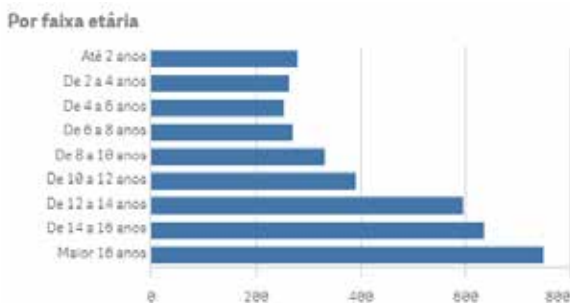
Difícilmente uma criança adotada tardiamente aceitaria os padrões estabelecidos pelos pais, pois estaria com sua formação social iniciada. As pessoas, portanto, adotariam bebês para obterem uma melhor adaptação entre pais e filhos e uma adequada socialização, em que as crianças fossem capazes de atender os anseios da família. (WEBER/2007, p. 21).

Atualmente, existem cerca de 8 (oito) pretendentes aptos a adoção para cada criança/adolescente disponível, não vinculado(a) ao SNA. Contudo apenas 1% desses pretendentes desejam adotar crianças com idade superior a 12 anos, as quais representam 52% do total de crianças e adolescentes disponíveis e não vinculados ao SNA.

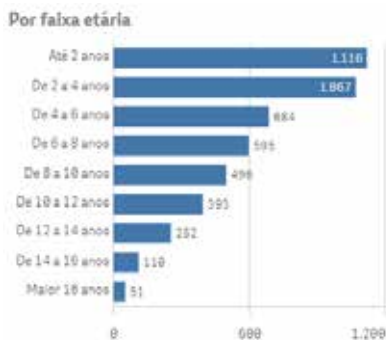
Consequentemente, devido à incompatibilidade do perfil etário desejado pelos candidatos à adoção, nos deparamos com números extremamente tristes quando analisamos a média de idade das crianças que atualmente aguardam uma família, conforme denota-se dos gráficos abaixo:

Imagem 01: Número de pretendentes conforme a idade da criança/adolescente (Março/2022).

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Acolhimento – SNA.

Imagem 02: Número de crianças disponíveis para adoção (Março/2022)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Acolhimento – SNA.

Imagem 03: Crianças em processo de adoção (Março/2022).

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Acolhimento – SNA.

Outro fator de elevada importância, ao se analisar o contexto que leva uma criança a integrar o *campo* da adoção tardia é a dificuldade em encontrar pretendentes dispostos a adotar irmãos. No passado, muitas vezes um grupo de irmãos com crianças mais velhas era separado pois os pretendentes tinham interesse apenas nos mais jovens. Todavia, diante da nova Lei de Adoção (Lei n.º 12.010/09), a adoção conjunta de irmãos tornou-se obrigatória. Nesse sentido, assim dispõe o 21 4º, do artigo 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Essa obrigatoriedade constituiu-se em um enorme avanço na legislação, ao levar em consideração os laços afetivos das crianças e adolescentes envolvidos que, ao passarem pelo processo de acolhimento e adoção junto de seus irmãos, podem ter uma melhor adaptação (psicológica e emocional) à nova realidade familiar, por sentirem-se mais seguros e/ou confortáveis ao lado daqueles que já conhecem, evitando-se, assim, o rompimento do vínculo fraterno.

Por outro lado, justamente pelo maior interesse dos pretendentes em adotarem crianças mais novas, grupos de irmãos que envolvam crianças e adolescentes de idade mais avançada acabam ficando mais tempo nas instituições de acolhimento, à espera de uma família.

3. Do Estudo Psicossocial

O estudo psicossocial, cuja função é emitir parecer à autoridade administrativa ou judicial, que o requisitou (SIMÕES/2008), é um importante instrumento no âmbito dos processos de adoção, uma vez que se constitui uma das principais fontes de fundamento das decisões judiciais de deferimento ou não da adoção, através da análise e avaliação das motivações dos pretendentes em adotar, da posição da família extensa em relação ao processo, bem como dos aspectos econômicos e sociais que o caso envolve. Justamente por isto tal estudo é obrigatório para o ingresso de pretendentes no cadastro de adoção.

Nessa toada, é relevante mencionar alguns posicionamentos de profissionais atuantes na área:

Nós levamos em consideração o desejo de ser pai e de ser mãe. É muito importante a motivação para adoção. (Assistente Social 2, Setor de Adoção, 2011) (QUEIROZ; BRITO, 2013).

A gente leva mais em consideração a motivação dessas pessoas em adotar. A situação familiar, econômica, também é relevante. Buscamos também a família ampliada, para ver como essa se sente com relação à adoção. (Assistente Social 4, Setor de Adoção, 2011) (QUEIROZ; BRITO/2013).

Destarte, é possível notar que, embora não se despreze o aspecto econômico e social dos interessados, o elemento principal levado em consideração para a habilitação dos pretendentes à adoção é sua motivação para realizá-la, ou seja, a vontade de ser mãe e de ser pai.

3.2. Do Período de Convivência

Ao tratarmos da adoção tardia, faz-se necessário analisarmos a fundo a realidade por trás do chamado período de convivência, cuja intenção é possibilitar a aproximação gradativa entre o adotando e sua nova família. Esse estágio leva em consideração o fato de a adoção ser um processo mútuo, que exige da criança ou adolescente tanto a despedida da vida que levava até então, quanto a construção de novas relações. Nesse sentido, Arnaldo Marmitt afirma que:

O estágio de convivência é um período muito significativo em que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado. É salutar para ambas as partes, e deve preceder a adoção, pois se no seu decurso ficar constatada a incompatibilidade ou a inconveniência, ela não se concretizará” (MARMITT, 1993, p. 41).

É importante ressaltar que a adoção não implica na garantia de que pais e filhos sejam envolvidos por uma conexão automática de amor e aceitação recíproca, da mesma forma que isso também não é regra nem mesmo na paternidade biológica.

Sobre a formação desse vínculo de reciprocidade, Dora Aparecida Martins (1997) salienta que, justamente quando a criança mostra sua individualidade é que vem à tona a rejeição pelo diferente, de modo a que, aquilo que

no filho biológico é visto e aceito como afirmação de personalidade própria, no filho adotivo pode ser visto como mostra de más tendências ou traços psicológicos ruins oriundos da família biológica.

Assim sendo, estágio de convivência deve ser visto como o período de adaptação da criança/adolescente à família substituta e não o contrário, como usualmente é interpretado por pretendentes e, em alguns casos, pelos operadores de direito, tanto que Epaminondas da Costa, Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, salienta que o estágio de convivência não pode servir de justificativa para causar, ainda que negligentemente, um prejuízo emocional e psicológico ao adotado (MAJESTE; LEAL; NAVES, 2012).

Este entendimento é convalidado ao enfrentarmos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta em relação à proteção integral à infância e à juventude. Portanto, resta claro que o estágio de convivência jamais pode ser visto como um *test drive*, mas como um período voltado exclusivamente à proteção e adaptação das crianças/adolescentes ao provável novo lar e nova vida.

Muitos dos jovens presentes no sistema de acolhimento acabam traumatizados por conta de sucessivas rejeições, decorrentes de tentativas frustradas de adoção, que não chegam a ultrapassar o estágio de convivência, o que facilmente leva à conclusão de que os jovens adotados tardiamente não raro carregam um passado marcado por cicatrizes emocionais que não podem ser ignoradas, ainda que estudos relacionados a isso sejam escassos (PEREIRA/2007).

Diante do exposto, resta certa a necessidade de se iniciar um trabalho voltado para a mudança de mentalidade no que se refere à adoção, de modo a possibilitar uma superação de, pelo menos, parte dos equívocos e preconceitos que envolvem este processo (SANTOS/1997).

4. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À ADOÇÃO

Postas as dificuldades relativas à adoção, especialmente as ligadas à adoção tardia, é essencial ponderarmos a respeito de alternativas para, resguardando os direitos fundamentais da criança e do adolescente, tornar mais célere e eficaz o mencionado instituto, mormente frente à necessidade de incentivos, por parte do Estado, especificamente para a adoção tardia.

Os promotores de justiça do Estado do Paraná, ao participarem do Curso de Vitaliciamento de Promotores Substitutos em 2010, foram questionados a respeito do procedimento de adoção no país e, àquela época, já con-

cluíram que ele necessitava de uma maior celeridade, além de ser priorizado frente a outros institutos da área da Família, conforme preconiza o artigo 152, §1º, do ECA:

§ 1º É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao regulamentar os institutos da guarda, curatela e adoção ratifica a possibilidade de incentivos fiscais e subsídios para estimular a guarda de crianças e adolescentes abandonados (art. 34 da lei 8.069/90). Assim, a priori, o incentivo financeiro à adoção não encontra óbice legal, existindo, inclusive, diversos projetos de lei que abarcavam propostas de incentivos fiscais aos adotantes de crianças e adolescentes carentes, os quais, infelizmente, não prosperaram, como por exemplo:

a. Projeto de Lei 962/95, o qual dispõe sobre o estímulo à guarda e adoção de criança ou adolescente órfão ou abandonado, determinando facilidades na formalização da guarda, o aumento (para o dobro) da dedução por dependente no Imposto de Renda nos cinco primeiros anos e a garantia de subsídio para o não contribuinte desse imposto, correspondente ao valor da dedução. O projeto encontra-se arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

b. Projeto de Lei 1756/03, o qual dispõe sobre a Lei Nacional da Adoção e propunha incentivos financeiros a funcionários públicos que adotassem menores carentes ou portadores de deficiência/doença grave, além do dobro da dedução do Imposto de Renda para quem adotasse crianças com necessidades especiais ou doenças graves. O projeto foi declarado prejudicado em face a aprovação da Emenda Substitutiva de Plenário nº 1 (PL 6222/05).

Ainda que não tenham prosperado, essas tentativas revelam que a implantação de políticas públicas na seara adotiva se torna extremamente necessária devido a quantidade de medidas que a envolvem, desde a retirada das crianças de suas famílias naturais, até a colocação delas nas famílias subs-

titutas. Assim, ao tratarmos da implantação de qualquer política pública em torno da adoção, devemos manter o enfoque prioritário no bem-estar da criança e no adolescente.

É notória a necessidade de proteção, por parte do Estado e da sociedade, dos grupos familiares nas suas mais variadas configurações, principalmente dos que se encontram em situações de pauperização. Assim, cabe ao próprio Estado garantir à família o acesso aos seus direitos universais e, consequentemente, aos direitos da criança e do adolescente, já que, ao ter acesso a esses e a outros direitos, essas famílias terão maiores possibilidades de desenvolver suas funções afetivas e socializadoras, bem como de superar possíveis situações de vulnerabilidade (FIGUEIREDO/2019).

Seguindo essa linha de raciocínio, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), no exercício da sua condição de garantidor dos direitos e da proteção a estas crianças veiculou a seguinte nota pública:

Qualquer iniciativa que acelere os prazos para destituição do poder familiar, busca pela família extensa, estágio de convivência e adoção, sem considerar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade real, coloca em risco o direito à proteção integral de crianças e adolescentes (CONANDA/2018).

Pois bem. Ao tratarmos de estratégias e propostas para efetivar (no plano da eficácia) a adoção tardia, é necessário percorrer um caminho árduo, composto por um estudo aprofundado, alicerçado nas melhores doutrinas e apoiado em princípios constitucionais, aliados aos textos legais vigentes.

Ademais, é imprescindível trabalhar as mentes humanas a fim de informá-las, conscientizá-las e educá-las a respeito da realidade que permeia a adoção tardia, o que deve ser feito por equipe de profissionais capacitados a sanar dúvidas sobre o tema e desconstruir os preconceitos que o rodeiam, através de palestras, seminários e outros eventos públicos que possam promover o encontro de ideias e de experiências de pessoas que adotaram.

Nota-se que nos últimos anos, campanhas de conscientização têm buscado mudar essa realidade ao promover a chamada adoção tardia.

Ressalta-se que o próprio SNA foi criado como forma de uniformizar os trâmites da adoção em todo o território brasileiro, possibilitando o levantamento de dados a respeito dos empecilhos que estavam dificultando a efetivação e a celeridade do processo de adoção, através de órgãos incumbidos

da captação de informações necessárias ao subsídio de políticas públicas adotivas (MPPR/2020).

Outra iniciativa estatal que merece destaque é a encontrada no Portal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual resulta da união do Conanda com a Rede ANDI Brasil. Esse portal tem o objetivo de evidenciar e propagar as ações em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Nessa toada, o Conselho Nacional de Justiça decidiu recentemente que magistrados e servidores do Poder Judiciário que adotam adolescentes terão direito a licença. A resolução, publicada em 19/05/2020, tem o objetivo de incentivar a adoção de jovens com mais de 12 anos.

Uma das preocupações do Conselho, colocada em pauta, foi a necessidade de adequar seu regulamento ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o início da licença maternidade, uma vez que em 02.04.2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a data de início da licença e do salário-maternidade é a da alta hospitalar do recém-nascido ou da mãe (o que ocorrer por último). Nesse sentido, a Resolução 321/2020 do CNJ adotou esse mesmo critério, concedendo, ainda, a magistrados e servidores estaduais o direito de usufruir da licença paternidade pelo prazo estabelecido pela legislação do correspondente Estado da Federação, se ela lhes for mais benéfica.

Vale destacar, também, as ações promovidas pelo Aconchego (Grupo de Apoio à Convivência Familiar e Comunitária), que tem como parceiro o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal (CDCA/DF), uma de cujas ações é justamente o programa Adoção Tardia, instituída em 2007 e que tem por escopo “Oferecer apoio técnico e suporte psicológico às famílias nos processos de adaptação e superação de dificuldades associadas a uma adoção tardia (crianças maiores de dois anos de idade)” (ACONCHEGO).

Tal iniciativa visa à promoção da construção e do fortalecimento dos vínculos afetivos, bem como o favorecimento dos processos de convivência familiar e a concessão de suporte psicológico às famílias, dispondo de equipe multiprofissional formada por professores, psicólogos, assistentes sociais, profissionais de arteterapia e colaboradores, com a participação de famílias que se encontram em estágio de convivência, que detêm a guarda provisória ou que já concluíram o processo de adoção tardia.

Outro incentivo fomentador da adoção ocorreu pela via legislativa, quando da concessão de salário-maternidade ao segurado ou segurada

da Previdência Social, que tivesse adotado. A Lei 12.783/13 alterou alguns dispositivos de sua antecessora (Lei 8.213/91), vejamos⁶:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.”

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

As campanhas de promoção da adoção tardia devem atentar à proteção dos direitos fundamentais e constitucionais da infância, especialmente os direitos de personalidade, dando a devida atenção à garantia da dignidade dos jovens adotandos, de modo que essa importante iniciativa deve, acima de tudo, assegurar o respeito à imagem das crianças e adolescentes, na forma do art. 100, V, do ECA (SOUZA/2019).

Diante desse quadro, é importante salientar que a alocação dos recursos para as políticas públicas incumbe, num primeiro momento, ao próprio legislador, que foi claro ao determinar a prioridade na distribuição dos reconhecidos escassos recursos do Estado para atender ao direito à convivência familiar de crianças e adolescentes (art. 4º do ECA). Contudo, na prática, é justamente a falta de priorização dos recursos que acaba servindo como uma barreira à proposição de iniciativas governamentais relacionadas à adoção tardia.

⁶ Revista Juris UniToledo. Araçatuba, SP, v. 01, n. 01, out/dez 2016.

O Promotor de Justiça de Divinópolis (MG), Carlos Fortes, reforça a falta de priorização de investimentos na Justiça da Infância e Juventude, ao compará-la com a Justiça Eleitoral:

Temos um sistema de eleições excelente, que é referência, moderno, com funcionários capacitados, equipamentos eficientes. Porém, não vemos investimentos dessa natureza na área da infância e da juventude. As promotorias e varas da Infância e da Juventude espalhadas pelo Brasil não contam com o mesmo incentivo. No entanto, a Constituição garante que a prioridade é a infância e a juventude. (PAGANINE/2013).

Assim, é notório o mau direcionamento dos recursos estatais, que deveriam ser disponibilizados para instituições e organizações voltadas à proteção dos menores, especialmente aqueles sob a guarda do Estado, bem como aos projetos de apoio às famílias adotivas e aos pretendentes à adoção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado anteriormente, aproximadamente 29.742 crianças e adolescentes encontram-se, hoje, em casas de acolhimento e instituições públicas no Brasil, sendo que os adolescentes compõem mais de 60% desse total. E, embora o número de pretendentes na fila de espera para a adoção seja superior ao número de menores disponíveis (cerca de 32.972), não há correlação entre as crianças e adolescentes prontos a serem adotados e o que esperam os casais que desejam adotar.

A causa dessa problemática está fundamentada justamente na incompatibilidade entre o perfil de criança exigido pelos pretendentes (idade, cor/raça, saúde) e a realidade presente nas instituições de acolhimento. Levando em conta esse sistema preferencial, nota-se que um grande número de menores acaba não se encaixando no padrão buscado e passam boa parte de suas vidas dentro dessas instituições.

Além disso, devemos sempre nos atentar ao fato de que a adoção é a *ultima ratio* do Estado e, dessa forma, o processo de destituição do poder familiar dos parentes biológicos é demorado, levando (na prática) cerca de 7 anos para ser concluído, forçando, conseqüentemente, a chamada adoção tardia.

É importante ressaltar, novamente, que a adoção, mesmo sendo um ato irrevogável, não é uma garantia de que pais e filhos sejam envolvidos por uma conexão automática de amor e aceitação recíproca, o que acaba, muitas vezes, impedindo a concretização efetiva da adoção.

Com base nessa preocupação social e a fim de evitar a ocorrência do abandono afetivo, o sistema jurídico brasileiro vem adotando diversas medidas preventivas, dentre elas o chamado período de convivência, que se caracteriza por um lapso de tempo de adaptação da criança/adolescente à família substituta.

Todavia, ainda há muito o que se fazer para promover o instituto da adoção e conscientizar a população brasileira acerca desse relevante instituto. É essencial que haja a desmistificação da adoção e de todos os preconceitos que a rodeiam, razão pela qual as políticas públicas de incentivo se mostram fundamentais para propagar os ideais constitucionais de proteção à família, aos adolescentes e às crianças da esfera adotiva.

Para tanto, diversas propostas de ação estatal, ações sociais, alterações legislativas e medidas judiciais deveriam ser desenvolvidas com o objetivo de fomentar e incentivar a adoção tardia e dar mais celeridade ao seu procedimento, como forma de priorização dos recursos voltados à área da infância e da juventude.

É essencial, destarte, que haja maior conscientização, tanto da população, quanto do próprio Estado, a respeito da necessidade e da urgência de se incentivar a adoção de crianças e adolescentes maiores de seis anos de idade e de se reduzir o tempo de espera deles por uma família que os possa receber.

Afinal, é dever do Estado assegurar a essas as crianças e adolescentes um lar seguro e, para isso, são necessários incentivos fiscais, morais e legais àqueles que estão dispostos a adotar. Sem isso, ainda que em muitos discursos se defendam os direitos das crianças e adolescentes, eles não passarão de palavras ditas ao vento e continuaremos simplesmente a fazer de conta de que o princípio da prioridade absoluta estaria sendo efetivamente observado.

HERNANDEZ, A. C. e DE JESUS, B. T. A adoção tardia e a necessidade de incentivos governamentais. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 130-152, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACONCHEGO. **Adoção Tardia**. Disponível em: <<http://aconchegodf.org.br/adocao-tardia/>> Acesso em: 09/07/2020.

CONANDA. **Sobre o PLS nº 394/2017 que dispõe sobre o Estatuto da Adoção**. Disponível em: <http://www.conselho.crianca.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/10/Anexo_0403439_NOTA_PUBLICA_SOBRE_ESTATUTO_DA_ADOCAO_final.pdf> Acesso em: 19/07/2020

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Ed. 4. Salvador: JusPodivm, 2012.

FIGUEIREDO, Laís Santos Palombo. **Estatuto da Adoção (Projeto de Lei nº 394/2017): o necessário enfrentamento dos fatores que contribuem para o problema da adoção tardia no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/744>>. Acesso em: 14/10/2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6, ed. 17. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MAGESTE, Paula; LEAL, Renata; ALVES, João. **Rejeitados**. Revista Época. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR58664-6014,00.html>>. Acesso em: 19/07/2020

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MARTINS, Dora Aparecida. **Filhos Devolvidos**. Boletim Uma Família para uma Criança, n. 98, set. 1997.

Ministério Público do Paraná. **Criança e Adolescente**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/2020/06/308/ADOCADO-SNA-detalha-estatisticas-da-adocao-e-do-acolhimento.html>> Acesso em: 09/07/2020.

PAGANINE, Joseana. **Adoção: Mudar um destino**. Em discussão - revista de audiências públicas do Senado Federal, Brasília, n. 15, maio 2013. p. 31. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20maio/pdf/em%20discussão!_maio_2013_internet.pdf>. Acesso em: 09/07/2020.

PEREIRA, Andrea Kotzian. **Adoção e queixas na psicoterapia psicanalítica de crianças**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

QUEIROZ, Ana Cláudia Araújo; BRITO, Liana. **Adoção tardia: o desafio da garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Textos & Contextos

(Porto Alegre). 2013, 12, 55-67. ISSN. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321527373005>>. Acesso em: 14 de Outubro de 2020.

SANTOS, Luzinete. **Adoção no Brasil: desvendando mitos e preconceitos**. Revista Serviço Social & Sociedade, São Paulo, ano XVIII, n. 54, p. 164, 1997.

SIMÕES, Carlos. **Curso de Direito de Serviço Social**. São Paulo: Cortez, 2008.

SOUZA, Maciana de Freitas. **A adoção tardia na realidade brasileira**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/05/25/a-adocao-tardia-na-realidade-brasileira/>>. Acesso em: 14/10/2020

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: A Casa do Psicólogo, 1998.

WEBER, Lidia N.D. & Kossobudzki, L. H. M. **Filhos da solidão: Institucionalização, abandono e adoção**. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1996.

Negociação Coletiva com a Reforma Trabalhista Versus Convenção 98 da OIT: Novos Paradigmas em Questão

COLLECTIVE BARGAINING TAKING THE LABOR REFORM VERSUS ILO CONVENTION
98 INTO ACCOUNT: NEW PARADIGMS IN QUESTION

Igor Adriano Trinta MARQUES

• RESUMO

O trabalho tem por fito tecer considerações acerca da aplicação da Convenção nº. 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) frente às alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, no que diz respeito aos ditames dos acordos e convenções coletivas, discutindo o acesso à justiça. Com a implementação da chamada reforma trabalhista diversos debates e críticas foram travados na doutrina e jurisprudência, com suas mais variadas interpretações. As conclusões a que chegamos visam a esclarecer e, por vezes, sanar as diversas dificuldades contidas em um tema de fundamental importância para a continuidade de emprego dos trabalhadores, além da atuação de sindicatos profissionais, patronais, empresas e grupo de empresas.

• PALAVRAS-CHAVE

Negociação coletiva; CLT; Convenção 98 da Organização Internacional Do Trabalho; Acesso à Justiça; Direito à Igualdade.

• ABSTRACT

This work is intended to make considerations about the application of Convention n. 98 of the International Labor Organization (ILO) in view of the changes promoted by Law No. 13.467/2017, regarding the dictates of collective agreements and conventions, discussing access to justice. With the implementation of the so-called labor reform several debates and criticisms were waged in doctrine and jurisprudence, by taking its most varied interpretations into account. The conclusions that we have reached are intended to clarify and, at times, solve the various difficulties contained in a theme of fundamental importance for the continued employment of workers, the role of professional unions, employers, companies, and group of companies.

• KEYWORDS

Collective bargaining; CLL; Convention 98 of the International Labor Organization; Access to Justice; Right to Equality.

1. INTROÍTO

“*Ab initio*”, convém asseverar que ao longo das nossas constituições sequer constava a expressão acordo coletivo, sendo que em algumas Cartas políticas havia a supressão até mesmo da denominada convenção coletiva.

Destarte, o constituinte de 1988 trouxe o reconhecimento expresso quanto à validação dos acordos e convenções coletivas, como espécies da negociação coletiva, outorgando ao legislador infraconstitucional a regulamentação específica acerca da matéria em comento.

De igual passo, em boa parte do pós-88 diversas negociações eram anuladas pela justiça do trabalho em face do chamado poder normativo e em muitos casos, em decorrência de análise de mérito das cláusulas estipuladas nos aludidos acordos, o que vinha trazendo uma grave insegurança jurídica às partes.

Outrossim, os sindicatos eram questionados por fatores ligados à interferência do Estado e por não buscar melhores condições de trabalho aos empregados representados. Além disso, a súmula nº. 277 do Tribunal Superior do Trabalho permitia a ultratividade dos acordos e convenções coletivas possibilitando a derrogação destas tão somente com a edição de uma novel negociação.

Ao par de tais conflitos houve um movimento no Supremo Tribunal Federal aplicando o artigo 7º, XXVI, da CF, consecutivamente diminuindo o poder normativo dos juízes do trabalho, assim como o próprio legislativo caminhou nessa toada criticando veementemente o fato do judiciário adentrar às questões de mérito nas negociações.

Com isso, editou-se a Lei nº. 13.467/2017, concebida como reforma trabalhista, a qual alterou dispositivos da Consolidação das leis do trabalho, implementando no caso específico da negociação coletiva, os artigos 611-A, 611-B, dentre outros, estabelecendo prazo de validade de dois anos para eficácia de negociação coletiva (art. 614, §3º), tornando ainda não aplicável a sobredita súmula nº. 277 do TST.

Impende destacar que a reforma trabalhista em tela trouxe matérias permissivas para contemplação em negociações coletivas (artigo 611-A, com rol exemplificativo), assim como trouxe disposições proibitivas (artigos 611-

B, com a expressão ‘exclusivamente’), objetivando conferir maior segurança jurídica às avenças entre as partes, além de prestigiar os princípios da intervenção mínima da justiça do trabalho e boa-fé dos pactuadores.

Apesar das mudanças implementadas vislumbramos uma proteção aos direitos fundamentais, como a percepção de férias, impossibilidade de redução do salário-mínimo, extinção do 13º salário etc.

2. CONVENÇÃO 98 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

É consabido que o Brasil é signatário, como Estado-membro, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, com sede em Genebra – Suíça, atualmente vinculada à ONU. A OIT, por intermédio de suas Conferências Internacionais do Trabalho, aprova, anualmente, Convenções. Noutras palavras, aprova tratados multilaterais abertos à aceitação/ratificação dos Estados-membros.

Assim, após a reforma trabalhista diversas críticas realizadas por sindicatos pátrios aportaram na supracitada organização, inclusive a Central Única dos Trabalhadores (CUT) encaminhou estudo asseverando a drástica redução do número de processos judiciais, supressão de direitos e diminuição de negociação, com o advento da lei em questão.

Logo, por meio 108ª sessão, a Confederação Geral da Organização Internacional do Trabalho se reuniu e teceu uma série de diatribes e propostas relativas às mudanças implementadas pela reforma trabalhista no que atine ao tema da negociação coletiva (convenção nº 98).

Portanto, com a plena vigência da CLT e da Convenção n. 98 da OIT acerca da matéria, a problemática surgida consiste em saber quais são as diferenças principais entre os direitos trabalhistas previstos no capítulo de negociação coletiva celetista e na Convenção nº. 98 da OIT.

3. ACESSO À JUSTIÇA

Ressalta-se que o Artigo 5º, XXXV da CF/88 afirma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em seu inciso LXIV, a CF prevê: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Entretanto, o acesso ao judiciário não explicita acesso à justiça em si, pois fazendo um paralelo: proporcionar a um enfermo o acesso ao hospital não significa garantia de atendimento. Principalmente com qualidade e eficácia, capaz de restaurar de forma plena e esperada a sua saúde.

Nesta senda, Cappelletti e Garth falam em sua obra que: “Torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem importante barreira ao acesso à justiça” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.18), porém, o problema é ainda maior, pois vivemos num país de contrastes e desigualdades sociais.

Sobre esta proteção jurídica concreta assegurada na Constituição Federal 1988, o tema adverte MENDES (p. 259, 2008):

O direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência de edição de normas que deem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam. Assim, o direito de acesso à Justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedido de solução de conflitos pelo Estado.

De outra parte, não se poderá interpretar o direito processual de modo excessivamente rigoroso, a ponto de inviabilizar, por motivos menores, a intervenção efetiva do Judiciário na solução do litígio. As regras processuais devem ser entendidas como orientadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichoso, com o fito de dificultar desnecessariamente a prestação jurisdicional.

Para viabilizar o acesso à justiça, os Poderes do Estado devem reunir forças. O Legislativo criando mecanismos e/ou melhorando os já existentes, tornando mais eficientes e operantes, possibilitando tanto o ingresso da população como a celeridade da justiça. O Executivo, garantir a efetivação das leis, garantindo assim a legitimação desse direito. Já o Poder Judiciário, possibilitar uma maior celeridade nos processos, bem como informar ao leigo como se deram suas decisões, facilitando seu entendimento, passando assim, a ideia de que a “justiça foi feita”.

A conciliação é um método já utilizado em alguns ramos do direito como procedimento alternativo, podendo ser dentro do processo, como por exemplo, através da audiência de conciliação, como fora do processo. No procedimento sumaríssimo ela pode ser tentada a qualquer tempo, facilitando o acordo. É uma metodologia que utiliza de um conciliador judicial ou indicado pelas partes, neutro e imparcial, competente para conduzir a negociação para uma composição entre as partes sobre o litígio em questão. Segundo Ca-

ppelletti e Garth, “a justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível” (*CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.21*).

Assim, dentre as formas alternativas de resolução de conflitos tem-se a negociação, arbitragem, mediação, conciliação, dentre outras ferramentas do denominado sistema multiportas.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE SOB O PRISMA DA CONSENSUALIDADE

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

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

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

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

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

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

Na seara judicial, mesmo em procedimentos simplificados, há a necessidade do uso comum da linguagem, claro e significativo, ou seja, diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. Alguém que não tenha frequentado os bancos universitários não terá conhecimento suficiente para utilizar a argumentação com clareza e significados corretos, ou mesmo entender a “linguagem” jurídica. A complexidade das regras materiais e processuais não permitem que um leigo “dialogue” num processo e isso impossibilita a ocorrência do equilíbrio nesta relação.

O princípio da isonomia insculpido no Art.5º, caput, da Constituição Federal, afirma: “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...”.

Sobre o princípio constitucional Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo instruem (p.114, 2010) que:

O princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei (igualdade na lei e igualdade perante a lei). A igualdade na lei tem por destinatário precípua o legislador, a quem é vedado valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento, enquanto a igualdade perante a lei dirigir-se principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedido que, ao concretizar um comando jurídico, eles dispensem tratamento distinto a quem a lei considerou iguais.

Com isso, é forçoso lembrar que o Princípio da igualdade se divide em dois aspectos: formal e material. A igualdade formal consiste na previsão normativa expressa, o próprio texto legal estabelece a isonomia, sendo uma igualdade basicamente abdicativa, visando abolir prerrogativas, privilégios, imunidades pessoais e benefícios de classes, aqui o ordenamento não estabelece quaisquer diferenças entre os indivíduos, ou seja, é uma declaração legal desta igualdade.

Já sob o prisma substancial ou material, seria basicamente a aplicação prática desta norma igualitária, estabelecendo o tratamento igual aos iguais e o desigual aos desiguais, na exata proporção de suas desigualdades. Com isso, é evidente que a linha moderna do constitucionalismo opta por não estabelecer limitações à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar no texto maior medidas efetivas e eficazes vislumbrando a aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados.

Percebe-se que a igualdade garantida pela Constituição Federal, não diz respeito apenas à prerrogativa de adentrar ao judiciário, mas alcança o campo social, político, ideológico, e acima de tudo, o jurídico, com a aplicação do direito em si e a forma de tratamento processual entre as partes no decorrer de um processo.

Sobre o tema, Lenza (2010, p.751) afirma:

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

É imprescindível, destarte, conceder-se um tratamento diversificado àqueles que se encontram em situações diferenciadas dentro do processo. Com isso, deve o juiz aplicar o princípio da isonomia material de forma efetiva, utilizando o mesmo de sustentação de interpretações hermenêuticas concretas, efetivas, integradoras, colocando as partes em pé de igualdade para o embate jurídico, reduzindo as desigualdades e discrepâncias existentes entre os litigantes, de modo a aproximar a sua decisão dos critérios norteadores da Justiça.

A paridade de condições processuais entre as partes deve ser respeitada como princípio fundamental de aplicabilidade imediata, de eficácia plena, e não uma norma idealista, programática, sem efeitos, pois, devemos atentar para os ensinamentos de José Afonso da Silva (1999, p.102) sobre as normas fundamentais de eficácia imediata:

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa.

São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executóriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.

O processo é um conjunto de atos emaranhados, apresentando dificuldades até mesmo aos profissionais da área, imagine-se então como poderia uma pessoa leiga agir diante dos prazos, da produção de prova, e demais questões inerentes ao processo, não possuindo qualificação para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, necessitando de pessoas especializadas.

Segundo Melo (2009), princípio da efetividade “é aquele que impõe que os direitos reconhecidos sejam realizados, implementados, efetivados, não bastando seu mero reconhecimento”. Assim, o fato de imputar à própria parte a defesa judicial de seus interesses, dificulta a efetividade dos direitos pleiteados e afronta o princípio de proteção do Direito do Trabalho, por requerer habilitação técnica.

A maior participação do juiz no caso concreto é fundamental para segurança da aplicação e efetivação do direito em si, equilibrar a balança processual é acima de tudo respeitar os demais preceitos constitucionais, vislumbrando, em última análise, a plena realização do direito material, e garantindo desta forma, a aplicabilidade e efetivação do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º, inc. LV), da inafastabilidade do Controle Jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV) e do Devido Processo Legal (art. 5º, inc. LIV).

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

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

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

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

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

Assim, cabe obtemperar ainda que no âmbito da justiça laboral com a edição da intitulada reforma trabalhista (Lei nº. 14.467/2017), outorgou-se às partes componentes do acordo ou convenção coletiva mais autonomia na medida em que buscou prestigiar princípios, como da intervenção mínima da justiça do trabalho, boa-fé dos participantes, ficando o magistrado do trabalho adstrito à análise de questões formais, sem se imiscuir no mérito das cláusulas entabuladas, mas tão somente nos vícios previstos no artigo 104 do Código Civil, em consonância com o artigo 8º, 3º, da CLT. Sabe-se, também, que muitas diatribes advieram com a reforma trabalhista, sobretudo de sindicatos, central única dos trabalhadores e até mesmo da OIT (suposta ofensa a convenção nº 98).

Nesta senda, o instituto em comento funciona como uma garantia constitucional e de promoção dos direitos humanos, porém, há necessidade de mais avanços e discussão de eventuais limites calcados, cláusulas infensas à negociação, métodos alternativos de resolução de conflitos, o incentivo econômico na solução dos litígios fora dos tribunais, dentre outros.

5. DISCUSSÕES ACERCA DA NORMATIVA APLICÁVEL: SOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS

A Convenção nº. 98 da Organização Internacional do Trabalho é o tratado-normativo que contém o regramento mínimo sobre negociação coletiva

buscando a salvaguarda de direitos conquistados ao longo dos anos. Sobre a importância de tal ratificação, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal prescreve que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (constitucionalização material das convenções sobre direitos humanos).

Num primeiro momento, atento ao próprio texto do Estatuto da OIT (Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu Anexo - Declaração de Filadélfia), parece claro que o art. 19, deixa claro que:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

Logo, inclina-se a imaginar que as normas menos favoráveis previstas na Convenção nº. 98 já teriam seu âmbito de aplicação mitigado por esse dispositivo. Nesse sentido Carvalho (2017):

Logo, a convenção da OIT não derroga preceitos de lei interna mais favoráveis ao trabalhador. Contudo, em se tratando de identificar a norma mais benéfica, impende ressaltar que está superada a vertente teórica defensora da atomização das normas em atrito, pois a operação de pinçar dos textos desavindos as regras que, em cada um deles, aproveitam ao trabalhador pode conduzir a um conjunto normativo teratológico, estranho à vontade dos centros de positivação (Conferência Internacional da OIT, Congresso Nacional, negociação coletiva etc.) e aos interesses visados por cada uma das normas. A eleição da norma mais favorável se deve dar em atenção aos postulados da teoria do conglobamento (também denominada teoria do conjunto), sem que se procure, portanto, e em cada norma, os preceitos que mais protegem o empregado. Busca-se identificar a norma que é, globalmente, mais protetiva. Quando a norma trata de matéria diversificada, haverá de ser atendida, com ainda mais rigor, a teoria da incindibilidade dos institutos, ou seja, verificar-se-á qual das normas jurídicas apresenta, no tocante a cada instituto jurídico, um conjunto de regras mais favorável ao trabalhador. Esse suporte teórico, que é enaltecido por Américo Plá Rodríguez

e outros, põe em devido relevo a reflexividade da norma de direito, porquanto evidencia ser inviável a atuação da norma na resolução de conflito que é, em essência, diferente daquele que justificou a sua positiva

No entanto, parte significativa de doutrinadores, legisladores e o Supremo Tribunal Federal vêm defendendo a maior flexibilidade impingida com o advento da lei nº. 13.467/2017, refutando o argumento de fragilidade dos sindicatos, defendendo, de igual sorte, que o poder judiciário tão somente análise aspectos formais do negócio jurídico entabulado (art. 8º, §3º, CLT), sobretudo do artigo 104 do Código civil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão está longe de se tornar um consenso, dadas as opiniões divergentes inclusive entre diversos países mundo afora.

A OIT mostra-se assaz preocupada com a possibilidade de supressão de direitos com a chamada reforma trabalhista, tais como redução de intervalo intrajornada, redução de remuneração, dentre outros, no bojo de negociações coletivas desiguais e ofensivas a direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por outro lado, defensores da reforma aludida preconizam que questões de ordem pública (normas de segurança, saúde e higiene) foram preservados, como a impossibilidade de alteração das férias, seguro-desemprego, inclusive com a positivação expressa das normas infensas à negociação

Assim, ressalta-se os avanços obtidos com a reforma em lume ao se privilegiar princípios da intervenção mínima da justiça laboral, boa-fé das partes, diminuindo assim certo ativismo judicial, imprimindo segurança jurídica ao prever os limites para negociação sem olvidar de proteger direitos fundamentais e de proteção ao trabalhador.

Por fim, apesar das limitações inerentes à pesquisa em forma de artigo, no que concerne ao alcance do objetivo proposto, qual seja, o de contribuir com a aplicabilidade da negociação coletiva como meio de alcance do acesso à justiça, pontua-se que se trouxe a temática à baila perfilhando para um melhor entendimento, sem, no entanto, esgotá-la cabalmente.

MARQUES, Igor Adriano Trinta. Negociação coletiva com a Reforma Trabalhista Versus a Convenção 98 da OIT: novos paradigmas em questão. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 153-164, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente de. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª. ed. Método, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1152.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, **Direito Constitucional esquematizado**. 14ª. ed. Saraiva, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2020.

MELO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. Malheiros. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 758.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho** / Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho** – 6ª. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Ed. Malheiros, São Paulo, 2010.

O Dano Moral Coletivo e os Princípios de Regência da Administração Pública – Uma Necessária Releitura

COLLECTIVE MORAL DAMAGE AND THE GOVERNING PRINCIPLES OF
PUBLIC ADMINISTRATION - A NECESSARY RE-READING

Leonardo Bellini de CASTRO¹

- **RESUMO**

A Lei nº 14.230/2021 impôs severos retrocessos no sistema anticorrupção do Brasil, minando a efetividade do enfrentamento da improbidade administrativa regido pela Lei nº 8.429/92. A enumeração agora taxativa das hipóteses de violação aos princípios da Administração Pública como modalidade de ato de improbidade administrativa se inseriu nesse quadro com o objetivo de promover o esvaziamento da tutela da probidade enquanto mecanismo de controle da atuação administrativa. Nessa toada, ganha relevância a Lei de Ação Civil Pública enquanto mecanismo residual de defesa do patrimônio público em sua acepção moral e material.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Improbidade Administrativa; Violação dos Princípios de Regência da Atividade Administrativa; Dano Moral coletivo; Lei de Ação Civil Pública.

- **ABSTRACT**

The Law nº 14.230/2021 imposed severe setbacks in Brazil's anti-corruption system, undermining the effectiveness in dealing with administrative improbity, then governed by Law nº. 8.429/92. The now exhaustive enumeration of the hypotheses of violation of the principles of Public Administration as a modality of act of administrative improbity was inserted in this framework with the objective of promoting the emptying of the protection of probity as a control mechanism of administrative action. In this regard,

¹ Promotor de Justiça-MPSP; Mestre em Direito – USP-RP.

the Public Civil Action Law gains relevance as a residual mechanism for the defense of public property in its moral and material meaning.

• **KEYWORDS**

Administrative Misconduct; Violation of the Governing Principles for Administrative Activity; Collective moral damage; Public Civil Action Law.

1. INTRODUÇÃO

Por um momento o Brasil encontrou uma convergência de circunstâncias que permitiram revelar de forma histórica a entranhada corrupção que corroía seus alicerces fundantes e os princípios mesmos de organização da República, a qual pressupõe que a coisa pública seja voltada para a consecução de finalidades públicas.

Nesse contexto, a operação Lava Jato e outras que se sucederam na mesma toada foram paradigmáticas ao indicar a simbiose de relações parasitárias existentes entre o baronato político e econômico em detrimento de toda a sociedade.

A exposição dos graves esquemas sistêmicos de corrupção existentes e a punição dos envolvidos parecia indicar a inauguração de uma nova era da República, na qual a aplicação nivelada da lei em todos os estratos de poder se fazia possível.

No entanto, como alardeado em inúmeras oportunidades, a reação do sistema não tardaria. Nas palavras imemoriais do personagem Capitão Nascimento, no filme *Tropa de Elite 2*: “(...) o sistema se reorganiza, articula novos interesses, cria novas lideranças. Enquanto as condições de existência do sistema estiverem aí, ele vai resistir. Agora me responda uma coisa, quem você acha que sustenta tudo isso? É. E custa caro. Muito caro”.

Assim, a reação do sistema político, como era esperado, foi contundente, veio de várias frentes e engajou inúmeros atores. O resultado foi não só a anulação da quase totalidade dos esforços anticorrupção empreendidos, como mudanças substanciais na jurisprudência e na própria legislação, impedindo que esforços anticorrupção fossem levados adiante em outras frentes.

Dentre as alterações legislativas que causaram o maior impacto negativo nos esforços anticorrupção certamente se encontra a mudança da Lei nº 8.429/92 pela malfadada Lei nº 14.230/21.

Com efeito, a edição da Lei nº 14.230/2021 – a toque de caixa, e em plena pandemia, criou sérios entraves à apuração e à efetiva repressão dos

atos de corrupção, traduzindo réprobo salvo conduto ao agente ímprobo e ao terceiro que com ele concorra.

Veja-se que a lei tornou atípicas, no âmbito da improbidade, condutas altamente reprováveis (como o assédio sexual e a tortura praticados por agentes públicos); esvaziou a medida cautelar de indisponibilidade de bens, comprometendo o resultado útil do processo no que diz respeito às sanções patrimoniais; enfraqueceu a tutela do erário ao extirpar a modalidade culposa do artigo 10 (ainda que configurado erro grosseiro ou culpa grave); estabeleceu elementares do tipo cuja possibilidade de demonstração prática é, no mínimo, duvidosa; fixou ônus probatório diabólico ao Ministério Público; limitou a extensão de sanções (mesmo exclusivamente patrimoniais) aos sucessores do agente ímprobo, além de decotar diversas de suas sanções.

Os retrocessos são tantos e tão substanciais que impossíveis de analisar em um único ensaio. Bem por isso, pretende-se aqui analisar a eliminação do caráter exemplificativo do art.11 da Lei nº 8.429/92, que agora passou a contemplar hipóteses taxativas. Com isso, é inequívoco que várias condutas altamente reprováveis que antes se enquadravam na Lei nº 8.429/92, agora se encontram infensas a eventuais sanções capituladas no art.12 da Lei de Improbidade.

Como sabido, o art.11 da Lei nº 8.429/92 contemplava a prática de atos de improbidade administrativa violadores dos princípios reitores da atividade administrativa, o que fazia em enumeração exemplificativa, dada a infindável possibilidade de hipóteses fáticas que poderiam se suceder.

Importa ressaltar, a propósito, que é lição comezinha a de que os princípios da Administração Pública constituem a estrutura axiológica de regência das atividades administrativas, sendo mesmo considerados como vigas mestras que dão sustentação para o edifício jurídico que ordena o Estado em suas funções várias.

Nesse contexto, ainda que os princípios traduzam uma configuração jurídica aberta, sujeitos à múltiplas acepções em suas estruturas normativas, ainda assim possuem um núcleo fundamental, núcleo esse que não comporta conflagrações hermenêuticas muito esgarçadas.

De todo modo, se esse núcleo fundamental antes imprimia uma diretriz cogente aos agentes administrativos, na quadra hodierna, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, passam a compor apenas um esquema normativo decorativo, já que a sua aberta violação não implica em eventual sanção fora das hipóteses agora taxativamente estabelecidas no art.11 da Lei nº 8.429/92.

É dizer, se antes a estrutura normativa aberta da art.11 da Lei nº 8.429/92 possibilitava uma subsunção correspondente às múltiplas hipóteses fáticas então possíveis no mundo fenomênico, no atual regime estaria instituído um possível vácuo jurídico para várias hipóteses ali não expressamente previstas.

Por esse motivo, impõe-se aos operadores do direito uma reconfigurada atenção ao regime de proteção de valores estabelecidos na Constituição Federal a fim de se concretizar e proteger a sua própria base axiológica.

Ora, se a própria Constituição Federal é expressa em estabelecer que a Administração Pública deve seguir os nortes principiológicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não pode, pois, a lei infraconstitucional fazer tábula rasa desse norte substancial, tornando tal comando apenas uma exortação retórica.

Sustenta-se aqui, portanto, que na hipótese de eventual vulneração cabal a tais diretrizes, mesmo que o caso não se veja expressamente consignado nos preceitos normativos textualmente estabelecidos no art.11 da Lei nº 8.429/92, é ainda possível o adequado sancionamento do transgressor, mesmo que circunscrito somente à eventual sanção de índole pecuniária.

Para tanto, em se verificando a repercussão difusa da transgressão pela ofensa a valores constitucionalmente assegurados, impõe-se o enquadramento da conduta nas disposições previstas na Lei nº 7.347/85, diploma esse que deve funcionar como sucedâneo legal para as hipóteses de omissão da Lei nº 8.429/92.

2. DO MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA – INTERAÇÕES ENTRE A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É fato assente tanto na doutrina como na jurisprudência, em especial com base na teoria do diálogo das fontes² e nos artigos 90 do CDC e 21 da LACP, que o Brasil possui um microssistema processual coletivo, tendo como característica a interação recíproca entre as normas, principalmente do Título III do CDC com as leis de Ação Popular, Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente³.

² JAYME, Erik. In: *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours, vol. 251 (1995), p. 259.

³ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

O próprio Superior Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de assinalar que a Lei de Improbidade Administrativa, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Mandado de Segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.⁴

Não é, pois, de se estranhar como legítima a invocação de um outro conjunto de normas para se postular pela reparação de um dano indenizável em casos de omissão da Lei de Improbidade Administrativa.

E isso pela simples razão de que a existência de ordenamentos setoriais não implica em surdez à sistematicidade inerente à hermenêutica jurídica, a qual naturalmente demanda a visão do ordenamento jurídico globalmente considerado, dando-se especial ênfase ao conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que se entrelaçam em um todo lógico.

É dizer, em havendo uma própria diretriz constitucional que institui a relevância sobranceira dos princípios administrativos ao se considerar as atividades administrativas e, ainda, um conjunto de direitos fundamentais que asseguram a reparabilidade do dano material e moral, daí somente se pode concluir que não está juridicamente interdita a possibilidade de persecução cível de hipóteses não previstas expressamente na Lei de Improbidade Administrativa. Para tanto se faz absolutamente lúdima a invocação das disposições previstas na própria Lei de Ação Civil Pública.

Veja-se, nesse particular, que a possibilidade de ressarcimento por danos causados por lesão ao patrimônio público está expressamente consignada na Lei nº 7.347/85, que dispõe reger-se pelas suas disposições, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao patrimônio público (art.1º, inciso VIII), pretensão que pode ser levada a efeito por meio do uso da ação civil pública.

Na mesma toada, no âmbito da legislação infraconstitucional, o art. 927 do Código Civil também é claro ao estabelecer que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Essas disposições, por si, já forneceria o manancial jurídico suficiente para a persecução de atos violadores de princípios administrativos agora não expressamente consignados na Lei de Improbidade Administrativa.

⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 510.150-MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.03.2004.

Assim, ainda que não houvesse uma ressalva expressa na Lei de Improbidade Administrativa que em seguida indicaremos, uma exegese juridicamente adequada já apontaria para a possibilidade de tutela de direitos difusos por meio do uso da Ação Civil Pública, incluindo aí o pleito pela aplicação de sanções reparatórias e ressarcitórias por danos causados a tais vetores principiológicos.

De todo modo, o fato é que a própria Lei nº 14.230/21 foi clara ao ressaltar a possibilidade de responsabilização de agentes públicos, inclusive políticos, por danos a outros interesses difusos, inclusive em casos de ofensas ao patrimônio público e social.

É o que se lê cristalinamente do disposto no art.17-D, em seu parágrafo único, o qual foi inserido na Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21, dispondo que: *“Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”*

Em acréscimo, a mesma lei ainda estabeleceu no art.17, § 16 da Lei nº 8.429/92, que a qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções previstas na Lei de Improbidade, poderá, em decisão motivada, converter a referida ação em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Cumpra sublinhar, por oportuno, que as referidas disposições ainda são expressas em delinear que o uso da ação civil pública não se prestará somente ao controle de legalidade de políticas públicas e responsabilização de entes públicos e governamentais, mas também e especialmente para a responsabilização de agentes públicos, inclusive políticos, que podem ser instados a reparar danos causados ao patrimônio público e social.

Deflui-se, portanto, da nova sistemática inaugurada pela Lei nº 14.230/21, que em vista da taxatividade dos preceitos estabelecidos no art.11 da Lei nº 8.429/92, em casos de omissão ainda se faz possível o pleito por reparação de danos com o uso do disposto na Lei nº 7.347/85.

3. DA ESTRUTURA DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E POLÍTICOS NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Impende de início observar que a Lei nº 7.347/85 a despeito de estabelecer que os agentes causadores de dano aos interesses difusos ali consagrados respondem pelos prejuízos materiais e morais causados, não delimita de forma circunstanciada os elementos componentes dessa responsabilidade civil.

Deve-se, portanto, mesmo por imperativo lógico, socorrer-se da teoria geral do direito e do próprio direito civil, os quais estabelecem esses marcos determinantes. E tais elementos são, como sabido a: i) conduta; ii) o resultado e o iii) nexo causal entre a conduta e o resultado⁵.

A conduta, obviamente, não será apenas e tão somente aquela conduta comissiva que agride ao interesse transindividual tutelado, mas poderá e deverá também ser objeto de eventual ação civil pública reparatória e ressarcitória aquela conduta omissiva que inobserva deveres administrativos concernentes ao agir que se fazia peremptório por disposição legal ou em vista do pretérito comportamento do agente público.

A omissão, nesse particular, para ser juridicamente relevante a ponto de gerar a obrigação de eventualmente reparar eventual dano material e moral é aquela que pode ter seus caracteres essenciais transposta do direito penal, dada inclusive a natureza e finalidade do referido ramo do direito, tido como a última *ratio* de defesa da ordem jurídica.

Ter-se-á, pois, uma omissão juridicamente relevante para as hipóteses aqui tratadas quando o omitente, agente público ou político, essencialmente podia e devia agir para evitar o resultado. Tal dever, em sua configuração mais fundamental deriva da própria lei, que então estabelece imposições administrativas atreladas aos vários cargos existentes nas estruturas do Estado.

Pode-se cogitar, nessa linha, da hipótese de um Diretor de um estabelecimento prisional que se omite na tomada de providências tão logo quando tome conhecimento da existência de práticas sistemáticas encabeçadas pelos carcereiros de imposição de tortura aos presos ali encarcerados ou se omite em vista da admissão de objetos ilícitos no interior do estabelecimento, como armas e drogas. A sua omissão, em tal caso, ainda que não pudessem ser capitulada nas disposições agora taxativas previstas no art.11 da Lei nº

⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.37/38.

8.429/92, poderia dar azo à eventual ação civil pública orientada à proteção do patrimônio público, em sua acepção moral, com vistas à preservação da indenidade da prestação do próprio serviço público do qual está encarregado.

De igual modo, tal qual no direito penal, pode se cogitar da responsabilidade civil em casos em que o próprio agente assumiu a responsabilidade de impedir o resultado com sua conduta ou com seu comportamento anterior criou ou maximizou o risco da ocorrência do resultado danoso.

Imagine-se, assim, a hipótese de um servidor público, que assume circunstancialmente a função de acionar um alarme de perigo público de desabamento em locais de risco, em substituição a colega que lhe solicitou o favor. Ali, uma vez postado, se omite de tal providência, culposa ou dolosamente, o que dá azo a um dano de grandes proporções envolvendo as vítimas de um desabamento que se segue. Em casos tais, naturalmente, poderia ser instado, com fulcro na Lei nº 7.347/85, a reparar os danos individuais e difusos decorrentes de sua conduta omissiva.

De igual modo, são inúmeras as situações de agir comissivo agora não contemplados na Lei de Improbidade Administrativa e que poderiam dar azo a significativos danos à interesses difusos e ao patrimônio público e social.

Basta ter em mente, a propósito do tema, questões concernentes ao crescimento ordenado das cidades, que devem ter em vista a observância de normas legais e regulamentares destinadas à preservação do meio ambiente natural e artificial. Assim, uma aprovação ilegal de loteamento, v.g, sem a observância de imposição de ônus aos loteadores para a criação de espaços públicos, estruturas de abastecimento água e destinação de esgoto, entre outros deveres, não sujeitaria o infrator a punição no seio das disposições previstas na Lei nº 8.429/92, por falta de previsão legal, ainda que comprovados os danos urbanísticos decorrentes da implantação do empreendimento.

Não temos dúvida que um caso dessa natureza ainda poderá ser objeto de ação civil pública que objetive não só a regularização do empreendimento, mas também e especialmente a condenação do responsável pelo pagamento de indenização pelos danos morais coletivos causados.

Veja-se, ademais, que a responsabilização civil para as hipóteses aqui esboçadas não se circunscreve apenas às hipóteses em que o agente agiu com dolo, mas também se faz possível a responsabilização nas hipóteses de culpa, se patenteada a inobservância do dever objetivo de cuidado concernente ao cargo. Naturalmente, a culpa ou o dolo propriamente dito poderão ser sopesados para fins de determinação da extensão de eventual indenização devida.

De outra linha, como dito, o resultado também transparece como outro elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil do agente público. Assim, para fins de possibilidade de persecução do agente público ou político causador de um resultado danoso cumpre que ele seja significativo, ou seja, que tenha relevância que transcenda o mínimo tolerável.

Assim, lesões insignificantes, que não tenham transcendência de modo a tornar a ofensividade difusa, obviamente não poderão ser invocadas para fins de propositura de eventual ação civil pública. Bem por isso, a lesão não poderá se circunscrever a uma análise meramente formal de sua existência, mas sim há de reclamar uma análise preponderantemente material, reveladora de significância ampla e difusa, atingindo um número significativo ou indeterminado de pessoas.

Para ilustrar, voltemos ao exemplo da aprovação ilegal de um empreendimento. Acaso a ilegalidade se circunscreva a um elemento formal pouco significativo ou de pouca expressão, não se faz viável cogitar de eventual ação civil pública. De outra linha, acaso a ação administrativa, violadora dos deveres de honestidade e lealdade às instituições, ganhe latitude de modo a prejudicar sobremaneira a coletividade, ter-se-á como impositiva a propositura de ação civil pública.

Basta imaginar, pois, a aprovação do empreendimento sem a infraestrutura necessária para o abastecimento de água, que inclusive acaba por prejudicar outros loteamentos vizinhos. Em casos tais, o dano daí advindo com a recorrente falta de água, é algo de coletivamente significativo, o que pode ensejar ação civil pública em face do agente público responsável não somente para a reparação material devida, mas também e especialmente para a reparação dos danos morais aí experimentados pela coletividade.

De toda sorte, as especificidades do dano moral coletivo exigem uma maior detença em sua análise para a sua esmerada apreensão, motivo pelo qual importante seja pontuado os pormenores que eventualmente podem se fazer presentes.

4. O DANO MORAL COLETIVO NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Importa observar, logo de início, que a indenização pelo dano moral é um direito fundamental de dimensão constitucional, tendo a sua previsão expressa no art. 5º, X, da Constituição Federal, donde se conclui que nenhuma emenda constitucional ou mesmo norma infraconstitucional pode afastar a

tutela de tal esfera de proteção da dignidade humana. E aqui importa frisar que a dignidade humana não há se de ser compreendida em uma perspectiva meramente individual, mas sim enquanto cerne axiológico a albergar um número indeterminado de pessoas, o que fundamenta a sua proteção de maneira difusa.

Desnecessário sublinhar, nesse prisma, que no âmbito infraconstitucional a reparabilidade do dano moral coletivo é amplamente aceita, sendo vários os dispositivos que asseguram tal esfera de proteção, além de serem relativamente comuns a imposição de sanções pecuniárias destinadas a repará-lo em áreas como a defesa do meio ambiente, relações de trabalho, direitos do consumidor, entre outros.

Na esfera da improbidade administrativa, todavia, o tema sempre encontrou controvérsia, a despeito de inúmeras decisões que reconheceram a sua existência na hipótese de danos imateriais significativos. Nas precisas palavras de Garcia: “(...) *todos os membros da coletividade têm o direito de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas*”.⁶ De fato, em sendo a exigência da probidade administrativa um interesse que pertence indeterminadamente a toda a sociedade, daí decorre sua natureza jurídica de bem indivisível⁷.

De todo modo, como já frisamos, não se deve extrair de toda e qualquer violação aos princípios de regência da atividade administrativa a imediata obrigação de indenização pelo dano moral coletivo experimentado, pois como adverte o eminente civilista Carlos Alberto Bittar: “*O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial*”.⁸

⁶ GARCIA. Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, 4ª ed. Revista e ampliada, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.434.

⁷ SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p.105/111.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro**. In:

Dito isso, impõe-se observar que a fluidez do conceito implica seja ele desdobrado em seus caracteres estruturantes, de modo se a extrair potenciais situações concretas nas quais se faz possível suscitar-lo. Nessa linha, as lições de Maksym se fazem precisas, quando identifica quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo, quais sejam: *(i) o requisito material, que representa o fato físico e o prejuízo em si (a lesão ao interesse ou a diminuição de bem) no mundo concreto, ou seja, o comprometimento do fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem; (ii) o elemento formal, que provém da norma jurídica (a antijuridicidade da lesão à dignidade); (iii) o elemento quantitativo, que indica que referido prejuízo concreto deve atingir uma coletividade; e, por fim, (iv) o elemento qualitativo, que implica a indivisibilidade do referido bem atingido.*⁹

Decorre daí, de início, que para se cogitar de eventual ação civil pública pela violação aos princípios de regência da atividade administrativa deve ser verificado se o ato não se encontra qualificado como de improbidade na própria Lei de Improbidade Administrativa ou em legislação especial.

Em seguida, impõe-se analisar a dimensão material do dano praticado, somente existente acaso a lesão atinja significância ampla e difusa, quer em razão da relevância dos interesses subjacentes inobservados, em especial aqueles concernentes a áreas sensíveis para o resguardo da sociedade, quer em razão da gravidade da conduta praticada, reveladora de um especial desvalor social. De sua vez, do elemento formal deriva a necessidade de se perquirir se a violação ao princípio importa também violação a uma norma jurídica em especial ou a um conjunto transcendente de normas setoriais.

Por derradeiro, os elementos qualitativos e quantitativos se referem à natureza e extensão da lesão verificada no tocante a agressão à base axiológica orientadora da conduta do agente público, de modo que se atinja um número amplo ou indeterminado de pessoas.

Um exemplo envolvendo acontecimentos recentes irá ajudar a aclarar o tema.

Imagine-se, assim, a hipótese de atuação clientelística de determinados agentes públicos com vistas a beneficiar pessoas de seu círculo pessoal de amizades em campanha de vacinação em curso em meio a uma pandemia

Revista de Direito do Consumidor nº 12, out/dez/94.

⁹ MAKSYM, Cristina Borges Ribas. **A Reparação do Dano Moral Coletivo por Ato de Improbidade Administrativa**, Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 8, n. 1, p. 99-120, 2021.

de natureza letal. Tal agente, em nosso exemplo, violaria ordem de precedência da vacinação de pessoas mais vulneráveis para o benefício de terceiros

Em tal situação hipotética, ter-se-ia como clara uma dimensão material do dano causado, haja vista a natural repulsa que decorreria para a sociedade em geral, fato revelador de um significativo desvalor social. De igual modo, o elemento formal também se conectaria com as normativas próprias editadas para regular as campanhas de vacinação, as quais teriam em mira as pessoas componentes de grupos especialmente sensíveis e vulneráveis, que deveriam por isso ser prioritariamente vacinadas.

Por derradeiro, uma conduta dessa natureza seria qualitativamente repugnante em vista dos valores subjacentes vulnerados, bem como quantitativamente significativa em vista dos grupos prioritários prejudicados de forma difusa.

Como no caso hipotético ventilado o fato não mais encontra enquadramento no art.11 da Lei nº 8.429/92, obviamente seria cabível se cogitar de eventual ação civil pública com vistas à condenação do agente público à reparação dos danos morais coletivos impostos.

5. CONCLUSÕES

Não há dúvidas que a Lei nº 14.230/2021 impôs severos retrocessos no microssistema de enfrentamento da corrupção, produto que é de um natural revanchismo de grupos políticos atingidos por medidas que antes se faziam inalcançáveis para determinadas castas.

De todo modo, em que pese as inúmeras inconstitucionalidades que certamente serão suscitadas, os operadores do direito, em especial os membros do Ministério Público, agora terão que fazer uso de outros instrumentos legais existentes com vistas à minoração dos danos carreados à sociedade em geral em razão do novo regime. E isso para se assegurar uma integral defesa do patrimônio público, missão própria e constitucional do Ministério Público.

Um desses instrumentos que certamente deverá ser mais utilizado é a ação civil pública, a qual deverá servir como sucedâneo da Lei de Improbidade Administrativa para a tutela de interesses transindividuais correlatos à defesa do patrimônio público nas hipóteses de omissão normativa da Lei de Improbidade Administrativa.

Cabe, pois, ao Ministério Público e seus atores ainda a árdua e difícil missão de promover o enfrentamento da corrupção. E dessa missão não se pode arrefecer jamais, sob pena de se subjugar por completo o objetivo fundamental da nossa República, que é o de construir uma sociedade livre, justa

e fraterna. Em tal República, constitucionalmente desenhada em 1988, certamente não há de haver espaço para a corrupção.

DE CASTRO, Leonardo Bellini. O dano moral coletivo e os princípios de regência da Administração Pública – Uma Necessária Releitura. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 165-177, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro**. In: Revista de Direito do Consumidor nº 12, out/dez/94.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA. Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, 4ª ed. Revista e ampliada, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

JAYME, Erik. In: **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne**, Recueil des Cours, vol. 251 (1995).

MAKSYM, Cristina Borges Ribas. **A Reparação do Dano Moral Coletivo por Ato de Improbidade Administrativa**, Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 8, n. 1, p. 99-120, 2021

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

O Preço Vil nas Arrematações Falimentares

THE VILE PRICE IN BANKRUPTCY SALES

Marcelo Ferreira de Souza NETTO

• RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a proibição da utilização do conceito do preço vil nas arrematações judiciais nos processos falimentares após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/20, que alterou a Lei de Recuperações e Falências, nº 11.101/05. Para tanto, apresenta um esboço histórico sobre a formação da legislação processual brasileira em relação ao conceito de preço vil, assim como um repertório de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Além disso, após resgatar conceitos tradicionais, procura definir o significado da usura para relacioná-la com o preço vil na aquisição de bens no processo falimentar. Por fim, conclui que a proibição da utilização do conceito de preço vil é dissonante aos princípios gerais da Lei de Falências, aos princípios e garantias da Constituição Federal, bem como incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

• PALAVRAS-CHAVE

Lei de Falências. Preço Vil. Usura.

• ABSTRACT

This paper focuses on analyzing the prohibition of using the concept of vile price on judicial auctions at bankruptcy procedures, after the Law nº 14.112 has come into force, by changing the Bankruptcy Law, nº 11.101/05. Furthermore, this work presents an historical outline over the development of the Brazilian procedural law regarding the concept of vile price, as well as a repertory of decisions from Federal Supreme Court and Superior Court of Justice over this subject. Besides, after retaking traditional concepts, we try to define the meaning of usury to connect it with vile price at the acquisition of properties at bankruptcy procedures. Finally, we conclude that the prohibition of using the concept of vile price neither is in accordance with the general principles of Bankruptcy Law, nor with the principles and guarantees of Brazilian Federal Constitution. Also, it is not consistent with American Convention on Human Rights.

- **KEYWORDS**

Bankruptcy Law. Vile Price. Usury.

1. INTRODUÇÃO

As alterações na Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei n. 11.105/2005), introduzidas pela Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, trouxeram importantes modificações na forma de alienação e arrematação dos bens arrecadados no processo falimentar.

Dentre elas, merecem particular destaque as regras segundo as quais a alienação de bens “não estará sujeita à aplicação do conceito de preço vil” (art. 142, § 2º-A, inc. V) e “dar-se-á independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda” (art. 142, § 2º, A, inc. I).

Os bens arrecadados poderão ser alienados por meio de leilão eletrônico, processo competitivo, organizado e promovido por agente especializado ou por qualquer outra modalidade (art. 142, I, IV e V).

Quando a alienação se der por leilão eletrônico, haverá três chamadas. Na primeira, parte-se do valor apurado no laudo de avaliação. Na segunda, o bem poderá ser vendido por, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação. Persistindo a ausência de lances, inicia-se a terceira chamada em que o bem poderá ser vendido “por qualquer preço” (art. 142, § 3º-A, inc. I, II e III).

Contudo, se a venda nas três chamadas restar frustrada, “os bens poderão ser considerados sem valor de mercado e destinados à doação” se nenhum credor apresentar proposta concreta para assumi-los (art. 144-A, “caput”).

Por fim, se não houver interessados em receber a doação, os bens serão devolvidos ao falido (art. 144-A, parágrafo único).

Objetiva-se no presente artigo, analisar, por meio da doutrina, jurisprudência e legislação, a validade da regra que afasta o conceito de preço vil das arrematações em processos falimentares.

2. HISTÓRICO

Ao tratar das arrematações judiciais, a redação original do Código de Processo Civil de 1973 não estabelecia qualquer relação entre o preço real do bem e o valor da alienação.

O art. 692 permitia a homologação do lance que fosse suficiente para pagar o credor: “será suspensa a arrematação, logo que o produto da alienação dos bens bastar para o pagamento do credor”.

Com a edição da Lei 6.851/80, que modificou o CPC/73, a vedação à arrematação por preço vil passou do plano jurisprudencial para o normativo.

Consoante recorda THEODORO JR, “A proibição de arrematar-se o bem penhorado a preço vil, inicialmente de criação pretoriana, passou a texto de lei, graças a nova redação que a Lei 6.851/80, deu ao art. 692”.¹

Esclarecendo a *mens legis*, o ilustre jurista mineiro explica que “Por preço vil, segundo o espírito do aludido dispositivo legal, entende-se o que se mostre grandemente inferior ao estimado na avaliação e que não baste para satisfação de parte razoável do crédito”.²

Para tanto, assim justifica:

“É que não tem sentido permitir-se a expropriação de bens do devedor apenas para cobrir despesas processuais, sem propiciar sequer amortização razoável do seu débito. Esse não é o objetivo da execução forçada e o juiz deve estar atento para coibir desvios do processo para objetivos estranhos e ruinosos”.³

Era notório que a ausência de delimitação do preço nos leilões judiciais favorecia a prática de injustiças, no mais das vezes lesivas tanto ao credor quanto ao devedor.

Por isso, visando corrigir tamanha distorção, o Senador PAULO BROSSARD apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 114, de 1979, resultando na Lei 6.851/80, que inseriu o conceito de preço vil no artigo 692 do CPC.

Segundo justificou aos demais Senadores, “Evita-se a venda de bem por preço irrisório, que por vezes não cobre sequer as custas. O devedor é ‘espoliado’, o credor nada recebe e só o hábil ‘licitante’ é que sai ganhando o bem em condições excepcionais”.⁴

Escorou-se o n. Senador na autoridade do Professor de Processo Civil da UFRGS, Athos Gusmão Carneiro, também digna de menção:

¹ *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 2º v. 4ª edição. p 956.

² ob. cit. p. 956.

³ ob. cit. p. 956.

⁴ in *Dossiê Digitalizado do PL 2522/1979 da Câmara dos Deputados*. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204270>, consultado em 19/03/2022

“[...] A finalidade do processo de execução é a satisfação do ‘direito do credor’ (art. 616). Será incompreensível um ato executório que retire ao devedor a propriedade do bem (bem que é a garantia do credor – art. 391), sem ao mesmo tempo servir ao pagamento integral ou parcial do crédito do exequente, mas apenas para gáudio do arrematante a preço irrisório! O processo é instrumento de realização do direito material, não um conjunto de formalidades sacramentais. O CPC (art. 659, § 2º) é expresso em que não se fará a penhora ‘quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução’. Se o bem de pequeno valor não deve sequer ser penhorado, por infrutífero para os fins da execução, como alienar um bem de maior valor por quantia vil, que não cubra senão as despesas processuais? ou que satisfaça apenas parcela irrelevante do crédito? Seria conceber processo como um fim em si mesmo, alheio ao conflito de interesses para cuja composição existe. Se determinado bem não alcança senão um lance por preço vil, o juiz terá tal lance como despido de seriedade e não o receberá [...]”.⁵

Na Comissão de Constituição e Justiça, o projeto de Lei foi submetido à relatoria do Senador Aloysio Chaves, em cujo parecer, nº 965/79, os demais parlamentares foram alertados das rotineiras práticas reprováveis nos saguões forenses, *in verbis*:

“[...] A modificação do artigo 692, constante do Projeto, destina-se a favorecer o devedor-executado, via de regra espoliado quando a venda não se efetiva na primeira praça. Quem labuta no fórum sabe de ciência própria que o arrematador em potencial se reserva para a segunda praça, oportunidade em que a alienação se dá em favor de quem maior lance oferecer. Além de que, sendo possível ‘acertos’ entre lançadores, a venda é realizada por preço vil [...]”.⁶

Assim, visando sanear o ambiente dos leilões judiciais, restou aprovado o projeto de lei, consolidando-se no plano normativo a vedação à arrematação por preço vil.

⁵ in Dossiê Digitalizado do PL 2522/79 da Câmara dos Deputados.

⁶ in Dossiê Digitalizado do PL 2522/79 da Câmara dos Deputados.

Posteriormente, com o advento da Lei 8.953/94, o artigo 692 do CPC/73 passou por ligeira modificação que desvinculou o preço do bem do valor do crédito executado.

Scarpinella BUENO comenta que “[...] o dispositivo, em sua atual redação, dada pela Lei n. 8.953/1994, afasta, por completo, qualquer relação entre a configuração do preço vil com o percentual que a alienação do bem penhorado satisfaz do crédito do exequente[...]”.⁷

O vigente Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, deu sequência ao espírito das leis anteriores ao manter a proibição de lance que ofereça preço vil.

O legislador optou, porém, por conceituar o significado de preço vil no artigo 891, parágrafo único:

“Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”.

Vale lembrar que aos processos falimentares se aplicavam as regras de arrematação de bens previstas nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015.

Consoante dizia a redação original do art. 189 da Lei de Recuperações e Falências, nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: “Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, aos procedimentos previstos nesta lei”.⁸

Até então o legislador preservava a coerência sistêmica reconhecendo a semelhança ontológica entre a execução singular e a coletiva na medida em que ambas têm por escopo a responsabilização patrimonial do devedor para satisfação do credor.

Contudo, após 40 anos de sólida construção doutrinária, jurisprudencial e legal, o Estado brasileiro alterou o sentido de sua legislação e reabriu, ao menos nos processos falimentares, a possibilidade de se arrematar bem por preço vil.

⁷ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva: 2008. 3º v. p. 313.

⁸ Art. 189, alterado pela Lei 14.112/2020, assim está redigido: “Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei.

Neste ponto, em específico, a nova regra elimina o instrumental necessário para se prevenir graves lesões aos credores e devedores envolvidos no processo falimentar.

Tal qual sucedia no período anterior a 1980, é de se recear que muitos leilões não terão sucesso em primeira ou segunda convocação.

Este quadro, como já se advertia em 1979 no Senado Federal, poderá facilitar aos oportunistas a aquisição de bens por preço vil, sem proporcionar qualquer benefício aos principais participantes do processo falimentar: o credor e o devedor.

3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Aos tribunais cumprirá contornar o retrocesso aberto pela nova lei. Nesse sentido, o Desembargador Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, já esboçou reação contrária, apontando o equívoco legislativo:

“Consoante o § 2-A, V, do artigo 142, da Lei 11.101/05, introduzido pela Lei 14.112/20, a alienação de bens não mais está sujeita à usual limitação do preço vil.

Tal dispositivo, todavia, *ça va sans dire*, deverá ser aplicado sob a ótica dos fins sociais da lei, das exigências do bem comum, da proporcionalidade, da razoabilidade, da publicidade e da eficiência (CPC, art. 8º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º). E, acrescento, sua interpretação reverenciará a dignidade e o prestígio da Justiça. Levar-se-ão, para tanto, sempre, em conta as circunstâncias do caso concreto, em que pese a literalidade do novel § 2º-A.

U’a maior complacência haverá, por parte do Juízo Falimentar, na apreciação do que seja preço vil, mas jamais coonestará ele com ofertas irrisórias, absolutamente irrazoáveis e desproporcionais, atentatórias, como dito, ao bom conceito da Justiça.

Vale dizer, caso seja o imóvel arrematado por preço vilíssimo, isto poderá (ser) alegado, posteriormente, à luz dos mencionados art. 8º e 5º, do CPC e da LINDB, decidindo o juízo na forma do art. 143 da Lei de regência”.⁹

⁹ Agravo de Instrumento nº 2063230-50.2021.8.26.0000, de 29/03/2021.

Realça o ilustre magistrado a importância dos valores vitais necessários à construção e preservação de uma sociedade justa, clamando pela obediência aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade, fins sociais, bem comum e prestígio da Justiça.

Neste sentido, dado que a nova lei traz regras que desprezam uma grande conquista civilizatória, nova tarefa há de ser desempenhada pelos aplicadores do direito.

Será mister que o arcabouço jurisprudencial vedando o preço vil, erigido dura e lentamente ao longo do século XX, seja prontamente restaurado pelos tribunais.

3.1. O Supremo Tribunal Federal – Preço Vil e a Usura

É devido recordar que o Supremo Tribunal Federal sempre repudiou as transações e arrematações havidas por preço vil.

No julgamento do RE 27.639/DF, publicado em 02/08/1956, o Ministro Candido Mota Filho decidiu por determinar a realização de “novo leilão em consequência de preço vil alcançado”, prestigiando as decisões das instâncias inferiores sob o fundamento de que licitante vencedor não poderia ser beneficiado “escandalosamente”.

Em outro Recurso Extraordinário, nº 91.820/RJ, de 18/12/1979, por meio de decisão relatada pelo Min. Rafael Mayer, o Supremo Tribunal Federal também manteve julgado da instância inferior, anulando escritura de compra e venda, qualificando como “usura” a compra de um imóvel por um determinado valor, que fora revendido trinta dias depois por cifra dez vezes superior:

“[...] A instância extraordinária há de cingir-se aos termos em que equacionada a matéria no próprio acórdão recorrido, e aí se tem, definidamente, que o negócio jurídico de alienação é nulo, senão pela ocorrência do dolo, decerto pela lesão, pela usura real [...]”.

O ilustre Ministro reproduz os fundamentos do acórdão de segundo grau estampando a reprovação da alienação por preço vil:

“[...] Ora, com a devida venia, um ato jurídico que envolve a prática de um crime não pode ser válido, é nulo por ilicitude de seu objeto (art. 145, II, do Código Civil). No caso dos autos, é evidente que o procurador da proprietária do imóvel, abusando de sua inexperiência, de sua idade e da confiança que nele

depositava levou-a a alienar por menos de um décimo de seu valor (grifei) o imóvel em questão. Configurou-se a hipótese de usura real, e, em consequência, a nulidade do ato jurídico[...].”

Por outro lado, na ementa do RE 84.819/CE, de 12/12/1978, o relator Min. Antonio Neder ressalta que “[...] o preço vil do imóvel exclui a boa-fé do comprador [...]”, esclarecendo na motivação do voto que:

“[...] a presunção da boa-fé dos recorridos, é de todo inaceitável por ser manifestamente incompatível com a circunstância de o imóvel haver sido vendido por um preço ínfimo, um preço vil”.

A *ratio* que deflui destas decisões do Supremo Tribunal Federal repudiando o preço vil reside na falta de boa-fé, na exploração de uma parte em prejuízo de outra, na configuração da usura.

Ao preço vil estão inerentes a má-fé, o dano, a lesão, o ganho exorbitante, escandaloso, exagerado, desproporcional, usurário, criminoso, desvinculado dos mais basilares princípios de justiça e equidade.

3.2. O Superior Tribunal De Justiça e o Preço Vil

A análise cronológica das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo de sua recente existência institucional demonstra sua pacífica e sedimentada repulsa às arrematações judiciais por preço vil.

A propósito, em 27/08/1990, no REsp 3.954/PR, o Ministro Cláudio Santos já afirmava que “Preço vil é aquele muito abaixo do valor do bem”.

Em 10/12/1991, o Ministro Athos Carneiro, Recurso Especial nº 11.535/RS, assim se pronunciou:

“O conceito de preço vil não decorre apenas da comparação entre o preço ofertado e o valor da dívida a ser satisfeita, mas igualmente cumpre confrontar a oferta com o valor real do bem, assim evitando sofra o executado prejuízo vultoso e desproporcional. A prestação jurisdicional é instrumento de Justiça, mas não Justiça cega, propiciadora de iniquidade”.¹⁰

¹⁰ O autor do artigo doutrinário citado pelo Sen. Paulo Brossard para justificar o projeto da Lei 6.851/80.

Em 05/10/1992, no REsp 27239/SP, o relator Min. Garcia Vieira apresenta interessante enfoque ao pontificar que a “[...] arrematação por preço meramente simbólico é dar guarida ao confisco[...]”.

Depreende-se da fundamentação de seu voto que:

“... as normas legais não podem ser interpretadas em sua literalidade. Há que perquirir suas finalidades, os motivos que as inspiram. À evidência, na proibição da venda a preço vil, dois interesses concorrem: a uma, evitar o prejuízo excessivo para o proprietário devedor, impedindo que o bem seja judicialmente, e portanto sob a proteção da lei, alienado a preço ínfimo, com prejuízo à própria seriedade da Justiça; a duas, impedir igualmente o preço ínfimo em relação ao valor da dívida, pois neste caso o devedor seria inutilmente privado do bem, sem que o credor visse satisfeita parte razoável de seu crédito, com lucro assim apenas para o arrematante.

Já o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no REsp 100.706/RO, em 29/10/1998, tratava a arrematação por preço vil como enriquecimento ilícito:

“Dada a inexistência de critérios legais objetivos para a conceituação do ‘preço vil’, repudiado pelo sistema processual em vigor, por enriquecimento indevido em detrimento do executado, fica sua aferição na dependência de circunstâncias peculiares do caso concreto”.

Em 23/09/1997, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de deliberar sobre preço vil numa causa de falência, quando no REsp 100.188/SP, o Min. Nilson Naves, pronunciou o seguinte:

“[...] Quero crer que, a despeito das observações contidas na sentença e no acórdão tomado e formado por maioria de votos, trata-se aqui, de fato, de preço vil. É de notar que a oferta aceita significou menos de um quarto da avaliação, a saber, exatamente 24,00059%. Não me sensibiliza, o que deveras sensibilizou o acórdão recorrido, a circunstância de se cuidar de processo de falência. Será que por essa única circunstância poder-se-á, sempre, dispor por menor preço dos bens da massa falida? Parece-me que não é exatamente assim! É prudente que a meu juízo não se fixe de antemão o preço mínimo. Que tal seja disciplinado e encontrado pela lei natural da oferta e da procura, desde que o preço não seja tão abaixo da avaliação atualizada do bem [...]”.

Quando ainda estava no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luiz Fux advertia no REsp 1.101.522/SC, de 01/10/2009 que “o processo de execução é instruído de modo a possibilitar a satisfação do direito do credor, o que se consegue com a alienação do patrimônio contristado, mas sempre pelo preço justo e nunca por preço vil (CPC, art. 692)”.

Suscitando os poderes do juiz como meio para evitar o oferecimento de preço vil e com o escopo de se ultimar a execução da forma mais justa possível, o Ministro João Otávio de Noronha elevou o debate no REsp 71.690/SP, 25/03/2003, onde acentuou que:

“no processo de execução avultam-se os poderes de comando do juiz, de modo a não permitir inclusive que, na realização da praça, se aceite o oferecimento de preço vil (CPC, art. 692). Assim, o legislador o faz na expectativa de que a execução se ultime da forma mais justa possível”.

A Ministra Nancy Andrighi, no REsp 1.024.001/RJ, 13/08/2009, realça os princípios da justiça e da isonomia como antídotos à venda de bens de valor por preço de bagatela:

“Em que pese a primazia da efetividade, o processo não é propriedade do credor e não se propõe a lhe satisfazer todos os caprichos. Neste contexto se insere o art. 692 do CPC. Ao impedir o preço vil, esse dispositivo de lei impõe a arrematação por preço justo. Tem-se dito que está a verdadeira proibição à lesão processual. O princípio da igualdade dos cidadãos faz com que, na esfera civil ou processual, não se dê amparo à espoliação do patrimônio alheio. O inadimplemento não dá ao credor o direito de enriquecer-se às custas do devedor, adquirindo por preço de bagatela bem valioso. – Considera-se vil e nula a arrematação por preço inferior a 25% do valor justo apontado em avaliação judicial”.

Com o passar do tempo, o STJ uniformizou o entendimento de que seria vil a arrematação por cifra inferior a 50% (cinquenta por cento) da avaliação¹¹, o

¹¹ (AgRg no REsp 996.388, REsp 1.052.691, REsp 1.057.831, REsp 938.778, AgRg no REsp 1.306.619, AgRg no REsp 1.120.871, AgRg no REsp 1.357/814, AgRg no REsp 386.761, AgRg no AgRg no REsp 114.267, AgRg no REsp 429.163, AgRg no REsp 690.974, AgRg no REsp 1.360.262, AgRg no REsp 866.080, AgRg no REsp 542/564, AgInt no AREsp 891.393, AgRg no

que passou para o plano legal com o Código de Processo Civil de 2015, art. 891.

Portanto, à luz da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça são inaceitáveis aquelas arrematações oportunistas, por preços simbólicos, inescrupulosas, espoliadoras do patrimônio alheio, confiscatórias, causadoras de elevado prejuízo ao expropriado e enriquecimento desproporcional ao arrematante, realizadas fora das circunstâncias da causa e do mercado.

4. A USURA

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a aquisição de bem de valor por preço vil pode embutir uma espécie de comportamento usurário, lesivo, iníquo e desproporcional, levando a Corte a declarar a nulidade do respectivo negócio, como visto acima.

Na longínqua idade antiga, proclamavam os romanos que “não deve haver lucro sem ônus” (*lucrum sine onere esse non debet*).

Mais tarde, durante a idade média, não foram poucos os que enquadraram a usura como modalidade antiética e injusta de negociar.

A comprovar tal assertiva, merece referência o historiador francês, Jacques LE GOFF, especialista em Idade Média, que apresenta algumas definições de usura formuladas por diversos teólogos.

Por exemplo, para Santo Ambrósio ‘A usura é receber mais do que se deu’ (*Usura est plus accipere quam dare*). São Jerônimo dizia que ‘Se se recebe um excesso em relação a seja lá o que for que se tenha dado, a isso se chama usura (*Usuram appellari et superabundantiam quidquid illud est, si ab eo quod dederit plus acceperit*)’. Ou segundo Nimega (806), ‘Há usura quando se reclama mais do que se dá (*Usura est ubi amplius requiritur quam datur*)’. Já o Decreto de Graciano dispunha que ‘Tudo aquilo que se exige além do capital é usura (*Quidquid ultra sortem exigitur usura est*)’.”¹²

REsp 903.138, AgRg no REsp 1.589.710, AgInt no REsp 1.318.181, AgInt no REsp 1.344.246, REsp 1.796.263, AgInt no REsp 1.197.419, AgInt no REsp 1.483.200, AgInt no REsp 1.694.767, EDcl no AgInt nos EDcl nos EDcl no AResp 1.101.385, AgInt no AResp 1.552.257).

¹² A bolsa e a vida: economia e religião na Idade Média. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 31.

Posteriormente, Santo Anselmo (1033-1109) propôs que “A usura em primeiro lugar é um roubo”¹³, expressão que no século XII vem “definida como ‘lucro vergonhoso’ (*turpe lucrum*).”¹⁴

LE GOFF esclarece que já no contexto do século XIII, quando a atividade econômica e o mercado começaram a se desenvolver, os dados fundamentais que sobressaíam eram o preço e o salário justos, argumentando que “[...] Ainda que, na verdade, o preço ‘justo’ seja o preço de mercado, a exigência de justiça está presente”.¹⁵

Certamente, os antigos não repudiavam gratuitamente a usura, mas ao contrário foram compelidos a combatê-la em nome do bem comum e do interesse geral porque era fonte dos mais variados conflitos.

Assim, tomando por objeto a vedação à usura, pode-se afirmar os antepassados transmitiram às gerações modernas o legado universal dos princípios da proporcionalidade e da justiça, no sentido de que não deve haver lucro sem contraprestação equivalente.

Esclareça-se que não se critica a obtenção de lucro por meio do trabalho, engenho, arte, indústria, comércio e prestação de serviços.

Contudo, o ordenamento jurídico não deve aquiescer ao lucro sem contrapartida, auferido às custas da fragilidade, aflição, desespero ou premente necessidade alheia.

Tanto é verdade que a legislação nacional sempre tratou de expurgar a usura dos negócios.

Por exemplo, na Lei dos Crimes contra a Economia Popular, nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, em seu artigo 4º, “b”,¹⁶ tipifica-se como usura real:

“obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.¹⁷

¹³ ob. cit. p. 32.

¹⁴ ob. cit. p. 33.

¹⁵ ob. cit. p. 34.

¹⁶ Necessário lembrar que o Direito é um sistema normativo único, de modo que as disposições penais, civis, administrativas, tributárias, dentre outras, se entrelaçam para promover comandos uniformes.

¹⁷ Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervie-

Igualmente, o Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, que regulamentava a cobrança de juros nos contratos, em seu artigo 15 considerava circunstância agravante do delito de usura “valer-se o credor de circunstâncias aflitivas em que se encontre o devedor”.

A análise destes dispositivos legais demonstra que o legislador, incorporando os princípios da justiça, proporcionalidade e equidade, sempre se preocupou em proteger as pessoas que estão passando por premente necessidade daqueles agentes oportunistas, tanto que erigiram à categoria de infração penal a prática da usura real.

4.1. A Lei De Falências e a Usura

Quando se decreta a falência, tem-se por princípios gerais otimizar a utilização produtiva do patrimônio da empresa, realocar eficientemente os recursos da falida na economia e promover o célere retorno do falido à atividade econômica, conforme se entende da nova redação do art. 75, inciso I, II e III, da Lei 11.101/05.

O processo falimentar deverá ser um instrumento de preservação de benefícios econômicos e sociais da atividade empresarial, por meio da imediata liquidação do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia (Art. 75, § 2º).

A recente lei, porém, contradiz seus próprios princípios, pois, ao impor a venda do ativo a “qualquer preço” (art. 142, § 3º-A), proibindo a alegação de “preço vil” (art. 142, § 2º, V) ou ao convertê-lo em “bem sem valor” para destiná-lo a doação (Art. 144-A, *caput*), está frontalmente descurando da otimização do patrimônio e da utilização eficiente do produto de sua liquidação.

Ao par desta antinomia entre princípios e regras, pode-se afirmar que se trata de autêntico constrangimento moral imposto às partes, uma vez que o bem, considerado como propriedade do devedor e garantia dos credores, será indiretamente “expropriado” quando for convertido em bem sem valor para, em seguida, ser doado incondicionalmente a terceiros.

Portando, segundo o novo desenho legal, tanto os falidos quanto seus credores foram deslocados para um plano totalmente inferior perante os potenciais arrematantes.

rem na operação usurária (§ 1º).

Por força da nova regra, impõe-se vender o bem a qualquer custo¹⁸ (premente necessidade), sob pena da propriedade e da garantia lhes ser confiscada (circunstância aflitiva).

E mais. Se impugnarem o lance vencedor, podem ser apenados por ato atentatório à dignidade da justiça, consoante preceitua o art. 143, § 4º, da Lei 11.101/05:

A suscitação infundada de vício na alienação pelo impugnante será considerada ato atentatório à dignidade da justiça e sujeitará o suscitante à reparação dos prejuízos causados e às penas previstas na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para comportamentos análogos.

Ora, nada mais lesiva, injusta, desproporcional e usurária que a relação imposta pela legislação veiculada pela Lei 14.112/2020.

Ao que parece esqueceram-se os legisladores de outro milenar princípio jurídico cunhado pelos romanos: “ao aflito não se deve dar mais aflição” (*afflicto non est danda afflictio*).

5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O FIM DO PREÇO VIL

Poder-se-á argumentar que a nova regra afastou toda construção jurisprudencial sobre a desaprovação do preço vil nos processos falimentares.

Ou se afirmará que por se tratar de uma lei especial derroga-se a norma geral, não se lhe aplicando o que o Código de Processo Civil, conforme expressa redação do Art. 189 da Lei 11.101/05, “caput”, *in verbis*:

Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei.

A propósito, neste sentido é o teor do Agravo de Instrumento nº 2233825-19.202.8.26.0000, TJSP, rel. J.B. Franco de Godoi, 30/06/2021.

Todavia, na hipótese de se partir do pressuposto de que se assemelha à usura real a obtenção de lucro exorbitante, por meio da aquisição de qual-

¹⁸ Mas se pretenderem adjudicar o bem, devem aceitá-lo pelo valor da avaliação (art. 111).

quer bem, a preço vil, às custas da debilidade e necessidade econômico-financeiras alheias, há de se admitir que o art. 142, § 2º-A, V, da LFR, não tem a menor aderência aos princípios basilares da Constituição Federal.

Tal regra, desprotegendo os credores e devedores, submetendo-os à usura, atrita fortemente com o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, CF).

E, mais, afasta-se dos objetivos fundamentais da República consistente na construção de uma sociedade “justa e solidária” (art. 3º, I), estruturada na promoção do “bem de todos” (art. 3º, IV).

Especificamente, o constituinte estabeleceu que a ordem econômica tem por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativas, tendo por finalidade assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, “caput”, CF).

Tudo isso já seria o bastante para declarar inconstitucional o artigo 142, § 2º-A, V, da LFR, e escantear sua aplicação.

Todavia, também interfere indevidamente na função jurisdicional, na medida em que impede o juiz de avaliar a conjuntura de mercado (art. 142, § 2º-A, inc. I) e assim prevenir eventual lesão ou ameaça a direito de credores e devedores.

Para o legislador infraconstitucional, é como se não houvesse as garantias do art. 5º, incisos XXXV e LIV da CF (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal).

Tão grave ainda é o dispositivo que sujeita o devedor e os credores à expropriação, sem qualquer contraprestação, de seus respectivos patrimônios e garantias, que serão doados incondicionalmente a terceiros por meio de simples decisão interlocutória. Assim prescreve o art. 144-A, “caput”, *in verbis*:

Frustrada a tentativa de venda dos bens da massa falida e não havendo proposta concreta dos credores para assumi-los, os bens poderão ser considerados sem valor de mercado e destinados à doação.

Mais uma vez olvidaram os legisladores que a Constituição Federal garante ao cidadão o direito de ser previamente indenizado em dinheiro quando for expropriado de seu patrimônio por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social (Art. 5º, inc. XXIV).

Ora, se determinado bem, arrecadado no processo falimentar, submetido a avaliação, é reconhecido como bem útil e de valor, não poderá o juiz, por mera ficção criada por lei, destituir-lhe de valor e doá-lo a terceiro.

Não prevendo a lei a possibilidade de indenização ao proprietário do bem, pode-se afirmar que o legislador criou, com o Art. 144-A, “caput”, a inadmissível figura do confisco estatal, também vedado pelo Art. 150, IV, da CF, e igualmente repellido pelo Superior Tribuna de Justiça, consoante acima visto.

A criatividade do legislador ordinário não encontrou limites, pois instituiu a figura da pena do perdimento de bens, sem o correspondente crime, o que também não se ajusta às garantias do art. 5º, inc. XXXIX e XLIV, “b”, da CF (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal)¹⁹.

Ao final, os intervenientes no processo falimentar restaram todos amordaçados, não lhes sendo assegurada qualquer outra alternativa senão se resignar com lances irrisórios, desproporcionais, submetidos a elevado deságio em relação ao atual e verdadeiro valor do bem.

Isto porque “a suscitação infundada de vício na alienação será considerada ato atentatório à dignidade da justiça” (Art. 143, § 4º).

A iniquidade legislativa se revela ainda mais nítida quando aos credores se permite adjudicar os bens arrecadados, contudo somente podem fazê-lo pelo valor da avaliação²⁰ ao passo que ao terceiro estranho ao processo faculta-se a aquisição por qualquer preço.

Pressupondo ser verdade que “a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido” (art. 115 LFR), pode-se inferir que, de acordo com as novas regras, o processo falimentar tende a erguer um verdadeiro castelo de cartas.

Ao final de todo o procedimento, instaurado justamente para organizar os interesses dos credores em relação aos bens do devedor, nenhum destes será merecedor da tutela jurisdicional, mas, sim, o oportunista que surgirá na terceira chamada do leilão para tomar, para si, um bem por preço irrisório, sem qualquer risco econômico.

Ademais, com a chancela judicial será agraciado com um *plus*, na medida em que:

¹⁹ Os crimes falimentares são apenados com pena privativa de liberdade e multa, não havendo previsão para perdimento de bens.

²⁰ Art. 111. O juiz poderá autorizar os credores, de forma individual ou coletiva, em razão dos custos e no interesse da massa falida, a adquirir ou adjudicar, de imediato, os bens arrecadados, pelo valor da avaliação, atendida a regra de classificação e preferência entre eles, ouvido o Comitê.

“o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho” (art. 141 II, LFR).

Não é à toa que o consagrado estudioso do direito falimentar brasileiro, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, é incisivo ao criticar em nota à 15ª edição de seu livro que “essa Lei é ruim”.²¹

De fato, não pode ser boa e muito menos válida uma lei que insere no sistema falimentar uma relação absurdamente assimétrica e totalmente injusta, quando origina situações jurídicas que instigam comportamentos abusivos, exploratórios, corruptos e usurários por parte do arrematante em face dos credores e do devedor.

Entende-se perfeitamente que o legislador tenha almejado dar celeridade ao processo falimentar, mas aparenta ter se olvidado de tratar dignamente os principais destinatários da falência, as classes credoras, não se importando em garantir-lhes um processo substancialmente justo na fase de arrematação.

6. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A USURA

Além do dever de perquirir a conformidade da legislação ordinária com a Constituição Federal, incumbe ao operador do direito conferir sua compatibilidade com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

A propósito, assim dispõe a Constituição Federal (art. 5º, § 2º):

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesta senda, é importante observar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica²², assim preceitua em seu art. 21 (3):

²¹ *Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005 Comentada, artigo por artigo.* Bezerra Filho, Manoel Justino. 15ª edição. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.

²² Datada de 22/11/1969, entrou em vigor internacional em 18/09/1978 e nacional em 25/09/1992, por meio do Decreto nº 678/1992, de 6/11/1992.

“Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei”.

Trata-se de um grande marco civilizatório, conquistado após longa luta histórica, o reconhecimento internacional de que a usura é associada à exploração alheia, meios injustos de cobrança de dívidas, à redução do devedor ao nada, à eternização do débito, à espoliação, à escravização, ao ganho exagerado e unilateral.

Além do desvalor em si, tal forma de exploração do homem pelo homem desencadeia inúmeros conflitos pessoais e sociais, a demandar o imediato restabelecimento da justiça.

As nações signatárias da CADH, dentre elas o Brasil, em seu preâmbulo:

- a) reafirmam o “propósito de consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social”;
- b) reconhecem que “os direitos essenciais do homem justificam uma proteção internacional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”;
- c) consideram que os princípios nela inscritos também foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem;
- d) reiteram que, “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, civis e políticos”.

Os Estados Americanos estão comprometidos em respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício (art. 1º) e em adotar as medidas legislativas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela resguardados (art. 2º).

Assim, considerando que não veda a expropriação judicial do devedor por preço vil, é possível afirmar com segurança que o art. 142, § 2º-A, V, da LFR não está em harmonia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

É um inconcebível retrocesso²³ ao se dissociar abertamente do princí-

²³ Princípio do não retrocesso: “Aspecto polêmico referido à vinculação do legislador aos direitos fundamentais diz com a chamada **proibição do retrocesso**. Quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento le-

pio da proibição da usura ou de qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, prescritos pelo Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional em plena vigência e eficácia no direito brasileiro.

A superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos em face das leis infraconstitucionais é definitivamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não facultando qualquer tergiversação.

Na ementa do HC 95.967/MS, a Min. Ellen Gracie assim pronunciou, *in verbis*:

“Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.²⁴

Pouco depois do julgamento acima, o STF julgou, em caráter de repercussão geral, o paradigmático RE 466.343/SP²⁵ (Tema 60) afastando a prisão civil do depositário infiel em virtude da eficácia plena da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo digno de citação parte do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

“Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

gislato para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas” (Paulo Gonet Branco em coautoria com Gilmar Mendes. In *Curso de Direito Constitucional*, 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 146.

²⁴ 11/11/2008

²⁵ 03/12/2008

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada”.

O mesmo Gilmar Mendes, agora como doutrinador, leciona a respeito do conflito entre tratados internacionais sobre direitos humanos e leis infraconstitucionais:

“Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.²⁶

Portanto, se houver colisão entre direitos humanos reconhecidos em tratado ou convenção internacional com lei ordinária, como na hipótese do art. 142, §2º-A, V, da LRF, o Brasil, como Estado signatário da CADH, por meio do Poder Judiciário, há de afastar a lei ordinária, dando prevalência ao direito internacional.

Aliás, suspende-se inclusive a aplicação da Constituição Federal, caso a proteção aos direitos humanos no tratado internacional se mostre mais ampla e benéfica, tal qual ocorreu em relação à prisão civil do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII, da CF, porém vedada expressamente no artigo 7º, seção 7ª, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica.

7. CONCLUSÃO

A vedação de arrematação de bem por preço vil em leilão judicial é resultado de longa construção doutrinária e jurisprudencial. Funda-se nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, fins sociais e justiça social, tanto que foi inserida no sistema processual por meio das Leis 6.851/80 e 8.953/94, que alteraram o CPC/73, mantendo-se em vigor no artigo 891 do CPC/2015.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, ao preço vil estão iminentes a má-fé, o dano, o ganho exorbitante, escandaloso, exagerado, despro-

²⁶ *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 698.

porcional, usurário, criminoso, afastados dos mais basilares princípios de justiça e equidade.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende ser inaceitável aquelas arrematações por preços simbólicos, oportunistas, inescrupulosas, espoliadoras do patrimônio alheio, confiscatórias, lesivas, causadoras de elevado prejuízo ao expropriado e enriquecimento desproporcional ao arrematante, realizadas fora das circunstâncias da causa e do mercado.

Por outro lado, há normas, como Decreto 22.626/33 e a Lei 1.521/51 proibindo a obtenção de lucro exorbitante como fruto da fragilidade, aflição, desespero ou premente necessidades alheias.

Ademais, a exposição dos cidadãos à usura desenfreada conflita seriamente com o princípio constitucional da “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III, CF), afastando-se dos objetivos fundamentais da República consistentes na construção de uma sociedade “*justa e solidária*” (art. 3º, I, CF) e na promoção do “bem de todos” (art. 3º, IV, CF), fundada na valorização do trabalho humano e conforme os ditames da justiça social (art. 170, “caput”, CF).

Assim, o art. 142, § 2º-A, V, da Lei 11.101/05 não tem qualquer eficácia, pois colide com as garantias fundamentais da Constituição Federal.

Por último, a permissão de se arrematar bens por preço vil nos processos falimentares afasta-se largamente da garantia supralegal veiculada pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em seu no art. 21 (3), que reprime a usura e qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem.

Portanto, reconhecida a inconstitucionalidade e a ineficácia do art. 142, § 2º-A, V, da LFR, deve-se aplicar o regramento do artigo 891 do Código de Processo Civil, conforme preceitua o artigo 189 da Lei 11.101/05, excluindo-se as ofertas de lances vis nos leilões de ações falimentares.

NETTO. Marcelo Ferreira de Souza. O preço vil nas arrematações falimentares. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 178-199, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005 Comentada**. 15ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BRASIL: **Dossiê Digitalizado do PL 2522/1979 da Câmara dos Deputados**. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=204270>, consultado em 19/03/2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva: 2008. vol. 3.

LE GOFF, Jacques. **A bolsa e a vida: economia e religião na Idade Média**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MAFRA, Johnny José. **Textos de latim jurídico**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. 2.

Reflexões sobre a “Cidadania Evolutiva” e o Estado Democrático de Direito na Atualidade

REFLECTIONS ON “EVOLUTIONARY CITIZENSHIP” AND THE
DEMOCRATIC STATE OF LAW NOWADAYS

Fernanda Pereira AMARO¹

• RESUMO

O presente estudo se propõe a investigar alguns aspectos do direito humano fundamental à participação popular, um dos temas indispensáveis na atualidade. A sociedade civil organizada se reconhece como fonte do poder, ocupando e construindo seus espaços de reivindicação por direitos, exercendo a cidadania. Perquirições dos mais diversos espectros levam a manifestações amplas de grupos sociais, tornando premente o debate sobre o princípio democrático, do qual o princípio participativo é um dos braços. Nesse diapasão, o Direito Administrativo Democrático se apresenta como uma concepção mais afinada a esses princípios. O órgão participativo demonstra-se mais eficiente e eficaz do que o não participativo, tanto pela exposição plural dos interesses em jogo, quanto por evitar gastos públicos dispendiosos e desnecessários e condutas ilegítimas/ilegais, através do exercício do controle social, cujos contornos são avaliados. Outrossim, o exame de alguns mecanismos de participação popular lança mais luzes ao debate e fortalece o Estado Democrático de Direito.

• PALAVRAS-CHAVE

Cidadania; Participação Popular; Democracia; Direito Humano Fundamental; Controle social.

• ABSTRACT

The present study aims to investigate a few aspects of the fundamental human right to popular participation, one of today's indispensable themes.

¹ Analista Processual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

The organized civil society recognizes itself as a source of power. It occupies and builds its spaces to claim its rights, exercising citizenship. Questions from the most diverse spectrums lead to broad manifestations carried out by social groups that promote the debate on the democratic principle, which is based upon the so-called participatory principle. In this sense, the Democratic Administrative is in tune with these principles. The participatory body proves to be more efficient and effective than the non-participatory one, both for the plural exposure of the interests at stake, and for avoiding costly and unnecessary public spending and illegitimate/illegal conducts, through the exercise of social control. Furthermore, the examination of some mechanisms of popular participation sheds light on the debate and strengthens the democratic rule of law.

• **KEYWORDS**

Citizenship; Popular Participation; Democracy; Fundamental Human Right; Social Control.

1. INTRODUÇÃO

Cada estágio da vida social provoca comportamentos e questões cuja abordagem e estudo se faz mais ou menos urgente, num reposicionamento ou, mesmo evocação de novos temas impostos, seja em escala mundial, seja nacional, regional ou local.

O direito humano fundamental à participação popular é um desses temas cujo estudo se revela indispensável na atualidade.

A sociedade civil organizada se reconhece como fonte do poder e, assim sendo, ocupa e constrói seus espaços de reivindicação por direitos, exercendo a cidadania.

O ano de 2020 foi emblemático, pois inseriu na pauta mundial uma série de tópicos políticos, sociais, religiosos, conflitos territoriais e econômicos derivados de incongruências, de insatisfações de vários grupos e da falta de respostas ou de seu tratamento adequado pelos Poderes instituídos.

Perquirições ambientais, financeiras, imigratórias, étnicas, de gênero e sociais dos mais diversos espectros, várias delas atingindo alto nível de gravidade, levando a manifestações amplas de grupos sociais, seja através de protestos presenciais ou do uso de redes sociais, tornam premente o debate sobre o princípio democrático, do qual o princípio participativo é um dos braços.

Sabe-se quão conturbado, longo e custoso pode ser o processo de implantação e manutenção de regimes democráticos, tantas são as dificuldades para se obter um conhecimento e aceitação dos valores pertinentes ao jogo democrático por seus participantes, que são, ao menos no Brasil, toda a população legalmente capaz, espalhada por todos os níveis da cadeia socioeconômica. Ademais de toda essa etapa preliminar, derrotar as barreiras da corrupção, alimentada pela impunidade, pela educação deficiente e por essa desigualdade do edifício social mostra a profundidade do projeto em prol da democracia.

O cidadão que participa e propõe também é aquele que fiscaliza/controla. O poder controlado emerge das lições de Norberto Bobbio e representa uma das formas de inserção popular no controle externo, qual seja, o controle social.

Passemos, por conseguinte, ao exame dessa problemática.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR

O aumento da participação popular é hábil a produzir mudanças e diversas repercussões nos cenários social, político e jurídico.

Ela integra debates na Ciência Política, na Filosofia, na Sociologia e no Direito Constitucional e, face à necessidade de ser investigada mais profundamente, de ser objeto de estudos que desvelem seus contornos e formem seu arcabouço teórico, encontrou ainda tímida, mas certa perquirição no *Direito da Participação Política*, destacando-se no Brasil a obra do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto², no início da década de 90.

Não se pode tampouco deixar de abordar as influências da participação política no âmbito do Direito Administrativo, que, de tão significativas, compõem, mesmo, um novo, quicá definitivo Capítulo, cuja repercussão autoriza a menção a *Direito Administrativo Democrático*.

O traçado do Direito Administrativo, também no Brasil, sofreu interessantes modulações por absorver importante parte do Direito da Participação Política.

² Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 62: “Neste sentido, podemos conceituar o *Direito da Participação Política* como o ramo do *Direito Político* que estuda as modalidades de expressão da vontade individual e coletiva na sociedade aptas a interferir, formal ou informalmente, nos processos de poder do Estado, especificamente em suas expressões legislativa, administrativa e judicial”

A batalha teórico-doutrinária pode antecipar-se à batalha legislativa, mas é guiada pelo manancial principiológico da Constituição de 1988, cuja realização mais efetiva se impõe.

De uma Administração Pública mergulhada no patrimonialismo e no estatismo é necessário que se passe para um novo estágio. O que se tem denominado “Direito Administrativo Democrático” tem como diferencial exatamente a participação, que pressupõe a democracia participativa. Assim, objetiva-se corrigir o foco na consideração do administrado. Nos debates sobre o papel do Estado, muito se produziu e se tem produzido, mas ainda muito pouco se falou quanto a uma inserção transformadora do cidadão no Estado.

Na compreensão de um Direito Administrativo Democrático, alguns princípios deixam o ostracismo para lançar luzes na compreensão do fenômeno da participação popular.

Orientam nossa análise os princípios da finalidade do interesse público, o associativo, o da cidadania, o da participação, o da igualdade, o da publicidade e o da transparência, substituto do formalismo, ressaltado por Agustín Gordillo e relacionado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como instrumental para a realização dos princípios da participação (participativo), e da impessoalidade, por permitir a efetiva aplicação dos controles estatais e sociais (estes, realizados pelos cidadãos e pelas entidades da sociedade civil).

O modelo burocrático de Administração Pública estava associado a uma concentração excessiva de poder nos organismos estatais, onde a necessidade de controle estatal sobre todas as atividades cuja titularidade detivesse parecia ser a forma mais adequada de exercício do poder para atingimento da finalidade pública.

O desconhecimento do administrado, como fonte emanadora de todo o poder, enquanto cidadão, era praticamente absoluto pelos Poderes Públicos, em flagrante desrespeito ao sistema constitucional democrático, consagrado na Carta Magna de 1988. Aí a crise da estatalidade se apresentou, dentro do Estado Social, em 1934, em 1946 e em 1988.

Inicialmente, deve-se observar que a Constituição de 1934 introduziu uma nova época no Constitucionalismo brasileiro, inspirado no de Weimar, que foi revivida em 1946 e em 1988. Consagraram-se princípios democráticos valorizadores do aspecto social, do Estado a serviço da sociedade, da liberdade, da igualdade e da democracia.

Todavia, a aplicação desses princípios em toda a sua extensão foi relegada a segundo plano. Quando da elaboração da Constituição de 1934, especialmente os constituintes liberais resistiram a reconhecer a participação po-

pular crescente, pois eram adeptos da cultura da exclusão das massas. O Estado reforçava seu poder e reprimia os movimentos das massas insatisfeitas. Não houve ação efetiva para reduzir desigualdade e injustiça sociais.

A Constituição de 1946, concebida dentro de um ideário populista, também se ressentiu do controle pelas classes dominantes da incorporação do povo à participação política. No Estado Populista não havia oportunidade de formação de ideologia desvinculada da ideologia trabalhista e burguesa.

A Constituição de 1988 introduziu o Estado democrático de Direito no Brasil, tendo a cidadania por um de seus pilares. A fórmula “todo o poder emana do povo” almeja garantir que a democracia em nosso país não se esgote em sua forma representativa. Em seu texto se alinham dispositivos que contemplam a participação da Sociedade civil no Estado em vários setores.

As necessidades individuais e sociais se apresentaram diversas a cada período histórico, bem como as necessidades políticas. A experiência da cidadania sofre, juntamente, com os fatos e valores, uma evolução. O atual estágio de democracia confere e reclama mais do cidadão, confere-lhe poderes e o direito de participar e reclama dele essa mesma participação como forma de solucionar a crise de legitimidade.

Formula-se hoje uma democracia mais interativa, onde mais sujeitos participam do processo de formação da vontade política. Habermas³ concebe uma democracia discursiva onde fóruns institucionais e extra institucionais, apoiados nos sujeitos da sociedade civil e em outros atores políticos, refletem os impulsos da vida cotidiana e formam uma vontade política legítima. Há um fluxo de comunicação em prol da legitimidade.

O poder é instrumental e deve ser exercido no atendimento do interesse público. Os mecanismos de controle não se opõem ao Estado, já que este tem por meta o interesse público, como o próprio controle tem.

Sem desmerecer as demais espécies de controle, tanto mais legítimo também se torna o controle quando é o cidadão ou o corpo social associado que o desempenha. Vê-se, portanto, que o discurso pela disseminação da legi-

³ Apud FARIA, Cláudia Feres Faria. *Democratizando a relação entre o poder público municipal e a sociedade civil: o orçamento participativo em Belo Horizonte*. Dissertação não publicada, apresentada ao Curso de Mestrado em Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do Professor Leonardo Avritzer. Belo Horizonte, 1996, p. 32//40.

timidade atinge igualmente o controle. A participação da sociedade civil na modalidade “social” de controle não deve, portanto, ser desprestigiada e desmotivada.

Contudo, a história do Brasil, como a história dos países de periferia em geral, não tem por hábito conferir ao controle social o mesmo *status* das várias espécies de controle estatal.

Da breve síntese histórica traçada se pode concluir que o Estado brasileiro criou obstáculos à formação da cidadania ativa, concebeu o cidadão como objeto, como ser incapaz de manifestar vontade válida e de construir uma realidade diferente da prevista na lei. Por isso se defende uma cidadania emancipatória, que supere a cidadania tutelada.

A contribuição de Paulo Modesto⁴ é bastante valiosa ao afirmar que muitos estudos exaltando virtudes da democracia participativa são retóricos, de modo que não se estaria tratando adequadamente o problema jurídico e político da participação popular, no sentido de se oferecerem formas para sua concretização. Sugere o autor a superação do *discurso* e um direcionamento para a *faticidade*, através do exame das *formas básicas de participação*, de seus *instrumentos processuais* e de seus condicionantes extralegais.

O Estado Democrático brasileiro não deve ser uma ficção por estar aquém de seus preceitos. Os arts. 1º e 14 não se esgotam em sua leitura literal; tampouco as hipóteses de participação popular constitucionalmente previstas restringem-se aos citados dispositivos. Como exemplos, podem ser citados os arts. 10; 37, §3 (EC 19/98), 74, §2º; 144, *caput*, 194, *caput*, 206, VI; 216, §1º; 255, 227.

Mas onde se origina a participação popular? O que a fundamenta? Quais são seus condicionamentos, seus pressupostos, suas hipóteses, suas espécies? Afinal, o que ela seria? Será que se poderia propor um modelo ideal de participação popular? Ou não se poderia lograr êxito nessa tarefa?

Com base na doutrina autorizada de Diogo de Figueiredo, buscar-se-ão elementos para as indagações formuladas.

A preocupação com o tema da participação popular no Estado tem origem nas discussões sobre a legitimidade, já em meados da década de 60, e talvez seja correto afirmar que a participação popular seja a própria legiti-

⁴ MODESTO, Paulo. *Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 7, outubro de 2001 Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em agosto de 2002.

midade em ação, pois sua função é assegurar a legitimidade em todas as fases do que o autor denomina *ciclo de poder*.

A introdução e a consolidação dos mecanismos participativos permitem que vários grupos de interesses sejam levados à apreciação conjunta da Sociedade e do Estado, alcançando-se um ponto de consensualidade e de maior legitimidade.

Enfatize-se, mais uma vez, a *dimensão pedagógica da democracia* e da participação popular. Sendo desenvolvida na Sociedade uma disposição para se integrar nos arranjos participativos, a democracia tornar-se-á mais revigorada, acolhendo práticas de democracia semidireta, do mesmo modo que, incentivando-se um aprendizado sobre as virtudes e as dificuldades da democracia, a participação popular será incrementada. Há uma reciprocidade na relação entre o concreto – a participação – e o valor – a democracia.

Em um elogio à participação popular, citemos Agustín Gordillo⁵, para quem:

“Se um governo eleito usa o poder unilateralmente, sem consulta e participação, ele não será verdadeiramente democrático neste sentido moderno; só sendo democraticamente eleito e, também, abrindo a mais ampla participação ao povo quanto ao modo de governar, de tomar decisões etc.; será tal governo tão democrático quanto o seria desejável e possível que fosse.”

Há mais argumentos em prol da participação popular, como os colhidos em Pennock⁶, no sentido de que ela favorece o aprimoramento da governança, impede que interesses escusos contaminem o governo e que se negligencie a consideração pelo governo de algum interesse ao tomar suas decisões e conduz a uma *sabedoria coletiva* pela participação de maior número de pessoas informadas, infunde civismo nos governados, atribui maior grau de aceitação e maior capacidade de satisfazer os administrados quanto às decisões do governo.

Outra virtude que talvez seja a síntese de todas as demais diz respeito a ser a participação popular a fonte, o espaço de luta,

⁵ Apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 39.

⁶ Idem, ibidem, p. 39.

a oportunidade para a obtenção dos direitos mínimos para que se configure uma cidadania concreta.

As virtudes da participação não podem, entretanto, prosperar se ela não se condicionar subjetiva e/ou objetivamente. O condicionamento subjetivo consiste em haver uma motivação interior e o objetivo, em haver a admissão do sujeito à participação.

Na expressão de Diogo de Figueiredo⁷:

“Se o homem não se interessa pela política (atitude apática), se não quer dela participar (atitude abúlica) ou se não se sente com condições de poder fazê-lo (atitude acrática), a democracia fica irremediavelmente sacrificada. De nada valem estarem admitidos e abertos os canais institucionais de participação (...).”

E o que seria essa participação popular que é condicionada pelos seus sujeitos (subjetivamente) e pelo Estado (objetivamente)? Dos dois significados atribuídos ao verbo *participar*, o que melhor condiz com o painel que buscamos traçar é exatamente *ter ou tomar parte* em algo, integrar-se. É um sentido comum, genérico. A Sociologia incrementa esse significado, concedendo uma feição ativa ao indivíduo ou ao grupo. Para a Ciência Política, a participação é uma forma de manifestação de poder. Gordillo⁸ afirma que a democracia é um sinônimo de participação.

Diogo de Figueiredo⁹ assevera ser participação *a atuação formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais secundários, na ação juspolítica do Estado*. Outrossim, afirma ser ela *a confluência principiológica da liberdade e da igualdade (...)*.

Refletindo sobre a natureza da participação, entende ser esta:

“Uma liberdade constitucional, no sentido de um direito fundamental que precede ao Estado e que é reconhecido e dimensionado numa Constituição, ao mesmo tempo que atua na atribuição e no dimensionamento do poder do Estado.”

⁷ Idem, ibidem, p. 11.

⁸ Idem, ibidem, p. 65.

⁹ Idem, ibidem, p. 34, 56/57, 64.

Nessa linha de raciocínio, os Textos Constitucionais apenas declarariam, não constituiriam, um poder que é inerente à sociedade. Todavia, o mesmo autor¹⁰ afirma que a participação política seria o desempenho de um direito político ou de uma faculdade, sempre que for admitido, expressa ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico. José Afonso da Silva¹¹ considera a participação como um direito coletivo por dizer respeito a interesses coletivos.

O fato de a participação popular dever ser estendida a todas as áreas estatais e não estatais gera, naturalmente, diferentes espécies de participação adequadas a cada contexto.

Como modalidades clássicas de exercício do poder político há a participação popular direta e a indireta, e como uma modalidade intermediária, a semidireta. Outro modo de entender-se a participação popular é classificá-la do ponto de vista do número de agentes, como individual e grupal. Pode-se ainda pensar a participação popular conforme as três funções clássicas estatais: legislativa, judiciária e administrativa.

Para este estudo, a forma de participação que mais nos interessa é a administrativa. É no cotidiano da Administração Pública que o Estado está mais próximo da Sociedade através de atos em cujo controle de legitimidade é importante que a Sociedade se faça presente. E a forma administrativa de participação comporta ainda subespécies, que foram bem relacionadas por Agustin Gordillo¹² como graus de intensidade participativa do administrado, quais sejam, a participação informativa; a participação na execução; a participação pela consulta e a participação na decisão.

O grau de menor intensidade nessa escala seria a participação informativa, a qual deve ser garantida por todo Estado que se autoproclama Democrático de Direito. Além da existência efetiva de liberdade de expressão e de várias fontes de informação acessíveis, deve existir igualmente a participação informativa, que significa a publicidade, a transparência dos atos estatais, bem como a publicidade da motivação das decisões adotadas. Somente com a publicidade dos atos é possível o controle dos abusos, bem como uma participação mais intensa da Sociedade, no sentido de contribuir com suas ideias.

¹⁰ Idem ibidem, p. 57.

¹¹ Idem ibidem. Nota de rodapé, p. 229.

¹² Apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 88.

A participação na execução compreende todos os tipos de colaboração que os administrados possam dar ao Poder Público; e aí Diogo de Figueiredo¹³ nos lembra que podem ir desde simples informações até as concessões e permissões de serviços públicos.

O fato de o Poder Público abrir espaço para a consulta pública é um passo mais largo no sentido de uma participação com maior intensidade, sobretudo quando há determinação legal, e não apenas faculdade, de se realizarem consultas públicas. Há vários mecanismos que podem ser adotados para esse fim, nas atividades legislativa, administrativa e mesmo na judiciária.

Como ápice da escala há a participação na decisão, que reconduz o cidadão a toda sua plenitude, ao lhe conferir poder para tomar parte na decisão estatal e, por esse motivo, sua instituição somente pode ser feita por lei. Diogo de Figueiredo destaca, com razão, a extrema relevância dessa participação decisória quando as decisões a serem tomadas estiverem no campo da discricionariedade.

Já foram criados vários mecanismos participativos. E a criatividade do administrador ou do legislador pode dar ensejo a outros tantos, ao menos, a outras combinações dos existentes e a seus aperfeiçoamentos, especialmente no tocante às modalidades administrativa e judiciais de participação.

Diogo de Figueiredo¹⁴ arrola treze institutos participativos: a representação política, o plebiscito, o referendo, a coleta de opinião, o debate público, a cogestão de paraestatal, a assessoria externa, a delegação atípica, a provocação do inquérito civil, a denúncia aos tribunais ou conselhos de contas e a reclamação relativa à prestação de serviços públicos.

Agustin Gordillo¹⁵ traçou um rol também extenso do que ele denomina de *“mecanismos de participação da sociedade na administração em contextos democráticos politicamente avançados”*: audiências públicas; lei de informação pública; descentralização do poder político; direito de iniciativa popular; direito de veto popular (Recall); direito de defesa individual e suas projeções; tutela do meio ambiente e do interesse difuso; controles de legitimidade formal e de oportunidade; *“ombudsman”* ou defensor do povo; proteção ao consumidor e ao usuário por meio de instituições independentes.

¹³ Idem, ibidem, p. 89.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 125.

¹⁵ GORDILLO, Agustin. *Participación Administrativa*. RDP, n. 74, ano XVIII, São Paulo: RT, abr./jun. 1985, p. 17/19

Serão tecidos comentários sobre alguns dos institutos de participação administrativa eleitos como mais expressivos.

O primeiro deles é o colegiado público ou conselho, corpo permanente constituído por agentes políticos ou por servidores públicos e por membros da Sociedade, podendo ter funções de aconselhamento ou de decisão. Diogo de Figueiredo descreve com satisfação a adoção pelo Brasil desde a década de 50 desse mecanismo participativo e alerta para a necessidade de se proceder a seu reexame científico.

O citado autor¹⁶ aponta que deve ser abolida “a *discrição governamental na escolha dos participantes da Sociedade*”, daí, vê-se que o caminho a ser adotado é a escolha dos representantes da Sociedade por esta ou por associações que cuidem de eventuais interesses específicos em questão.

Talvez se possa dizer que a versatilidade do colegiado público/conselho seja sua nota marcante, pois pode ser adotado para tratar das mais diversas questões administrativas, em todos os níveis federativos, para fins de consulta ou com poder decisional.

Outro instituto expressivo é o debate público, por ser canal de diálogo entre Administração e administrados, possibilitando uma visão mais completa sobre determinado tema complexo e, por fim, decisões mais legítimas e também mais consensuais.

Mas ressalte-se que seu sucesso dependerá de uma ampla publicidade para que a coletividade realmente participe. Diogo de Figueiredo¹⁷ destaca que o cabimento desse instituto, tanto quanto o da coleta de opinião, está implícito na ordem constitucional. Especificamente quanto ao campo dos serviços públicos, entende ser este um instrumento bastante adequado para a exposição pelos usuários e, por que não, também pelos prestadores dos serviços, dos defeitos, das limitações, das necessidades e das sugestões.

A audiência pública tem essa mesma proposta de ouvir os interessados sobre determinado tema, seja antes de se adotar um projeto político fundamental, ou de se emitir uma regulamentação de caráter geral, ou de se submeter um projeto de lei ao Congresso, ou de se promover o debate público dos projetos legislativos em trâmite¹⁸. Originada nos países anglo-saxões, sua

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 130.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 127.

¹⁸ GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. 17.

prática disseminou-se pelos países democráticos, balizada pelo princípio do devido processo legal., o qual também importa em uma formalidade de seu procedimento.

A reclamação relativa à prestação de serviços públicos é mais um instituto participativo que se constitui em uma clara demonstração do intuito da Constituição Federal em integrar os cidadãos na prática do poder, auxiliando os Poderes Instituídos no cuidado da coisa pública. Tendo assento no art. 37, §3º, I do Texto Magno, alterado pela Emenda Constitucional (EC) nº 19/98, no *caput* do artigo foi prevista a necessidade de lei para disciplinar as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta. Sobre o advento da aludida lei tratar-se-á mais detalhadamente na Parte III deste estudo.

O *Ombudsman* é um instituto cuja função é servir como ponte entre administrados e Administração Pública, vez que se trata de um agente independente para o qual os cidadãos apresentariam suas reclamações e sugestões, *v.g.*, sobre determinado serviço público prestado, sobre ineficiência da atuação de determinado órgão público, e sobre ilegalidades e abusos de poder, em geral, para serem objeto de recomendações encaminhadas ao Poder Público.

De origem sueca, tendo sido desenvolvido em 1809, significa etimologicamente homem de direito, homem que tem o direito de representar alguém¹⁹. Recebeu várias denominações nos diversos países em que foi implantado, tais como defensor do povo, ouvidor-geral, ou Corregedor Administrativo, *Procurador General*, *Médiateur*, Procurador dos Direitos Humanos, *Prokuratura* e Comissário Parlamentar. A relevância desse instituto na tutela dos interesses dos cidadãos está relacionada, além da independência do próprio órgão de influências políticas, à possibilidade de agir contra os chamados, pela doutrina francesa, atos de “*má administração*”, que não seriam atos ilegais, mas seriam falhas como atrasos, omissões e desatenções no atendimento de uma necessidade do cidadão normalmente carentes de mecanismos de controle.

Ademais, a ausência de rigorismo para a apresentação de reclamações ao *Ombudsman*, a ampla divulgação de seus atos e a obrigatoriedade de as autoridades cooperarem no desenvolvimento da missão de sua missão, sob pena de responsabilização, são outras virtudes do instituto.²⁰

¹⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 64/65.

²⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 237/238.

Embora se fale em *Ombudsman*, compreendendo-o como órgão único para controle da atuação genérica da Administração Pública, em seu próprio berço, a Suécia, esse instituto multiplicou-se, pois foram criadas algumas formas específicas de *Ombudsman*, como o Antitruste, o para a imprensa e o para o consumidor²¹.

A forma de designação do *Ombudsman* é algo que não encontrou uniformidade nos países que o adotaram. A experiência sueca, já que concebeu o *Ombudsman* para controle da Administração Pública, vinculou-o ao Parlamento, a quem deve prestar contas.

Mas os países diversificaram esse modo de designação, havendo, os que admitem a designação pelo Poder Legislativo, sem interferência do Poder Executivo, como Suécia, Finlândia, Dinamarca, Espanha, Portugal e Argentina; os que admitem a designação pelo Legislativo mediante propostas do Poder Executivo, como em Quebec, Canadá; os que a admitem pelo Poder Executivo, por propostas do Poder Legislativo, como Austrália, Filipinas, França, Peru e Venezuela.²²

Para Gordillo²³, a nomeação do *Ombudsman* pelo Poder Executivo (*Ombudsman* Executivo) não auxiliaria no desenvolvimento da participação cidadã. Trata-se, mesmo, de opção mais lógica e parece que, mais eficaz para os propósitos de controle da Administração Pública, ser o *Ombudsman* designado por outro Poder que não o que o nomeou, daí a opção pelo Poder Legislativo, que fiscalizaria o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Não obstante nos dois séculos de sua existência o *Ombudsman* tenha ganho relevo, face aos benefícios gerados por sua instituição, sua disseminação e solidificação no mundo ainda encontra resistências.

Gordillo²⁴, consciente da importância da instituição de ouvidores para a democracia, defendeu, na década de 80, sua instituição também na Argentina e, contrário a opiniões que reconheciam a virtude de sua implantação em um estágio posterior, replicou afirmando não haver racionalidade nas mesmas, apenas conteúdo emotivo preenchido pelo medo da mudança, pelo conformismo e por um pensamento autoritário inconsciente.

²¹ BARACHO, José Alfredo de. Op. cit., p. 65/68.

²² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 245/246; GORDILLO, Agustin. Op. cit., p. 19.

²³ GORDILLO, Agustin. Op. cit., p. 19.

²⁴ Ibidem. Um "*Ombudsman*" para a Argentina: Sim, mas..." RDP, n. 75, ano XVIII, São Paulo: RT, jul./set. 1985, p. 81.

Álvaro Gil Robles²⁵ também se referiu a esse receio e ironia de políticos e juristas quando da instituição do *Ombudsman* na Espanha, gerados pelo desconhecimento das virtudes do instituto, hoje convertidos em alto índice de aceitação popular.

No Brasil já existem algumas experiências de Ouvidorias nos níveis municipal, estadual e federal, salientando-se sua implantação na estrutura de algumas agências reguladoras. Todavia, nos moldes do *Ombudsman* sueco, ainda não se obteve êxito em sua implantação no ordenamento pátrio, não obstante algumas tentativas. Talvez se possa afirmar que a pioneira tenha sido empreendida pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, moldando no art. 56 a figura do *Defensor do Povo*.

Vejamos os termos do histórico dispositivo proposto²⁶:

“Art. 56 É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, 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 a sua correção ou punição.

§1º O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção de providências requeridas

§2º Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo observados os seguintes princípios:

I. o Defensor do Povo é escolhido em eleição secreta pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados entre candidatos indicados pela sociedade civil, e de notório respeito público e reputação ilibada com mandato renovável de cinco anos;

II são atribuídos ao Defensor do Povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

III. as Constituições estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo de conformidade com os princípios constantes deste artigo.”

²⁵ Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 238.

²⁶ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 431; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 247/248.

Não foi adotada essa proposta do anteprojeto na Assembleia Constituinte e, ao final, foram atribuídas as funções que seriam do *Ombudsman* ao Ministério Público, a quem cabe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do regime democrático e da ordem jurídica (art. 129, II, CR/88).

Em razão dessa subsunção de funções e de órgãos, há quem entenda ser desnecessária a criação do *Ombudsman*, como Marcos Juruena, que crê serem demagógicos os impactos de sua criação, além de aumentarem a despesa pública²⁷ e Diogo de Figueiredo²⁸, que alude à maior eficácia que tem no Brasil a existência do Ministério Público, em razão do preparo profissional de seus membros, de sua tradição, de sua presença difundida em todo o território nacional e de sua vocação de defesa dos interesses indisponíveis. Pensa este autor, também, que a instituição do *Ombudsman* acarretaria a concorrência de competências com o Ministério Público. O pensamento de Maria Sylvia Z. Di Pietro²⁹ coincide com o do mencionado mestre na crítica à criação de vários órgãos com funções assemelhadas, mas é mais contundente ao dizer da necessidade da criação de um único órgão que produza resultados significativos.

Com cerca de 20 anos de idas e vindas na implantação do *Ombudsman* no Brasil, é fundamental que o debate se aprofunde e que se expanda o experimentalismo democrático, como muito bem sugeriram Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer, com a instituição de ouvidorias eficientes.

De qualquer modo, é importante que sejam trazidas a lume as recomendações de Regina Ferrari³⁰ com vistas a que a instituição do *Ombudsman* pressuponha a designação de pessoa não afeita a interesses político-partidários, que seja independente, que haja um período determinado para o desempenho dessa função e, finalmente, para que suas resoluções não venham a competir com o Poder Judiciário, que não tenham força de coisa julgada.

Tendo sido comentados alguns importantes mecanismos participativos, há que se voltar para uma questão subjacente: a eficácia vinculatória dos resultados dos mecanismos participativos.

²⁷ SOUTO, Marcos Juruena V *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 245.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 96.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Participação Popular na Administração Pública*. RDA, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar 1993, p. 37 e 39.

³⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 237.

Há de se admitir, contudo, que há temperamentos necessários para essa questão da participação vinculatória, pois não são todos os mecanismos aptos a tanto.

As deliberações pelos colegiados e pelas audiências públicas devem necessariamente ser vinculatórias, diferentemente das coletas de opinião ou consultas públicas, que, para terem esse efeito, exigem previsão legal. Mas o que seria essa eficácia vinculatória de seus resultados? No magistério de Diogo de Figueiredo³¹, não ser vinculatório, ou seja, facultativo, significaria ser objeto de avaliação discricionária, ao passo que vinculatório teria o efeito de constituir a vontade, ser ato necessário, condicionando o ato final da Administração Pública, com a introdução de “*um órgão popular de decisão*”, reduzindo o poder decisório do Poder Executivo.

Até que ponto é suficiente a promoção de mecanismos participativos se a Administração tem sempre a palavra final e, em vez de adotar uma decisão administrativa fruto da contribuição da sociedade em um momento de exercício democrático opta por executar determinada política ou por não alterar determinado anteprojeto de lei?

Aí estariam sendo fictícios os momentos democráticos e a sociedade estaria sendo ludibriada porque estaria sendo legitimada determinada proposta apenas na forma, contando com uma participação popular que, ao final, no ápice do momento participativo, na formulação da decisão concreta, é desprezada e, talvez poder-se-ia dizer, usada pelo poder.

Fernando Herren Aguillar³² atentou para essa questão, bem como Fabiana de Menezes Soares³³, que acentuou ser amesquinhado o *princípio participativo* com a mera influência ou a consulta descompromissada.

Do exposto, vê-se que o caminho da participação popular é tão conturbado quanto o da democratização. Suas dificuldades são em grande parte coincidentes, mesmo porque o princípio participativo é um subprincípio do postulado democrático.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 126 e 128.

³² AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.. 219.

³³ Apud MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Dissertação não publicada, apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, p. 161.

Malgrado tais dificuldades, naturais de regimes políticos de tessitura complexa, como a democracia, com vistas a um impedimento de ampla inclusão da Sociedade no exercício do poder, superdimensionam-se as dificuldades para a implantação de mecanismos participativos.

Os motivos mais comumente alegados dizem respeito a aumento de burocracia, de custos e de ineficácia que a adoção de mecanismos participativos supostamente traria. Todavia, cabe aí a advertência de Agustin Gordillo³⁴ no sentido de que esse falso argumento é usado por governos autoritários para justificar sua superioridade sobre os democráticos. Além disso, não há comprovação quantitativa de um aumento estrondoso no gasto público com a implantação de mecanismos participativos e, sobretudo, considerado o resultado final, o órgão participativo demonstra-se mais eficiente e eficaz do que o não participativo, tanto pela exposição plural dos interesses em jogo, quanto por evitar gastos públicos dispendiosos e desnecessários.

Enfim, trata-se de preconceito, de *medo de mudança*, resgatando a expressão de Agustin Gordillo, de desconhecimento sobre os benefícios das propostas participativas e de propositada falta de vontade política derivada da tendência hipertrófica do poder.

Assim como não há um modelo ideal de democracia participativa, no sentido de uma única forma que necessariamente inserirá a Sociedade em um caminho de felicidade política, tampouco há um ideal de participação popular.

Não há fórmula mágica para a participação popular. Mas certamente, são elementos fundamentais para que seja alcançada a pluralidade de participantes, de mecanismos, a valorização e o estímulo da participação popular, a conferência de peso às manifestações dos participantes, o investimento na formação dos cidadãos, a disponibilização de meios, inclusive tecnológicos, para que exponham suas opiniões.

E um cuidado fundamental a ser tomado para que a participação seja real via de acesso à democracia é, conforme frisou Diogo de Figueiredo³⁵, a “*preservação da opção crítica*”, “*diversificada, negociada e tolerante*”.

³⁴ GORDILLO, Agustin. Op. cit., p. 20.

³⁵ MOREIRA, Diogo de Figueiredo. Op. cit. P. 20.

3. O CONTROLE SOCIAL

O controle do poder estatal é uma preocupação constante no mundo moderno. Existe a convicção generalizada de que a autoridade investida de poder não pode se exceder, porque suas arbitrariedades podem ocasionar sérios prejuízos.

A dinâmica dos freios e contrapesos estabelecidos na organização dos poderes dos Estados, através da contenção de poder pelos Poderes do organismo estatal, é uma resultante dessa convicção, que se desenvolveu a partir de uma *concepção social do poder, com vocação metaindividual*, na expressão de Diogo de Figueiredo³⁶.

Na evolução das ideias sobre a origem do poder estatal reside a ideia do controle. Deve-se ter a consciência de que, ao se atribuir poder a um organismo, a tendência é ele desejar reunir mais poderes, até que se torne hipertrofiado. Por isso, os mecanismos de controle devem ser eficientes e, necessariamente, acompanhar a destinação de novos poderes. Devem ser forças perpendiculares o controle e o poder. Além do excesso do poder atribuído, também há o vício do poder arbitrário, que excede os limites legais e constitucionais.

A conquista do Estado de Direito gerou o milagre da submissão do Estado à lei que produz. Outrossim, a conquista do Estado de Direito Democrático somente pode ser afirmada mediante o reconhecimento da importância do controle, da contenção do poder, que protege os direitos individuais face ao próprio Estado.³⁷

Um poder que se pode controlar e ajustar quando desconforme com os limites legal ou constitucionalmente traçados é um poder que se apresenta legítimo e relacional. Weber³⁸ aponta para uma concepção relacional de poder entre governantes e governados ao fundá-lo não na força ou na violência, mas em algo exterior aos governantes, que seria a aceitação dos governados.

Repare-se que tal aceitação da autoridade estatal, a qual demonstra a legitimidade do poder, reside no consentimento dos cidadãos. Sem o consentimento do corpo social, qualquer ordem que se possa instituir será autoritária, pois estará submetendo ilegitimamente.

³⁶ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* P. 03/04.

³⁷ *Idem, ibidem.* P. 93.

³⁸ Apud LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 169

Mas antes de se refletir mais detidamente sobre o controle social, não se pode olvidar a advertência do Prof. Pedro Paulo de Almeida Dutra³⁹ no sentido de que todos os que abordam o tema “controle” devem proceder à investigação de seu significado. Ou seria melhor dizer “seus significados”? É no aludido autor que se obtém o esclarecimento inicial para o enfrentamento das controvérsias existentes. Ele afirma que estas residem no grau de influência que o controlador exerce sobre o controlado, consistindo nessa influência desde uma simples “verificação” até uma “dominação” do controlado pelo controlador, ambas se realizando por meio de uma “operação”.

Como exemplo de uma concepção de controle como verificação, pode-se trazer à baila o conceito de Durupty⁴⁰, para quem controle seria *“um conjunto de processos permitindo verificar a regularidade do funcionamento das unidades às quais se aplica”*.

Já Dubois⁴¹ concluiu, no evoluir de seus pensamentos, que a ideia de controle supera a de vigilância permanente para realmente se identificar com a de comando, de dominação sobre todos os elementos essenciais da gestão, quer poderes jurídicos, quer homens, bens ou capitais. Em Eisenmann⁴², para quem controle é operação, colhe-se que *“Um controle é a operação que consiste em verificar se os objetos concretos estão conformes ou não com o esquema ideal de um objeto correto, tal como é definido por uma norma que pode ser chamada de norma de controle”*.

Em Fábio Konder Comparato⁴³ se encontra um entendimento bipartite de controle, no sentido de que, em uma acepção fraca, controle seria o acompanhamento e a fiscalização da conduta, para verificar os requisitos necessários e os fins adequados, ao passo que, em uma forte, controle seria a própria determinação do conteúdo da conduta, com a escolha dos fins a serem alcançados e dos meios a serem adotados.

³⁹ ALMEIDA DUTRA, Pedro Paulo de. *Controle de empresas estatais – uma proposta de mudança*. Ed. Saraiva, 1991, p. 102/111.

⁴⁰ Apud ALMEIDA DUTRA, Pedro Paulo de. Op. cit., p. 106.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 110.

⁴² Idem, ibidem, p. 106.

⁴³ Apud JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 28/29

Percebe-se que há uma correspondência com as ideias apresentadas pelo Prof. Pedro Paulo de Almeida Dutra sobre controle-verificação e controle dominação.

Já tendo sido situada a problemática relativa aos significados de controle, retorne-se a uma outra: a imprescindibilidade do controle social da Administração Pública face ao visível desgaste de seus mecanismos tradicionais de controle

A Prof.^a Odete Medauar⁴⁴ ressalta a *“descrença genérica quanto à eficácia e operacionalidade da fiscalização parlamentar”* e o paradoxo entre *“a relevância da função de controle do Legislativo e a escassez de resultados dessa atuação”*.

A autora indica duas supostas justificativas para essa circunstância:

“Falta de interesse político na realização concreta e eficaz da vigilância, para não desagradar ao detentor do Poder Executivo; ausência, em geral, de sanção, pois nem o Congresso, nem suas comissões podem anular ou modificar atos administrativos ou aplicar sanções a administradores.”

Se as formas de controle estatal estão enfraquecidas, com vigor está o controle social. Merece citação, ainda, Paulo Roberto Ferreira Motta⁴⁵:

“Sobre este denominado controle social, alguns tópicos devem ser desenvolvidos. Sem a menor sombra de dúvida, e as repetidas experiências pelas quais vem passando a sociedade brasileira assim o demonstram, o mesmo, sem qualquer demérito aos demais, vem se constituindo no mais efetivo e eficaz controle, eis que diretamente exercido pela cidadania, com custos relativamente baixos, geralmente suportados pela própria sociedade, notadamente no trabalho investigatório que vem sendo procedido pelos meios de comunicação social.”

Percebe-se que valorizar o controle social não se constituiu em luxo, ou em despropósito, mas uma urgência. Logo, há que se lançar à sua análise.

⁴⁴ Medauar, Odete. *Direito administrativo moderno, de acordo com a EC 19/98*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 1999, p. 426/427.

⁴⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Op. cit., p. 154.

Há uma concordância geral de que o controle social é um direito do cidadão no exercício de seus direitos cívicos, ou de seus direitos de liberdade. Carlos Ayres Britto extrai daí que a consideração do controle social como direito de cidadania, nos moldes traçados pela Constituição de 1988, é um direito público subjetivo, tendo como correspondente um dever estatal.

Vanice Regina Lírio do Valle⁴⁶, citando o aludido autor, parte desse pensamento para dizer que decorreria um duplo efeito dessa natureza: o dever de a Administração dar resposta ao administrado sobre seu requerimento e o correspondente direito de o administrado receber tal resposta. Talvez se possa dizer, simplesmente, que o efeito seja bilateral.

Fabiana de Menezes Soares⁴⁷, além de sustentar a natureza de direito subjetivo do controle popular, afirma ser este também um direito fundamental e que não há antagonismo algum em considerar-se a participação popular como poder político e como direito fundamental positivado na Constituição de 1988. Assevera que o direito fundamental do exercício da soberania seria esvaziado caso o controle popular fosse inviabilizado, de modo que é necessário que este seja operacionalizado.

O controle social é, mesmo, forma de manifestação do poder da sociedade e um direito fundamental, com a grandeza que essas duas esferas concentram. Há de se deixar bem claro que esse poder político não possui menos valor do que o poder concentrado nas mãos dos legisladores, governantes e juízes. Não é secundário, mas original. Não é faculdade, mas reside fundamentalmente no Estado o dever de proporcionar meios para seu exercício pelos cidadãos.

Interessante considerar, neste momento em que se lançam algumas luzes sobre o controle social, as meditações de João Féder⁴⁸ sobre as relações complicadas entre Estado e Poder:

“A imaginação humana tem projetado vários modelos de Estado, apesar do que continuamos em busca do chamado

⁴⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Controle social: promovendo a aproximação entre administração pública e a cidadania*. In Prêmio Serzedello Correa, Monografias Vencedoras. Tribunal de Contas da União, p. 84, 112.

⁴⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo da Participação. (Cidadania, Direito, Estado, Município)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 77/78.

⁴⁸ FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 17.

Estado Ideal. Aqui propomos que um dos primeiros elementos para se chegar ao Estado Ideal é despir de poder o Estado, embora muitos sustentem que o Estado e poder não são uma dicotomia e sim uma unidade. A institucionalização das relações abre caminho à formação do poder puro. Para se subtrair aos seus efeitos negativos, não há outro meio, se quisermos manter as vantagens das relações ampliadas, senão aceitar uma hierarquia legítima e respeitosa dos direitos de cada um: é a isso que corresponde a lógica da autoridade. Para essa autoridade, cujo principal problema está precisamente em ser legítima e respeitosa, Max Weber designa três fontes: a tradição, o chefe carismático e a razão. Nesta última, única a se justificar nos dias de hoje, a razão levaria a sociedade a instituir e a aceitar a autoridade por ser, em face da necessidade do Estado, uma solução vantajosa. Essa solução só é vantajosa na medida em que a autoridade se exerça não apenas respeitosamente; é imperioso que a própria autoridade hoje é apenas o Estado investido no seu ofício de servir. E que isso não é o caminho da anarquia, mas de uma sociedade legitimamente organizada.”

O fragmento da obra de João Féder⁴⁹ já denuncia sua firme convicção no povo como titular do poder e o Estado, como servo da Sociedade, como detentor de funções, na esteira do pensamento de Duguit. Essa ideia de “deveres atribuídos ao Estado” modificaria substancialmente sua relação com o arbítrio, com a “arrogância” e com a hipertrofia do poder. Para o aludido autor, o Estado ideal estaria nessa trilha.

O controle social é preventivo, corretivo e também propositivo. Especialmente a constatação dessa última característica já é bastante para evidenciar que, na controvérsia trazida por Carlos Ayres Britto⁵⁰ sobre diferenciar-se a participação popular do controle social, a opção adotada neste estudo é no sentido de o controle social ter identificação quase total com a participação popular, pois a fiscalização popular do exercício do poder deve ser a via mais aberta nos regimes democráticos representativos.

Ao mesmo tempo, com a ampliação do leque de formas de inclusão social no exercício do poder, possibilitando uma participação popular no proces-

⁴⁹ Idem, ibidem, p. 181/218.

⁵⁰ Apud VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 84.

so formativo da decisão, aumenta-se o controle do poder. Enfim, com maior participação maior se torna o controle social.

Vanice Regina do Valle⁵¹ aceita a aproximação entre controle social e participação popular, tendo em vista as técnicas de colaboração e cooperação na Administração Pública, mas não aceita que as citadas figuras se confundam. Toma a participação popular por gênero de que o controle social é espécie. Embasada em Carlos Ari Sundfeld, diz que não se trata o controle social de mera ação corretiva de atos já executados. Tampouco é propriamente exercício do poder e que há um processo de retroalimentação entre as duas categorias citadas.

Como uma decorrência das ideias relacionadas que tem a democracia participativa como elemento de propulsão, controle social é forma de exercício de poder político. Afinal, como poderia ser uma espécie do gênero participação popular se não coincide com esta em sua característica básica, que se centra no poder? Que interação profunda existiria entre essas categorias se a meta fosse apartá-las? A autora⁵², com acerto, afirma que o controle social ganhou impulso com a Carta Magna de 1988, especialmente tendo em conta a previsão do princípio da transparência.

Como dispositivos constitucionais que preveem a transparência no agir estatal, destacam-se, entre outros, os arts. 31, §3; art. 150, §5º, art. 162, e o art. 165, §3º. Na verdade, a própria cidadania ganhou espaço no Brasil com a atual Constituição.

Sem transparência não há controle, tampouco democracia. Dessa forma, para que o controle social produza resultados é importante que a Administração não só disponibilize a informação, mas torne facilitado esse acesso, utilizando também a mídia tradicional e a eletrônica, além dos meios oficiais.

Se a clareza das informações é, em parte, suprida, pela formação educacional do cidadão, por outro, ela pode necessitar de uma “tradução” dos dados técnicos. A dificuldade de compreensão, que é uma forma de dificuldade de acesso, de negação da transparência, deve ser paulatina e incansavelmente superada para que os cidadãos se sintam estimulados a integrar o movimento participativo. A inclusão digital também tem sido frequentemente citada como fator importante para integrar o cidadão à ação do Estado. Mas,

⁵¹ Idem, ibidem, p. 85/86, 91.

⁵² Idem, ibidem, p. 82.

desacompanhada do processo educacional formal, não tem muito sentido.

As ideias apresentadas neste estudo têm como subjacente a cidadania evolutiva. Esta engloba também uma postura ativa do cidadão em relação ao Estado e isso, obviamente, está presente no controle social.

Se em um momento a Administração fornece as informações que passivamente o cidadão recebe, em outro é o cidadão que deve agir, apresentando *“demandas, seja de esclarecimentos controladores – sugestões de modificação no processo decisório, nos parâmetros aplicados, ou mesmo do conteúdo do que já se tenha assentado”*⁵³. Aí reside uma cooperação entre cidadão e Estado, partilhando certas responsabilidades.

Ressalte-se que se se defende um controle social mais efetivo não somente por se acreditar nas virtudes da democracia participativa, mas também por não estarem apresentando as modalidades estatais de controle os resultados esperados. Corrupção, desvios e mal empregos de verbas e de bens públicas, políticas sociais e distribuição de renda ineficientes, gerando uma população empobrecida e malformada são visíveis no Brasil e diariamente divulgados pela imprensa.

A pandemia do novo Coronavírus, que em 2020 e, ainda hoje, tem levado a humanidade a lamentar a perda de quase dois milhões e meio de pessoas, evidencia o descontrole e corrupção no uso de verbas públicas para combate à doença, de auxílios monetários emergenciais, pagos a parcelas empobrecidas da população, e má gestão na aquisição, distribuição de fármacos e aparelhos/insumos médicos e divulgação transparente de informes sobre prevenção ao contágio, que contribuíram para aumentar a ineficiência no combate à epidemia, bem como nas crises sociais e financeira que acompanham esse fenômeno em escala mundial.

Vanice Regina do Valle⁵⁴ e Arildo Oliveira sustentam a coexistência das modalidades estatal e social de controle⁵⁵. Ela afirma a razoabilidade de um auxílio entre ambas, com o suprimento por uma de deficiências de outra, no que não é contrariada por este autor, o qual acrescenta que o controle social seria importante fonte de informação pois o controle estatal não é onipresente.

⁵³ Idem, ibidem, p. 108.

⁵⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 110.

⁵⁵ OLIVEIRA, Arildo. *Controle social: perspectivas para a fiscalização popular da Administração pública no Brasil*. In Monografias Vencedoras. Prêmio Serzedello Correa. Tribunal de Contas da União, p. 194.

Onde está o Estado deve estar o controle social. Onde quer que o Estado atue, o controle social deve existir.

4. APONTAMENTOS FINAIS

As linhas finais deste teto buscam evocar a participação popular como poder político e direito inafastável do cidadão hodiernamente. Para controlar o poder hipertrófico e se obter uma legitimação do poder estatal o corpo social deve ter lugar atuante, para além do direito ao voto.

Dificuldades para a implantação de mecanismos participativos não devem obstar sua busca e a aceitação prévia da inexistência de um modelo ideal de democracia participativa, no sentido de uma única forma que necessariamente inserirá a sociedade em um caminho de felicidade política, é um ponto de partida fundamental para a participação popular como regra.

Pensar a participação popular como controle social e vice-versa, tendo ambos como preventivos, corretivos e propositivos auxilia no desenvolvimento de ideias a respeito de sua efetivação.

O século XXI oferece desafios crescentes para as sociedades, governos e toda forma de organizações coletivas, com recursos naturais escassos e sua divisão desigual entre os continentes, com recursos tecnológicos que podem tanto unir quanto aprofundar as diferenças e as dificuldades educacionais, políticas, sociais e financeiras de sempre.

A pandemia do Novo Coronavírus provocou uma corrida mundial em prol de imunização da população e uniu o globo também pelo sofrimento causado por mortes na escala de dois milhões e meio de pessoas, trazendo a público descontrole e ineficiência do governo em gastos públicos e em gestão da (s) crise (s). Onde estão mecanismos de controle neste momento?

Reflexões acerca da pluralização do debate sobre participantes do fenômeno político e de mecanismos participativos, da manutenção e melhoria do acesso às informações e à educação significam enaltecer uma Administração Pública Democrática e, em última instância, o próprio Estado Democrático de Direito. A cidadania precisa ser oxigenada com o estímulo ao seu exercício, sendo “cidadania evolutiva”, de forma que a pluralidade de participantes é que contribuirá com o avivamento da Democracia.

AMARO, Fernanda Pereira. Reflexões sobre a “cidadania evolutiva” e o Estado Democrático de Direito na atualidade. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 200-226, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA DUTRA, Pedro Paulo de. *Controle de empresas estatais – uma proposta de mudança*. Ed. Saraiva, 1991.

BARACHO, José Alfredo de O. *Teoria Geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 85, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, jul. 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Participação Popular na Administração Pública*. RDA, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar 1993.

FARIA, Cláudia Feres Faria. *Democratizando a relação entre o poder público municipal e a sociedade civil: o orçamento participativo em Belo Horizonte*. Dissertação não publicada, apresentada ao Curso de Mestrado em Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do Professor Leonardo Avritzer. Belo Horizonte, 1996.

FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão*. In GARCIA, Maria (coord). *Democracia hoje. Um modelo político para o Brasil*. São Paulo: Celso Bastos editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

GORDILLO, Agustin. *Participación Administrativa*. RDP, n. 74, ano XVIII, São Paulo: RT, abr./jun. 1985.

_____. *Um “Ombudsman” para a Argentina: Sim, mas...”* RDP, n. 75, ano XVIII, São Paulo: RT, jul./set. 1985.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno, de acordo com a EC 19/98*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.

MODESTO, Paulo. *Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 7, outubro de 2001. Disponível em www.direito-publico.com.br. Acesso em agosto de 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa – Administrativa – Judicial: (Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia)*. – Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Dissertação não publicada, apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000.

OLIVEIRA, Arildo. Controle social: perspectivas para a fiscalização popular da Administração pública no Brasil. In Monografias Vencedoras. Prêmio Serzedello Correa. Tribunal de Contas da União.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo da Participação*. (Cidadania, Direito, Estado, Município). Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena V. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle social: promovendo a aproximação entre administração pública e a cidadania. In Prêmio Serzedello Correa, Monografias Vencedoras. Tribunal de Contas da União.

Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (*Narrowing* dos Precedentes em Relação ao Termo Inicial dos Juros na Reparação do Dano Extrapatrimonial)

*REREADING OF PRECEDENT 54 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(NARROWING OF THE PRECEDENTS IN RELATION TO THE INITIAL TERM OF
INTEREST IN THE REPAIR OF OFF-BALANCE SHEET DAMAGE)*

Cássio Benvenuti de CASTRO¹

- **RESUMO**

O presente estudo tem por objetivo analisar criticamente a aplicação da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. A metodologia de trabalho compara o entendimento das funções da jurisdição, levando em consideração a época em que publicado o enunciado em cotejo ao momento atual. No Estado Constitucional, os juros moratórios já estão embutidos no arbitramento judicial, até a data da sentença. Logo, esse indexador deve começar a contar a partir do ato sentencial.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Processo Civil; Precedente; *Narrowing*; Releitura.

- **ABSTRACT**

The present study aims to critically analyze the application of Precedent 54 of the Superior Court of Justice. The work methodology compares the understanding of the functions of the jurisdiction, by considering the time when the statement was compared to the present moment. In the Constitutional State, the default interest is already embedded in judicial arbitration, up to the date of the sentence. Therefore, this indexer should start counting from the sentence.

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul.

• KEYWORDS

Civil Procedure; Precedent; Narrowing; Rereading.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça sucedeu inúmeros julgados até resultar no achado da Súmula 54 que estabelece: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. As decisões ameadas para a convergência sumulada são datadas do primeiro quartel dos anos de 1990, época em que *ainda não estavam nítidas* as implicações decorrentes da Constituição na teoria e na prática da tutela jurisdicional – sequer a terminologia precedente estava bem apreendida².

O ensaio parte da análise dos fundamentos determinantes das decisões que foram compiladas para resultar na Súmula 54, em especial, assinalando o contexto propedêutico da jurisdição que alavancou tais precedentes. Na época, a jurisdição meramente *declarava ou explicava* os textos legislativos. A observação dessas questões é confrontada com a metodologia da decisão judicial que atualmente se estrutura por uma jurisdição que *concretiza a norma do caso concreto para entregar a tutela do direito da melhor forma possível*. Em resumo, a jurisdição transitou de um *conceito declaratório e subserviente* ao legislativo para assumir uma *função concretizadora da norma do caso* e que também elabora *precedentes*, transcendem os lindes processuais subjetivos, o que adensa a reflexão sobre base de cálculo da indenização e se reflete sobre o termo inicial da incidência dos juros – em especial, no caso da in-

² Naquela época, as decisões não deixam de ser formalmente consideradas jurisprudência com um grau de vinculatividade razoável em termos horizontais e verticais. Porém, desde o início do presente trabalho, é utilizada a terminologia *precedente* por dois motivos: em primeiro lugar, porque “por sobre a Súmula 54” e “ao encontro da Súmula 54” diversos *precedentes qualitativamente* robustecidos apresentam a força vinculativa conferida pelo Estado Constitucional e desenvolvida pela jurisdição, cujo escopo é a tutela dos direitos; em segundo lugar, esses verdadeiros precedentes *mais recentes* ratificaram ou ajudam a delimitar as razões determinantes das decisões que a “jurisprudência de outrora alinhavou para a convergência na Súmula 54 do STJ”. Não ocorre um prejuízo semântico ou técnico – apenas é necessário ressaltar a transição de um modelo de Estado e de Jurisdição, tudo isso como a manutenção de uma Súmula que completa aniversário de 30 anos. A maneira como se entende o direito modifica toda a vinculatividade das próprias fontes.

denização por dano extrapatrimonial, tudo indica não ter sido cogitada nos julgados dos anos 1990, tampouco nos que lhes seguiram.

Assentado que a jurisdição concretiza normativamente o dever de responder pelos danos extrapatrimoniais, por conseguinte, também ninguém discorda que o juiz é que arbitra o montante da indenização. A proposta da releitura da Súmula 54 do STJ, então, é resultante da autorresistência desse enunciado e dos precedentes supervenientes que dele se valem, porque uma perspectiva da jurisdição que leva em conta uma reconstrução da ordem jurídica e da própria *base de cálculo a ser indenizada se reflete, necessariamente, no elemento acessório que serve para a indexação – em se tratando do dano extrapatrimonial, trata-se de reexaminar o termo inicial dos juros que incidem sobre o montante da dívida*. Ele repercute os efeitos do novo contexto da jurisdição constitucionalizada.

Se outrora o Superior Tribunal de Justiça decidiu inúmeros casos e determinou o termo inicial dos juros moratórios para a finalidade de uma reparação integral, isso também ocorre na atualidade. Com o detalhe de que a jurisdição contemporânea agora desempenha outra função, mais dinâmica e valorativa, o que repercute sobre a *base de cálculo e sobre o termo inicial da fluência dos juros na indenização por dano extrapatrimonial de uma maneira diferenciada daquela outra* – em resumo, os juros moratórios atuam de maneira *prospectiva* à concretização da norma do caso concreto.

1. A PERSPECTIVA CONCEITUAL DA JURISDIÇÃO

Os enunciados ou súmulas das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas raramente decorrem do julgamento de um único caso. A jurisprudência reúne uma série de decisões que sedimentam a compreensão do direito – salientando que a norma é produto da interpretação no Estado Constitucional. Nessa energia que a súmula, em semelhança ao verdadeiro “processo social e institucional” de formação de um enunciado normativo, encerra diversos entendimentos limítrofes e, por vezes, contraditórios, mas que refletem a composição democrática das vinculações, persuasões ou dissonâncias que emprestam consistência ao direito oriundo do seio judiciário³.

³ “O fenômeno nada teria, em si, de surpreendente. O Direito, realidade cultural, coloca-se, tal como a língua, numa área de estabilidade marcada. As verdadeiras mudanças são len-

A Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça está para completar trinta anos desde a publicação⁴. No cotejo ao antigo ou ao atual Código Civil, ela

tas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica”. CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito” de CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX.

⁴ Importante assentar que a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça provém de um ambiente cultural em que a Corte de vértice fazia jurisprudência e o conjunto de decisões similares eram abarcados por súmulas persuasivas – assim se mantinha em evidência a supremacia do texto da lei no Estado Legislativo. Existe uma discussão sobre a vinculatividade de súmulas ou precedentes na transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. O presente ensaio parte do pressuposto dogmático de que os art. 489, §1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são normas gerais transeitoriais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil em todas as esferas jurídicas. Assim que a jurisdição se reforça juspoliticamente nessa *transição da jurisprudência para o precedente*, o Estado Constitucional atualmente considera a decisão do STJ um precedente vinculativo no sentido forte. A questão assumiu foros institucionais para respaldar a consistência do direito por intermédio do discurso argumentativo da Cortes Supremas – o STF e o STJ. A pesquisa trabalha com a noção de precedente, ou seja, trata-se de um julgamento qualitativamente diferenciado que fundamenta a decisão do caso, mas também confere sentido e unidade ao direito (esses dizeres chegam a estarem escritos na “missão do STJ”, no pórtico de entrada dos prédios, em Brasília). MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1269. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*. Ainda que se alegue que a Súmula 54 do STJ é um rescaldo de um apanhado de *jurisprudências sem valor vinculante forte*, é necessário considerar o seguinte: *a partir dessa súmula, o STJ firmou diversos precedentes* (conforme o Estado Constitucional), que praticamente repetem a *ratio decidendi* já avistada nos acórdãos que aparelharam a súmula. Logo, há *uma solução de continuidade no adensamento jurídico da tese à qual ora se postula um estreitamento (narrowing)*. Marinoni comenta precisamente que a súmula é um enunciado abstrato que não se qualifica como precedente. “O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca da questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial”. Mais adiante o autor assinala que “a legitimidade da coisa julgada não pode ser confundida com a legitimidade do *stare decisis* ou do precedente com força obrigatória”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revis-

parece singela e perene ao enunciar que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Porém, nessa literalidade, é possível antever a importância de uma diatribe *conceitual* – o dano a ser indenizado em responsabilidade contratual ou os danos a serem indenizados em responsabilidade extracontratual (aquiliana) foram examinados enquanto elementos centrais das decisões.

De tal modo, questiona-se: a sistematização entabulada pela Súmula 54 do STJ abarca os chamados *novos danos* decorrentes com a previsão e com a proteção de *novos direitos* que o sistema jurídico prevê?

Aparentemente, a leitura dos acórdãos que anteciparam a publicação do enunciado permite identificar a racionalidade de um contexto decisório conceitual. Ou melhor, a essência que propulsionou a súmula (os fundamentos determinantes da jurisprudência) é referente a uma hipótese (contratual) de o ilícito poder prever um termo inicial para os juros e a outra hipótese (extracontratual) de ilícito não prever esse termo inicial. Importante considerar que *em nenhum momento o foco* dos julgados que aparelharam a Súmula 54 do STJ esteve apontado para o arbitramento do dano extrapatrimonial tampouco para a respectiva indexação.

Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial número 3.766-RJ (DJ 28-10-1991), o Superior Tribunal de Justiça discutiu a incidência do então art. 1.544 do Código Civil de 1916 ao *preposto que comete o ilícito diretamente* – não ao preponente que o contrata como empregado ou mantém com ele relação jurídica de prestação de serviço. Além dos juros ordinários incidentes ao valor do dano e desde o tempo do ilícito, a indenização compreende os juros compostos que oneram o praticante da conduta. Na oportunidade, a demanda judicial não foi proposta contra o motorista que ocasionou o acidente (contra o culpado pelo acidente), mas contra a empresa proponente. A Corte questionou se contra o proponente (“figura de trás”), que pode ser o

ta dos Tribunais, 2019, p. 155. Ocorre que, no *caleidoscópio massificado da jurisdição brasileira*, precedentes como o REsp 710.879 e REsp 1.152.548 sobrevieram à Súmula 54 – pautando uma *holding* idêntica à outrora antevista. Fenômeno que ratifica a utilização das bases quicá jurisprudenciais, atualmente, firmadas em precedentes, para acusar a necessidade da distinção restritiva da Súmula-precedente no caso da indexação do montante concretizado a título de indenização por dano extrapatrimonial. Afinal, o direito brasileiro nasce do galho em planta, é a terra do *tertium genus*.

Estado ou uma empresa que contratou o motorista, os juros compostos também podem incidir.

Duas correntes se contrapuseram: o juro composto tem a natureza de sanção civil, portanto, a inteligência do dispositivo não pode ser ampliada para agravar a situação do proponente. Quer dizer que os juros compostos somente podem ser imputados ao motorista que ocasionou o acidente, sendo incabível a analogia para fazer incidir essa espécie de juros contra o proponente (empregador civil ou Estado). Outra vertente não distinguia a natureza sancionatória dessa espécie de juro (composto) – não importava se ocorria uma categoria de acessório penal ou meramente compensatório –, daí concluindo que essa modalidade de juros deveria onerar ambos os eventuais demandados-responsáveis (motorista ou proponente).

A corrente vencedora foi a primeira citada, que distinguiu a natureza do juro (composto) enquanto uma pena civil. Os juros compostos somente poderiam incidir sobre o sujeito que ocasionou o ato contrário ao direito, sem ricochete ou desdobramento civil ao empregador ou a outra entidade.

O importante é notar que, desde esse primeiro julgado, a *amplitude da incidência dos juros* depende da *natureza da base de cálculo (do suporte fático) que ele incrementa*. O caráter delituoso do evento que causou o dano e a ligação direta-causal (naturalística⁵) entre o evento e o agente desse fato foi determinante. Isso que matiza uma diferenciação sobre a incidência do juro composto no julgamento do EREsp 3.766-RJ.

No REsp 540-SP (DJ 28-10-1991), no qual se examinava a prescrição vintenária em indenização de acidente ferroviário, o Superior Tribunal de Justiça fixou que os juros moratórios deveriam incidir desde a data de evento danoso (*sem aparentemente distinguir a natureza do dano que estava para ser indenizado*). No mesmo sentido, o REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990) se valeu do art. 1.544 do Código Civil de 1916 para definir que, “nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar”. Inteligência que sufragou o REsp 3.766-RJ (DJ 18-03-1991), ao conferir uma interpretação sistemática aos

⁵ A relação entre causador do dano e o dever de indenizar que enseja a incidência dos juros compostos é de matiz naturalístico. Um liame causal-jurídico pode ser apreendido somente entre o empregador e o causador direto do dano (o preposto), justamente, é nesse vínculo que abarca a “lei de cobertura” ou o nexo causal jurídico – nessa última decorrência em ricochete não estaria implicado o juro composto (o nexos de imputação arrefece a incidência do juro composto).

artigos 948, 962 e 1.544, todos do Código Civil de 1916, conferindo uma aplicação judiciária da norma *mais benéfica ao lesado* – quando se fala em ilícito é subentendido o caráter extracontratual, razão pela qual as decisões não demarcaram uma segmentação digna de aprofundamento argumentativo em termos de danos extrapatrimoniais (um “novo” direito pervasivo desde a Constituição).

No REsp 4.517-RJ (DJ 05-11-1990), o Superior Tribunal de Justiça se reportou a caso “idêntico”, já decidido no REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990), ratificando que o termo inicial dos juros moratórios é marcado desde a data do evento. Importante que o REsp 6.195-SP (DJ 11-03-1991) salientou que o art. 962 do Código Civil de 1916 se refere à obrigação proveniente de “delito”. Ou seja, o precedente direcionava a questão dos juros para casos de responsabilidade aquiliana. Mais emblemático, a título de *holding* da decisão, é novamente interessante assinalar que as inúmeras discussões travadas têm algo em comum – a *incidência dos juros sempre depende do suporte jurídico que lhe alavanca a força preditiva*. A natureza delitiva do evento ou o caráter aquiliano da indenização, enfim, é a peculiaridade que permite definir o termo inicial dos juros. Isso acontece pelo fato de não haver termo *ad personae* na hipótese de ato contrário ao direito em caso de dano extrapatrimonial (delito em sentido estrito).

A questão da “fonte jurídica” dos juros é ainda mais candente no REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça fixou condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente ferroviário que vitimou um “viajante pingente”. A interpretação da Corte foi *um tanto literal*, porque deixou claro que o caráter contratual ou aquiliano da relação não poderia ser sotoposto na expressão “delito” (previsão do art. 962 do Código Civil de 1916). O termo inicial dos juros, na inteligência do art. 1.536, §2º, do Código Civil, seja para incidir sobre os danos materiais ou sobre os danos extrapatrimoniais, deveria ser contado a partir da citação – por uma equiparação *by standard* que o sistema jurídico elabora entre o usuário do serviço de consumo e a vítima desse serviço.

No REsp 11.624-SP (DJ 1º-03-1993), o debate entre os Ministros pacificou a possibilidade de cumulação entre danos materiais e danos extrapatrimoniais, ainda que decorrentes de um mesmo evento. De outro lado, permanece latente a vinculação da racionalidade à ocorrência de um “ilícito” para afirmar que o termo inicial dos juros é a partir do evento – em contrapartida, um ato que não se configurou em um ilícito praticado pela fornecedora de serviços, mas de uma questão contratual, deveria ser indexado pelos juros desde a citação. O caso também examinava pessoas que estavam indevidamente se deslocando em compartimento não permitido do trem e, para fins de contrato, eles não são consumidores no

sentido estrito do termo. Podem ser consumidores por equiparação (art. 17 do CDC), portanto, a relação entre eles e a prestadora de serviços não é contratual.

Considerando que houve ilícito, a distinção foi essencialmente sobre o caráter originário do fenômeno jurídico que ligou materialmente as partes – a *matiz contratual* ou a *matiz aquiliana* da relação jurídica. No caso de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem ser contados a partir da citação (ainda que se trate de um contrato *standard* ou de “um mesmo evento acidental”). No mesmo sentido, o derradeiro REsp 16.238-SP (DJ 1º-06-1992) se reportou ao precedente anterior para firmar que a categorização decorre do direito material apreciado de uma maneira conceitual (geral, abstrata e fechada – o *texto da lei* é protagonista de uma atividade judiciária que reproduz e explica determinações legais).

A análise dessa verdadeira diatribe entre responsabilidade contratual e extracontratual aparece como algo análogo ao engessamento que o Código de Processo Civil de 1973 engendrou, em termos de efetividade da tutela jurisdicional. Naquela época, por exemplo, o “processo de execução” era separado na prática de acordo com a natureza do título executivo – o título executivo judicial *versus* o título executivo extrajudicial. Tudo acabava sendo remetido para um *novo processo* diferente do processo de cognição, sendo que esse momento satisfativo perduraria por muito tempo e não se adequava às necessidades das pessoas que dificilmente, ou com muito gasto de dinheiro e energia, alvitravam a pouca efetividade da tutela jurisdicional.

Embora o Código Civil e a dogmática falassem em obrigação pecuniária, obrigação de fazer ou obrigação de entregar coisa, o que realmente importava em juízo seria a natureza do título, o que não destoava dessa modulação dos precedentes entre o que é do “contrato” e o que não advém do “contrato”. Nos precedentes que aparelharam a Súmula 54 do STJ, o que importava era definir a separação entre ilícito contratual ou extracontratual, bem como pontuar que os juros compostos somente oneravam o causador imediato do evento (preposto).

Demais peculiaridades referentes aos diversos “novos danos” e aos “novos direitos” experimentados na atualidade não foram suscitadas pelos julgados – *a questão do dano extrapatrimonial e os juros que o indexava não foi pormenorizadamente abordada nas decisões*.

O Código de Processo Civil de 2015 remodela essa maneira de adequar as técnicas processuais às necessidades do direito material. De plano, merece assinalar a fungibilidade entre as execuções, porque “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (art. 785 do CPC). Esse

dispositivo não toca apenas ao sempre lembrado “interesse de agir”, mas revela um processo flexível que deve se adaptar às necessidades das pessoas, à realidade do direito material. As categorizações jurídicas já não resistem a diatribes meramente conceituais, mas ensejam apreender os textos legislativos como “problema”⁶ a partir do qual o intérprete concretiza a norma do caso.

Respeitosamente, a premissa elencada coloca em xeque a permanência de uma aplicação axiomática da Súmula 54 do STJ, para demarcar o termo inicial da fluência dos juros moratórios em caso de indenização por prejuízo extrapatrimonial. A essência que estruturou os diversos Recursos Especiais que ilustraram o enunciado permite uma releitura, ou melhor, uma pontual distinção pragmática quanto ao termo inicial dos juros na indenização por dano extrapatrimonial.

1.1. A Propedêutica Situacional que Implica os Fundamentos da Súmula 54 do STJ

Duas frentes dogmáticas são peremptórias para a sucessão dos precedentes que embasam a Súmula 54 do STJ: a separação dos poderes do Esta-

⁶ O Estado Legislativo decorrente do positivismo clássico tratava os textos dos códigos como reflexo da segurança jurídica implicada pela univocidade do direito. Atualmente, a segurança jurídica ocorre pela *consistência das decisões* que conferem unidade ao direito através das Cortes Supremas (*a fortiori*, o polêmico art. 926 do CPC) – afinal, o direito apreende dupla indeterminação (a equivocidade dos textos e a vagueza das normas). No Estado Constitucional contemporâneo, repleto de diuturnos novos conceitos e de inúmeras hiper-complexas funcionalidades, melhor falar que “o ordenamento jurídico serve como um problema” desde o qual o operador vai interpretar e aplicar a norma e sem descuidar do caso. A circulação é metodologicamente válida. Dispositivo é condição de possibilidade da norma, a relação entre elas é teleológica. Ver ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 33 e 37. Citar a separação dos Poderes do Estado, como arquétipo que modularmente influencia a supremacia ora do legislativo, ora do judiciário (em período mais recente do Estado Constitucional), quer dizer que a interpretação atente a um mecanismo “quase” pré-dado para os alvíres institucionais. Com efeito, conforme Parsons e o seu sistema conformado pela consecução do fim, manutenção das estruturas, adequação e integração – um sistema estrutural-funcionalista, quer dizer que os poderes separados e atualmente harmônicos equilibram a sustentabilidade das tarefas de cada qual, em especial, conferindo poder interpretativo-concretizador da norma do caso ao judiciário em tempos contemporâneos. As bases do sistema estão postas, e a ideia mais ou menos dinâmica-concretizadora da interpretação é que vai ditar o ideal efetivamente funcional da proposta estatal com o passar do tempo e as mudanças culturais.

do, com a prevalência do legislativo sobre o judiciário⁷ e a decorrente tarefa descritiva do judiciário perante os textos legislativos⁸.

Os argumentos ventilados nas decisões assinalam uma verdadeira sistematização do direito privado que parte do texto do Código Civil (na época, uma obra monumental e global do sistema do direito privado). Vale dizer que os julgados não conferem uma unidade consistente do direito pela “concretização” da norma, antes meramente se reportam aos *dispositivos de normas* positivados na codificação para explicarem ou sistematizarem o encontro de soluções já legisladas.

⁷ Antes da Revolução Francesa, o judiciário era formado por membros da alta classe que podiam ceder ou vender os próprios cargos. A corrupção e a desconfiança em relação ao órgão judicante cresciam. Realidade que levou Montesquieu a desenvolver um modelo de Estado que pregava a separação absoluta entre os poderes. Mais que a separação dos poderes, devido àquela desconfiança, o esquema reservou uma tarefa meramente *cognitiva dos textos da legislação ao juiz*. O juiz não criava o direito, apenas reproduzia a vontade do legislativo, a lei do caso concreto – ditames que foram assimilados pelos processualistas da cepa de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei que vieram a influenciar o manuseio do processo em direito brasileiro. Nesse formato, *o judiciário foi subordinado ao poder legislativo*, tendo em vista que, para que a separação dos poderes funcionasse, “o legislativo deveria editar leis capazes de regular todas as situações. Ganhou força, assim, a figura dos Códigos, monumentos legais editados com a promessa de completude e coerência. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar como a simples boca da lei”. PUGLIESE, William. Precedentes e a civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28. Falar em Estado liberal clássico é reativar a separação absoluta dos poderes nesse período que sucede a Revolução Francesa, sobretudo, assinalando a supremacia do legislativo por sobre o poder judiciário – o que somente foi modificado com o movimento constitucionalista de meados do século XX (pós-guerra).

⁸ A separação de poderes chega a ser uma “noção de cobertura” paradigmática que se reflete no modelo racionalista da operação jurídica – a própria separação dos poderes se modifica ao largo do tempo (passou a ser uma *separação harmônica de funções* estatais com o escopo da tutela dos direitos das pessoas). “A univocidade de sentido, que o jusracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica e o julgador não age valorativamente, mas apenas descobre a vontade unívoca do legislador”. MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012, p. 171.

O Superior Tribunal de Justiça, naquele primeiro quartel dos anos de 1990, manuseava a legislação conforme os ditames culturais da época – não há nada errado nisso. Porém, é necessário demarcar que a propedêutica ora denominada “situacional” revelava um desdobramento ilocucionário (o que se faz para aplicar a súmula) e outro locucionário (o sentido que embasa tal aplicação)⁹. Quer dizer que o STJ descrevia a “vontade” da lei¹⁰, desenvolvia dogmaticamente as fronteiras da literalidade do código sem, contudo, apreciar os novos direitos para os customizar, sem a então interferência do fenômeno da constitucionalização e, sobretudo, sem discutir a densidade preditiva-concretizadora de uma decisão judicial em parcela de igualdade harmônica e material com o poder legislativo.

A separação dos poderes¹¹ era levada em margem de igualdade formal.

⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

¹⁰ A corrente cognitivista pode ser decantada em subjetiva (vontade do legislador) e objetiva (vontade extraída do conteúdo da lei). Com a influência de Wach, que além de processualista era um teórico do direito, fala-se mais em “vontade da lei” em um sentido objetivo, como se o cognitivismo fizesse uma descoberta ou um conhecimento do significado dos textos – pressupondo que não haveria ambiguidades ou vaguezas normativas, indicando que todo o direito e a segurança jurídica fossem decorrentes das fontes legisladas. Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409.

¹¹ Uma separação absenteísta ou autonomista dos poderes – observada sem a motricidade da harmonização desses mesmos poderes – é campo institucional propício para que os assuntos ou as funções desempenhadas pelos poderes também “não dialoguem”. Daí a reta separação entre direito material e processo, então defendida pela Escola Processualista, que elevou o processo civil a uma categoria autônoma até os limites da decisão (e da teoria da decisão judiciária) para não tocarem o ordenamento civil com a nota da criatividade. O cognitivismo apenas traduz o que o texto do direito material já traz por completo. A doutrina refere que “podemos relacionar a necessidade do afastamento entre *direito material e direito processual* daquela época com a necessidade de separar rigidamente a função do Estado que tem o poder de criar a norma, daquele que tem o poder de *aplicá-la*. Em outras palavras, apenas a uma das funções do Estado poderia ser outorgado o poder de criar o direito, cabendo à outra a descoberta do significado e a declaração do direito preexistente, mediante a sua aplicação ao caso concreto. Cabia, assim, ao poder legislativo criá-lo, e ao poder jurisdicional aplicá-lo. Não era permitido nenhum ato de criação daqueles que exerciam a função de aplicação do direito.” FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a*

Ou melhor, o legislativo se sobrepunha ao judiciário no tocante ao “poder de dizer a legislação”. Daí que os aspectos que justificam a equivalência do termo inicial dos juros, seja para os clássicos direitos a serem indenizados, seja para os novos direitos que surgem na hipercomplexidade social, estavam equiparados por intermédio de uma legislação de 1916 que ignorava ou passava batida pela força normativa da nascente Constituição de 1988.

Citando Jerzy Wróblewski, a doutrina refere que tudo isso era muito bem-vindo pelos valores do Estado liberal clássico. Os valores jurídicos que orientam a decisão judicial são a certeza, segurança jurídica, estabilidade das decisões, dentre outros, uma vez que se a decisão está inteira e estritamente determinada pela lei, as decisões são tão estáveis e seguras quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto¹². A tarefa *do juiz era meramente declarar* a norma contida no texto da lei, e o trabalho da sistematização não exaspera tais limitações; então se falava com naturalidade em indenização decorrente de ilícito contratual ou extracontratual para simplesmente reproduzir os termos que o Código Civil estabelecia. Sem espaços para os danos extrapatrimoniais e suas intercorrências cada vez mais complexas.

No aprofundamento da visão, fácil identificar que o judiciário pensava o processo e a decisão pela *lente do civilista*, haja vista que os institutos basilares do processo civil estavam pautados por uma metodologia que colocava a jurisdição no centro da teoria processual e, de resto, batizava-se o processo e seus institutos como uma “relação jurídica” (desde a obra bülowiana de 1868). A propedêutica processual estava compromissada com a tipologia do direito privado – razão pela qual ora se lhe denomina “situacional”, para salientar o caráter abstrato, avalorado e fechado que um achado do processo acaba sendo resumido, considerando que a decisão perde a própria dinâmica para aderir a uma estática classificadora dos institutos

tutela dos direitos (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 293.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26. No mesmo sentido, Riccardo Guastini, *Argomentare...*, cit., p. 257/8. Para aprofundar, CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (breviário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero et ali. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45 e seguintes.

demarcados pelo civilismo. Ou melhor, a jurisdição recondizia os seus dizeres ao que a legislação já falava em outros termos, talvez, mais complexos, mas sobretudo conceituais.

Deixar de examinar os julgados que fundamentam a Súmula 54 do STJ enseja uma aplicação axiomática¹³ do enunciado. Perspectiva pela qual a prática já não permite ao magistrado das instâncias iniciais, pois ele deve refletir sobre a natureza da *base de cálculo para justificar a incidência de juros bem assim examinar o termo inicial dessa conta de indexação*. Quando se cogita da indenização pela prática de fato sem que exista um termo legal previsto na lei ou no contrato, de pronto advém o legado da Súmula 54 que atualmente está positivado no art. 398 do Código Civil.

Entretanto, é preciso refletir que, em todos os casos elencados, não existe um anterior “arbitramento judiciário” dos danos ou prejuízos a serem indenizados. Se arbitramento existe, trata-se de uma decorrência do trabalho do perito (art. 509, I, CPC) que parte de premissas metajurídicas para o cálculo do prejuízo.

O julgamento do ilícito, o dever de reparar o dano extrapatrimonial e a definição do termo inicial dos juros são decorrentes de uma jurisdição preditiva que *concretiza a norma* da questão em demanda.

Com efeito, a liquidação por arbitramento¹⁴ efetuada pelo perito não tem nada a ver com o arbitramento de um dano indenizável a ser efetuado pelo juiz – esse último deve justificar a respectiva decisão se valendo de parâmetros objetivos para adjudicar o valor do dano extrapatrimonial. Está coarctado à adjudicação da norma do caso concreto. A teoria e a prática da decisão judiciária não se encaixam na submissão do judiciário ao legislativo e ao caráter meramente descritivo da sentença.

¹³ Aplicação automática que examina somente a validade formal das premissas e da inferência lógica instrumentalizada, sem uma maior preocupação em nível apofântico. Trata-se de um silogismo categórico. COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31.

¹⁴ A liquidação efetuada por perito é reservada a casos em que os danos patrimoniais possuem peculiaridade casuística. Nas hipóteses em que os objetos destruídos ou deteriorados são fungíveis e facilmente substituídos no mercado, a liquidação é dispensada pela precificação (*vide a fortiori* o art. 871 do CPC e a plasticidade que lhe permite a aplicação). Em realidade, ao invés de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial, seria melhor falar em “precificação” dessa indenização – na medida em que o juiz se vale das máximas de experiência para atribuir o montante a ser reparado (art. 375 do CPC).

Respeitosamente, a questão do arbitramento judiciário do dano extra-patrimonial redimensiona a base de cálculo e acarreta uma releitura da Súmula 54 do STJ. Afinal, a separação entre o texto da lei em relação à norma remete a uma supremacia funcional da jurisdição para concretizar o direito em tempos de constitucionalismo.

1.2. Os Fundamentos Determinantes do Enunciado Sumulado

A súmula de um tribunal consiste no resumo de casos decididos de maneira similar. O enunciado consolida a sinopse da jurisprudência em determinado sentido, então demonstrando um entendimento que abarca diversos casos¹⁵. Ele serve como um “modelo”, por isso tem caráter aparentemente abstrato e uma linguagem que se aproxima aos tipos positivados na legislação.

A Súmula 54 do STJ determina que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Uma redação quase idêntica ao previsto no art. 398 do atual Código Civil, que estipula que “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

A questão da ilicitude¹⁶ é compromissada com a clássica noção civilista de contrariedade ao direito – seja violação do direito positivo no sentido estrito, seja violação das cláusulas do contrato (em *ultima ratio*, esse direito decorre da legislação); em qualquer hipótese o civilista trata como “ilícito”. Necessário lembrar que o art. 398 tem a redação elaborada por Miguel Rea-

¹⁵ SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, p. 385.

¹⁶ O direito positivo encampa a proposição jurídica de matriz kelseniana em que uma obrigação (direito subjetivo) subentende um dever (a origem mais prematura advém de Windscheid). Além dessa correlação não ser necessária – existem deveres sem obrigações correlatas –, a questão da ilicitude não é absolutamente vinculada à indenização. Com efeito, o sistema jurídico estipula normas de conduta que podem ser descumpridas e *não causar um dano imediato* (vide normas de direito ambiental). É importante situar o contexto civilista que se reflete na tutela do direito subjetivo, diversamente do que ocorre quando *o foco da jurisdição é a entrega da tutela do direito*, o que acontece na atualidade e a partir de uma posição jurídica. Os interesses a serem satisfeitos na atualidade são muito mais variados que na milenar dicotomia.

le, antes mesmo da publicação da Súmula 54 do STJ, nos anos de 1990. Vale dizer que os enunciados são *contemporâneos em termos da mesma antiguidade entabulada no milênio passado*. Peculiaridade evidenciada ao tratar genericamente o praticante de um ato ilícito como um “devedor”.

O direito contemporâneo sistematiza normas que predispõem *posições jurídicas* – não meros direitos subjetivos. Portanto, os *novos direitos* encerram inúmeros deveres, prestações ou encargos outrora não imagináveis quando da elaboração dos citados dispositivos. Em outras palavras, nem todo sujeito que pratica um ato contrário ao direito se trata de um “devedor” perante outro sujeito determinado. Além disso, observa-se que, no início da década de 1990, pouco se admitia o “dano moral”, ou a dogmática determinava uma comprovação “defensivista” do dano moral. Hoje, ninguém discorda que o dano *extrapatrimonial consiste em um gênero* do qual são espécies o dano existencial, o dano estético, o dano biológico, a perda da capacidade produtiva, o dano aos direitos da personalidade, enfim, o dano moral puro¹⁷.

Com efeito, pensar apenas na literal dicotomia entre dano contratual ou extracontratual enquanto diferentes bases de cálculo para a incidência dos juros é reducionismo do próprio *princípio da integralidade da reparação* a um perfil conceitual. Embora os arts. 397 e 398 do Código Civil ratifiquem a Súmula 54 do STJ, parece nítido que a diferenciação da base de cálculo que realmente importa para a melhor identificação do termo inicial dos juros está condicionada pela *estrutura e pela funcionalidade da reparação* – reparação enquanto norma do caso concreto perfectibilizada pela jurisdição.

A função de reparar o dano material é recolocar o estado de coisas como eles estavam antes da agressão ao direito – por isso existe uma liquidação ou precificação imediata entre a violência e a reconstrução patrimonial em caso da indenização material. De outro lado, o dano extrapatrimonial não permite uma simples reposição do estado das coisas ao patamar anterior – tendo em vista que esse estado é particular ou de imprecisa definição absoluta (a tutela é híbrida). Em segundo lugar, porque a indenização

¹⁷ Quando se fala em posição jurídica, descobre-se a questão dicotômica do credor-devedor. A posição jurídica viabiliza uma série de interesses dignos de proteção, daí se falar em tutela “híbrida” da personalidade – uma leitura ampliada do art. 12 do CC e dos dispositivos da Constituição.

por dano extrapatrimonial tem *função reparatória e também pedagógica*, sendo que a fixação dessa espécie de indenização é pautada por critérios jurídicos extraídos do sistema (dogmática) e do caso concreto, mas analisados por intermédio de um método bifásico elaborado pelo próprio magistrado.

A tese jurídica da Súmula 54 do STJ repercute a dicotomia entre atos contrários ao direito: quando já existe um termo determinado (art. 397 do CC, vencimento *ex re*) para a incidência dos juros ou quando esse termo inicial dos juros é inexistente (vencimento *ad personae*). A legislação constitui o sujeito em mora *ex re* (art. 398 do CC) pela prática do ilícito, quando da prática de um ato contrário ao direito extracontratual. A separação é conceitual e funcionalmente válida para separar a dicotomia do contrato ou ilícito absoluto – mas, a diferença não tem sustentabilidade para conferir uma plena satisfação do dano extrapatrimonial.

A nova feição da separação dos poderes desde o constitucionalismo reflete a primazia da jurisdição sobre o ato de legislar. Em decorrência, o arbitramento do dano extrapatrimonial é metodologicamente diferente do dano material – fenômeno que enseja a releitura do termo inicial da incidência dos juros para a indexação da indenização por dano extrapatrimonial.

2. A Perspectiva Funcional da Jurisdição

A separação absoluta dos poderes no Estado Legislativo reservou uma atividade *subalterna* da jurisdição em relação ao legislativo. Esse modelo de Estado¹⁸, no qual a função judiciária era somente para declarar a vontade da

¹⁸ No Estado Legislativo a lei oriunda do parlamento era a fonte do direito que conferia segurança jurídica e derrotava todas as possíveis lacunas dogmáticas. Essa concepção a respeito do próprio direito transformava o judiciário em órgão interlocutor que, por uma interpretação cognitivista – que meramente declarava a vontade da legislação – reduzia a função do juiz a um exegeta descobridor da literalidade da legislação para o caso concreto. Somente uma visão crítica da função jurisdicional permite *dinamizar* os demais institutos do processo e, finalmente, conferir uma atuabilidade da jurisdição conforme as implicações do Estado Constitucional. Ora, a elevação do contraditório a um caráter material, a exaltação da fundamentação com o dever de *accountability* e a importância da transição da jurisprudência aos precedentes das Cortes demonstram que a jurisdição alavanca um papel de relevo por sobre a própria atividade legislativa. A segurança jurídica já não depende da univocidade do texto da lei, mas do sentido e unidade do direito conferidos pela consistência das decisões exaradas pelas Cortes – instituições comprometidas com a jurisdição em uma matriz constitucionalista. FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada

legislação por intermédio de um raciocínio cognitivo e silogístico, perdeu pelo século XIX e foi confirmado no processo civil pela Escola Processualista, influenciando a dogmática da Alemanha e da Itália. A teoria declaratória da jurisdição explicita um cenário que respalda a visão do processo por intermédio da lente civilista, fazendo que institutos e até práticas sejam remetidos a uma sistematização estática, porque focada em normas atributivas de direitos-deveres nesse duplo binário avalorado, fechado e abstrato.

O constitucionalismo, desde meados do século XX, confere nova motricidade às funções estatais¹⁹ – elas passam a atuarem *harmonicamente*, implicando primazia aos direitos fundamentais e alvitando a preservação da dignidade da pessoa humana. Isso resultou em um novo aparato de fontes jurídicas e a uma técnica legislativa repleta de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que retratam a plasticidade dos dispositivos constitucionais. Em realidade, a tríplice modificação em termos das fontes (teoria das normas, técnica legislativa e interpretação jurídica) funcionalizou a jurisdição²⁰, que não apenas descreve ou explica exegeticamente textos da lei, *mas concretiza a norma do caso para entregar a tutela do direito para as pesso-*

pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 290.

¹⁹ A doutrina assinala que o “French style” consiste em um modelo histórico que não resiste à mudança implicada pela verdadeira revolução contemporânea dos direitos humanos e da legitimação de meios e instituições que os concretize. Mauro Cappelletti enfatiza que não existe um futuro para a humanidade que não recobre a filosofia da tolerância e do mútuo respeito, que serve aos indivíduos enquanto fins em si mesmos e serve também para propulsionar as instituições – no sentido de elas providenciarem instrumento de salvaguarda das pessoas. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001, p. 285.

²⁰ “O legislador deve resignar-se a considerar as próprias leis como ‘partes’ do direito, não como ‘todo’ o direito. Em outros termos, o ‘universo jurídico’ acaba por concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, em uma contínua integração de sujeitos que compartilham preparação e mentalidade similares”. PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.

as em uma perspectiva em que o texto da lei difere da norma – a dinamicidade está na valoração, no caráter aberto e na maneira casuística da operação jurídica da interpretação que concretizava a norma do caso concreto.

A propedêutica que adjudica o dever de responder civilmente pela prática de danos a outrem, bem assim com o arbitramento do dano extrapatrimonial – enquanto *base de cálculo dos juros* – não é um exame situacional, pois a instituição assume uma nota de *proteção da posição jurídica* que pode ser efetuada por diversos meios²¹ que alvitram as necessidades do direito material e da realidade social em julgamento. Quer dizer que o judiciário consubstancia valorativamente a contrariedade ao direito e estipula o valor do dano extrapatrimonial com uma preocupação compensatória e outra razão pedagógica dos danos extrapatrimoniais. Fatores que subjazem a importância de levar em conta a data da prolação da decisão para fins de indexação.

A matriz adjudicatória da jurisdição autorrestringe o termo inicial dos juros moratórios a um patamar diferente dos previsto na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e nos arts. 397 e 398 do Código Civil – afinal, a instituição desempenha uma função outrora não admitida.

2.1. A Metodologia Multifuncional para o Arbitramento do Dano Extrapatrimonial

A aplicação do direito subentende a interpretação do texto da legislação²², tanto que a doutrina de Eros Roberto Grau assinala que “interpreta-

²¹ Em termos de responsabilidade civil contemporânea, é possível dizer que a tutela do direito não apenas se movimenta a partir do elemento central “dano”. As posições jurídicas reclamam técnicas de direito material adequadas à especificidade da proteção, seja contra o dano, seja contra o ilícito. Por exemplo, a multa, a prisão, a compensação em dinheiro, o fechamento da fábrica e assim por diante. No direito processual, esse cenário maleável de *técnicas materiais* se expressa pela efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional, cujo corolário é a previsão de “técnicas processuais” que melhor efetuem a atendibilidade do direito material. Dentro das possibilidades que o efeito do tempo e da reposição das coisas ao estado anterior viabilizam, o processo experimenta uma sucessão de meios-técnicas para o achado da tutela do direito.

²² “Recognizing that not all rights are rights against rules should motivate deeper inquiry into the purposes that rights serve and, again, should promote acknowledgement of plurality”, os direitos devem ser levados a sério (Dworkin) e, também, os *fatos devem ser levados a sério*. Ver FALLON JR., Richard H. As applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, april 2000, v. 113, number 6, p. 1366.

mos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitados a interpretar (compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”²³. O Estado Constitucional harmoniza a supremacia da jurisdição como a função que confere segurança jurídica ao tráfego, por meio da consistência dos julgados que atribuem sentido e unidade ao direito. A nova teoria das normas, bem como a atualização das técnicas legislativas desenvolvem uma nova maneira de interpretar – com um caráter lógico-argumentativo²⁴ que encerra uma justificação interna (sem contradições entre as premissas e tendente à completude na resposta do problema) e com a justificação externa que abarca as razões sensíveis para a ratificação justificacional. Do ponto de vista do resultado, a interpretação deve ser coerente e tendente ao universal.

Uma resposta que não seria tão complexa na maneira de recompor um prejuízo patrimonial. Com efeito, quando existe um dano material, a coisa afetada já possuía um preço estimado – por exemplo, se um *carro da marca Alfa do ano de 2015* é completamente destruído, existe uma tabela FIPE que lhe atribui uma precificação aproximada. Se não houve destruição total, uma avaliação por técnico (dispensável que seja perito) pode aferir os gastos para a recomposição. Quer dizer que os danos materiais possuem um limitador dentro da própria classe de coisas que estimam a fungibilidade desses bens. A liquidação judicial (por arbitramento ou por artigos), a estimativa por analogia (art. 871 do CPC) ou uma *prova técnica simplificada* soluciona a depreciação (art. 464, §2º, do CPC).

A *quantificação do prejuízo material* foi abarcada pela *holding* dos julgados que convergiram na Súmula 54 do STJ. A tese judiciária incluiu o

²³ GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 33.

²⁴ A doutrina refere que os tribunais do direito comum cumprem uma dupla tarefa. A primeira se volta ao passado, resolvendo a disputa entre as partes. Por outro lado, também desempenham a função de enriquecer o ordenamento jurídico em um sentido prospectivo, firmando precedentes que asseguram a consistência à segurança jurídica. O atual Código de Processo Civil acompanha essa tradição no sentido de emprestar força ao triplice supedâneo da reengenharia da segurança jurídica: contraditório material, fundamentação sustentável e precedente vinculante. Ver PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil Law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

termo inicial dos juros se o caso decorresse de ilícito contratual ou de ilícito extracontratual, assim como está escrito no art. 397 e 398 do Código Civil.

Nada foi destacado quanto à indexação do dano extrapatrimonial – em termos de *ratio decidendi* no sentido de unificar o direito.

Respeitosamente, essa visão é descritiva em termos de jurisdição. A análise que meramente recompõe preços defasados, ou mesmo verificar se houve significativa destruição do objeto, é mais explicativa ou cognitiva que *reconstrutiva do direito*. A margem da discussão monetária está delimitada e pressuposta por experiências cotidianas que obviamente poderiam assumir complexidade frente a objetos de rara significação (os “novos direitos” – que não estavam na pauta dos anos 1990 e hoje respaldam uma tutela atualmente assinalada como *híbrida*).

O problema é referente ao dano extrapatrimonial – porque ele não possui um preço de prateleira, não possui uma taxatividade de precificação²⁵. Vale dizer que não existe preço para a perda de um ente querido; para a perda de um braço ou de uma perna; para um dano estético no rosto de uma modelo ou de um pedreiro; para um dano biológico que comprometeu o crescimento de uma criança em seus primeiros anos de vida.

Enfim, o dano extrapatrimonial depende das circunstâncias tendencialmente objetivas do caso para ser adjudicado e arbitrado. Esse cálculo é multifuncional, porque o interesse²⁶ pressuposto não resiste a uma simples recomposição do patrimônio afetado. É muito difícil calcular o exato valor do dano que malferiu uma prerrogativa da personalidade. Daí que ocorre uma duplicação de funções²⁷: uma função compensatória, algo que procura ressarcir a vítima levando em conta uma estimativa do prejuízo causado, e uma

²⁵ No final do ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul disponibilizou uma interessante ferramenta que elenca uma “média” das indenizações referentes ao dano moral. Trata-se de uma tabela não vinculante que amalha alguns indicativos jurisprudenciais, até pelo fato de que o Enunciado 550 das Jornadas CJF estipula que: “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. O importante é consignar que a jurisdição concretiza o montante do dano conforme a dogmática e as circunstâncias do caso – dentre elas, a perspectiva do tempo, confirmando a tese ora defendida que afeta o termo inicial dos juros moratórios.

²⁶ Interesse como categoria metaprocessual, como um conjunto de meios que ligam a posição jurídica à tutela do direito.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380/5.

função pedagógica-dissuasória, que impulsiona um dever de maior cuidado nas ações do sujeito que praticou o evento lesivo e de resto também servindo de exemplaridade para a comunidade (pretensão de universalidade).

A dupla funcionalidade remete a uma metodologia bifásica para o cálculo da indenização. A doutrina²⁸ refere que o art. 946 do Código Civil estabelece que o valor das perdas e danos deve ser apurado na forma da lei processual. Contudo, esse arbitramento é diferente daquele “arbitramento” decorrente da liquidação processual (que o perito nomeado pelo juízo elabora). Também se denomina *arbitramento* a apuração dos danos extrapatrimoniais, mas ele é decorrente de um capítulo efetuado na sentença que avalia as funções da indenização e se vale de critérios (dogmáticos e casuístas) para, em um cálculo bifásico, chegar a um patamar que tende a recolocar as partes ao estado anterior da causação do prejuízo (melhor seria falar em “precificação”, *a fortiori* do art. 871 do CPC).

O próprio ordenamento jurídico oportuniza a utilização de alguns critérios para o arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial. Embora não tenha sido recepcionada pela Constituição, a Lei 5.250/67 entabula que no arbitramento desses danos, deve ser considerada a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido. Aqui, também vale considerar a posição social e econômica do ofensor e a peculiaridade do dano ser repetido para outros sujeitos. A intensidade do dolo ou o grau de culpa do sujeito também são objetos para serem aferidos juntamente com o comportamento da vítima e do ofensor no decorrer do fenômeno. Para além desses critérios que a Lei de Imprensa já estipulava, a questão da hipossuficiência também (art. 39, IV, CDC) é nota a ser considerada, assim como outros aspectos que se encontram na legislação – como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e as agravantes e atenuantes genéricas no cálculo da pena criminal. O importante é que o juiz, na prática, sistematize uma série de aspectos que o ambiente jurídico considera relevantes, inclusive fazendo inserir o *fator tempo entre a data da ofensa e a data da sentença* no valor da indenização – o fator tempo interessa ao processo e ao direito material.

Um trecho da fundamentação do REsp 1.152.541 (Terceira Turma, DJ 13/09/11), relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, explica o método bifásico no arbitramento do dano extrapatrimonial:

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 387.

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

No primeiro momento, o julgador deve observar o contexto jurídico – como ensina a experiência do círculo hermenêutico que garante a razoabilidade para a manutenção da igualdade perante o direito²⁹. Identificados os fatores de convergência jurídica, no segundo momento são assinaladas as circunstâncias do caso concreto que, de maneira objetiva, tendem a uma universalização do valor pautado. Esse precedente converge à *ratio decidendi* do REsp 710.879 (Terceira Turma, DJ 01/06/2006), relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que estipulou o método bifásico nessas equivalentes premissas: no primeiro momento, analisando o contexto de

²⁹ Na *civil law* os juízes dão uma maior importância aos enunciados legislados; na *common law* os juízes dão maior importância ao caso em julgamento e suas circunstâncias. A principal disparidade entre *civil law* e *common law*, portanto, é referente ao método utilizado para a solução de determinado caso – a ordem das premissas influencia, em termos de tradição jurídica, a classificação da conclusão. SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018, p. 106-110.

julgamentos análogos e, no momento derradeiro, valorando as circunstâncias do caso concreto.

Em outras palavras – o primeiro momento traduz a dogmática (legislação e julgamentos-líderes) e, o segundo momento, avalia as circunstâncias do caso concreto. O arbitramento do dano extrapatrimonial deve ser razoável à conjugação dessas premissas. Além do valor monetário que é arbitrado, o julgador ainda deve ter em vista o *tempo que levou entre o evento danoso e o julgamento*. Certamente, o transcurso do tempo é fator internalizado na decisão como uma “circunstância objetiva” do caso que pode ensejar até a dificuldade do acesso à justiça. Ora, não se pode demarcar um valor fazendo crer que os juros desde a data do evento resolvem a situação – o problema é melhormente resolvido com o arbitramento transparente do montante indenizável (ainda mais tendo em vista a hipercomplexidade da Sociedade 4.0 e a matriz dinâmica da adjudicação judicial que varia na imanência dos padrões culturais de momentos cada vez mais fugazes).

A fortiori, quando o juiz efetua o raciocínio pelo método bifásico, ele deve levar em conta “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. O citado art. 493 do CPC expressamente determina tal consideração – o dispositivo ratifica que o *tempo* é fato que atinge diretamente a existência, a permanência e o próprio arbitramento do dano extrapatrimonial, com importância decisória que toca o direito material e o processo.

Considerando que os precedentes relacionados resumem uma primeira fase dogmática, porque ameaha semelhanças entre julgados ou aspectos legais pervasivos no sistema jurídico, e tendo em vista que na segunda fase as peculiaridades do caso concreto ajustam o montante a ser indenizado, é possível concluir que a decisão interpreta e aplica a norma, daí arbitrando o valor da reparação por dano extrapatrimonial.

Nesses termos, a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça merece uma respeitosa análise quanto à indexação, *levando em conta a própria mudança da literalidade do Código de Processo Civil* explicitada abaixo.

2.2. *Narrowing*: O Termo Inicial dos Juros Sumulados e Ratificados por Precedentes Exaspera a Autorrestrrição em Relação ao Arbitramento Judicial do Montante para Reparar o Dano Extrapatrimonial. Para uma Base de Cálculo Diferente, o Termo Inicial dos Juros é Diferente

Identificada a *holding* dos precedentes que culminaram na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e assentado que a jurisdição constitucionalizada desempenha uma função concretizadora da norma por meio dos novos precedentes que ratificaram a novel súmula, evidente que a decisão constitui e arbitra o montante da indenização por prejuízo extrapatrimonial. Assim, o art. 85, §16, do Código de Processo Civil, resume e ratifica a solução proposta: “quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão”.

Os precedentes anteriores à Súmula 54 do STJ permitem separar os institutos que se tornaram verdadeiros dogmas: a responsabilidade por dano contratual e a responsabilidade por dano aquiliano, assim como a incidência de juros compostos apenas ao sujeito que praticou o fato “delitivo” que ocasionou o dano. No REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), em *obiter dictum*, falou-se em dano extrapatrimonial, sem aprofundar a concretização desse ressarcimento em termos de teoria da decisão judicial.

Os precedentes, relatados pela Ministra Nancy Andrighi e pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, não modificaram o termo inicial dos juros, conforme anotado nos acórdãos-líderes referidos.

A delimitação da questão firmada na tese do precedente permite *distinguir os casos futuros que ocorrerem que não se enquadram no arranjo do acórdão*. “O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é situação de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação”³⁰. Quando se mexe na base de cálculo do valor indenizável, porque tal indenização é decorrente de arbitramento do juiz, diversas circunstâncias são abarcadas na conta, em especial, *circunstâncias outrora não previstas* nos precedentes clássicos. Com efeito, mudando a base de cálculo, também é caso de mudar o termo inicial dos juros moratórios, porque o acessório segue o principal.

A não aplicação do precedente pela distinção restritiva caracteriza o fenômeno do *narrowing*³¹. Trata-se de uma técnica que implica uma interpre-

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1009.

³¹ M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso em 05 jan 21.

tação mais limitada que restringe a aplicação do precedente. Em um mesmo movimento, a distinção pelo *narrowing* mantém o precedente-base no ordenamento, ao lhe conferir uma aplicação diferenciada quanto à figura que excepciona em relação ao precedente. Por exemplo, quando se examina que a Súmula 54 do STJ e os precedentes que lhe ratificaram a continuidade vinculante forte não distinguem a maneira de calcular o dano extrapatrimonial, com uma metodologia e resultados diversos da apuração da indenização por dano material, verifica-se a hipótese de *estreitamento do precedente em relação à indexação do dano extrapatrimonial*. Por conseguinte, os juros sobre o valor do dano extrapatrimonial concretizado fluem desde o trânsito em julgado. Isso é decorrência do *narrowing* que “espreme” a razão de ser do precedente, com vistas à manutenção da própria finalidade desses enunciados que ficam no entorno da Súmula 54 do STJ.

Marinoni ressalta que, embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação do precedente deve ser compatível com a sua finalidade. Não há como admitir a adoção de um precedente quando esta é incompatível com a sua finalidade ou com as razões que justificaram a sua instituição. Todavia, tal incompatibilidade também pode se dar diante de razões que estão à base de uma situação nova, não tratada no precedente, tais razões impõem a limitação do alcance do precedente e, assim, em termos concretos, a sua não aplicação ao caso sob julgamento³². Exatamente o que acontece quando a jurisdição do Estado Constitucional concretiza a norma do caso e arbitra o dano indenizável – daí considerando esse “termo para frente” como marco da indexação: a atualização monetária começa a contar desde a data da decisão, em especial, os juros moratórios fluem a partir do trânsito em julgado.

O arbitramento do dano extrapatrimonial indenizável consiste em uma faceta de ativismo judicial. Coetânea a tal implicação está a autorrestricção dessa indenização para não extrapolar as funções compensatória e dissuasória dessa reconstrução³³. Na medida em que o julgador avalia critérios que

³² Marinoni, *Precedentes...*, cit., p. 231.

³³ “A delimitação da *ratio decidendi* será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado original como um parâmetro inicial do texto a ser interpretado. Ou seja, há um trabalho conjunto tanto da Corte competente para estabelecer o precedente, como dos demais julgados que vão interpretar aquele texto e incorporar novos elementos à *ratio deci-*

firmam patamares para o achado do montante a ser reparado, também é intuitivo que a decisão considera um valor calculado na data em que for elaborado o raciocínio. Em outras palavras, o magistrado não retorna à data do fato para resolver a indenização como se nada tivesse acontecido – o grau de reprovação do fato lesivo³⁴ está na “cabeça do juiz”; logo, o fator tempo está abarcado no arbitramento judiciário. Equivale dizer que a reconstrução do ordenamento tem efeito *ex nunc* para o ressarcimento do dano extrapatrimonial. Essa conclusão faz que a base de cálculo do dano extrapatrimonial seja concretamente menor que a base de cálculo do dano material (pode ser virtualmente analisada, mas não entra concretamente na conta).

Ao mesmo tempo em que valora a existência da contrariedade ao direito, a “ilicitude” passa a existir na sentença para viabilizar o arbitramento da indenização. Afinal, o fato jurídico ilícito é um acontecimento com aptidão para produzir consequências no mundo jurídico, somente após a cons-

dendi”. Vale dizer que o precedente originário é paulatinamente firmado, com a ajuda dos julgados posteriores e por vezes dissonantes. A mudança de entendimento sobre a função jurisdicional – de uma predição conceitual a uma predição concretizadora da norma do caso – acarreta efeitos para uma distinção ampliativa ou restritiva do precedente. PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (distinguishing) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza et ali. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 648. A tarefa não é fácil e depende de um verdadeiro arranjo de derivações. “A statute may have an interpretation section which provides general definitions or elucidations of the rule. However, doubts about interpretation very commonly arise with reference to some particular event or case that may allegedly have occurred or may be hypothetical. In such contexts it is not always easy to distinguish between interpreting a rule (general) and applying it to the facts of the case (particular). TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976, p. 85.

³⁴ Uma distinção clássica efetuada pelos penalistas é que o “grau de reprovação” da conduta não está na própria conduta, mas é fruto de uma valoração raciocinada pelo juiz. O objeto da valoração (os pressupostos da indenização) é diferente da valoração do objeto. No cálculo da pena criminal, ao asseverar que o juízo de reprovação não está na cabeça do autor do *fato criminoso*, antes é produto de uma *valoração que está na cabeça do juiz*, ao examinar o fato-crime, James Goldschmidt revela que o sistema jurídico predispõe normas afirmativas de valores que previnem a desestruturação ocasionada pela contrariedade ao direito. Porém, quando ocorre o dano, a adjudicação da responsabilidade e o cálculo do montante a ser reparado é objeto do conhecimento do juiz. GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007, p. 73.

tatação judiciária da reprovação, pois consiste na reunião do “fato sensível + incidência da norma”. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, portanto, enquanto não se materializa no mundo o seu suporte fático não passa de uma proposição linguística sem consequências jurídicas quaisquer. Só a cópula norma/suporte fático cria fato jurídico e somente de fato jurídico nascem efeitos jurídicos. Por isso, qualquer doutrina que não leve em conta esses elementos, como as doutrinas normativistas que somente veem a norma, relegando a plano secundário, ou mesmo deixando de lado o fato jurídico, jamais poderão explicar convenientemente o fenômeno jurídico”³⁵.

A decisão é imprescindível na ocasião em que existe litígio sobre a constatação do ilícito e da responsabilidade pessoal. E somente a partir desse pressuposto decisório é que se passa ao arbitramento da indenização. Uma operação que encerra valoração, casuísmo e caráter aberto aos parâmetros debatidos em contraditório. O dinamismo do processo enseja a definição do ato ilícito com o escopo de funcionalizar o dever de reparar-dissuadir, sendo que a dialética que estrutura o processo atribui força constitutiva à demarcação da indenização. Segundo Fazzalari, consiste:

Nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto); nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati³⁶.

O contraditório legitima e confere sustentabilidade aos fundamentos da decisão judiciária. O arbitramento do dano extrapatrimonial é capítulo da sentença e decorre do grau de reprovação que o magistrado justifica, ao afe-

³⁵ Prefácio do ensaio *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, de Didier Jr. e de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, p. 12.

³⁶ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

rir o contexto de responsabilização³⁷ que ensejou o prejuízo. Em decorrência, quando o art. 292, V, do Código de Processo Civil, determina que “na ação indenizatória, inclusive fundada em dano moral, o valor pretendido” deverá ser individualizado na petição inicial – esse dispositivo ratifica todas as premissas entabuladas, afinal, o contraditório não consiste em um instrumento de luta entre as partes, mas uma metodologia e um instrumento de operação do juiz³⁸, que deve levar em conta a dialética processual para *concretizar a norma do caso e entregar a tutela do direito*.

Se a própria parte autora deve postular um valor que reputa “justo” para indenizar o dano extrapatrimonial (art. 292, V, CPC), quer dizer que, na medida em que a jurisdição trabalha para concretizar a solução do caso em demanda, é reduzida a aplicação do precedente em relação à total abertura do dano material. Afinal, a função de concretizar a norma do caso para adjudicar a responsabilização e arbitrar o montante a ser reparado deixa claro que o sistema jurídico analisa o montante da indenização por intermédio de um “juízo elaborado pelo magistrado no momento da sentença”. A partir dessa data é que incidem os indexadores: atualização monetária desde a sentença e os juros moratórios desde o trânsito em julgado (conforme o também citado art. 85, §16º, do CPC).

CONCLUSÃO

A Súmula 54 do STJ estabelece que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”, um enunciado que se sistematiza na inteligência conjunta dos arts. 397 e 398 do Código Civil (todos esses enunciados foram elaborados no milênio passado).

Ocorre que, na hipótese da responsabilidade por dano extrapatrimonial, a *concretização da norma jurídica pela jurisdição* possui o efeito de estipular a contrariedade ao direito e, ao mesmo tempo, arbitrar a indenização referente ao prejuízo – na prática, a jurisdição “constitui” o prejuízo. Essa espé-

³⁷ Por “contexto de responsabilização” se remete aos pressupostos da responsabilidade civil, em especial, levando em conta a conduta, o elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa), bem como o nexo causal.

³⁸ PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

cie de dano permite um espaço de valoração mais aberto ao julgador, sendo que o *fator tempo também está inserido na delimitação da conta (diálogo das fontes entre art. 944 do Código Civil e art. 493 do Código de Processo Civil)*.

Se a base de cálculo do dano extrapatrimonial é diferenciada em relação às peculiaridades da base de cálculo do dano patrimonial, os fatores de indexação também merecem uma reflexão particularizada. Considerando o efeito *constitutivo* da decisão³⁹ que arbitra a recomposição dos danos extrapatrimoniais; portanto, a atualização monetária desse montante começa a valer desde a data da sentença (ou do acórdão, observado o efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC) e, em especial, o termo inicial dos juros moratórios é contado a partir do trânsito em julgado.

A releitura estreita (*narrowed*) dos precedentes decorrentes da Súmula 54 do STJ distingue a aplicação do enunciado para outros casos, mantém o enunciado válido, mas não para ser aplicado em termos de indexação do dano extrapatrimonial, cujos juros devem fluir a partir do trânsito em julgado.

DE CASTRO, Cássio Benvenutti. Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (*narrowing* dos precedentes em relação ao termo inicial dos juros na reparação do dano extrapatrimonial). *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 227-258, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (breviário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero et ali. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensa-

³⁹ Aqui não se trata de classificações de ações ou sentenças, mas do efeito prático que a decisão implica por intermédio da concretização da norma do caso.

mento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, abril 2000, v. 113, number 6.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. Prefácio do livro Teoria dos fatos jurídicos processuais. In: DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (distinguishing) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza et alii. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PUGLIESE, William. Precedentes e a civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso: 05-01-21.

SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018.

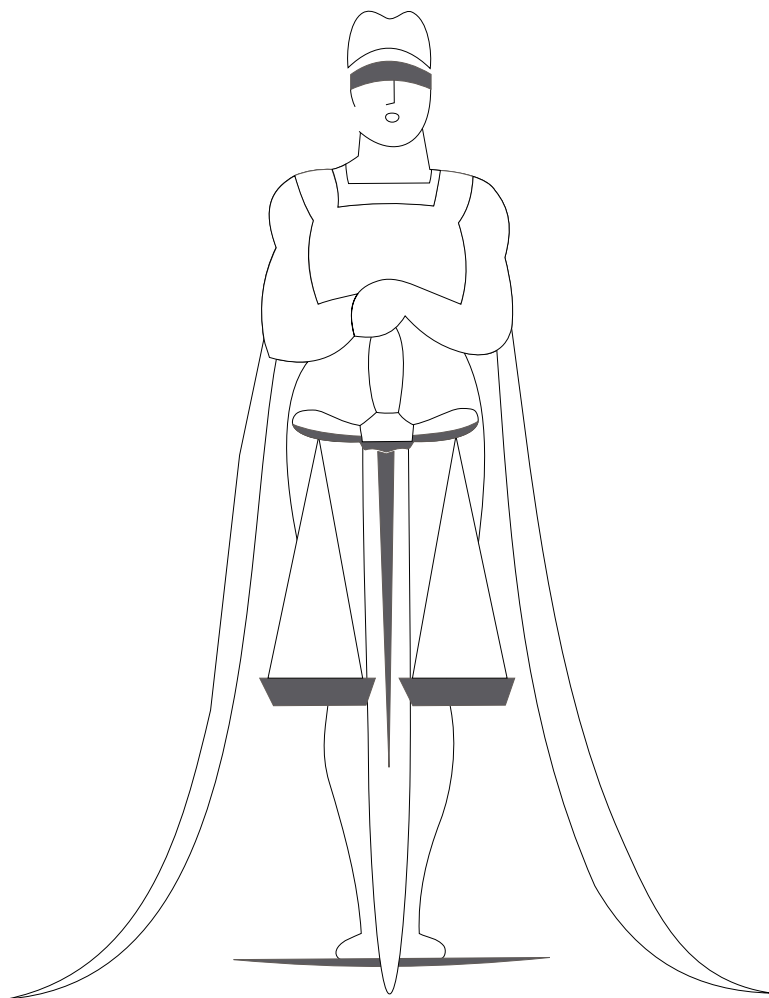
SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense.

TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976.

ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

DOUTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE DOCTRINE



A ‘Humanização’ Aplicada ao Planejamento Estratégico do Ministério Público – Atenção à Cidadania

HUMANIZATION APPLIED TO THE STRATEGIC PLANNING OF PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE - ATTENTION TO CITIZENSHIP

Newton Augusto Albuquerque CHIANCA¹

RESUMO

O propósito deste artigo é o de debater, atualizar e contribuir para a estimulação, elaboração, estruturação e inclusão da estratégia da ‘Humanização’ na completa atenção aos cuidados com a cidadania. Privilegiar a ‘Humanização’ no Programa Estratégico do Ministério Público brasileiro, somará de forma eficaz à sustentação de uma visão sistêmica da Atenção à Cidadania ao país, cujo método e aplicações técnicas farão um marcante diferencial de desempenho das diversas promotorias públicas. A valorização e inserção da ‘Humanização’ influenciará na identificação dos riscos, das prioridades e no discernimento daquilo que devem ser as ações imediatas e precoces voltadas ao atendimento das fragilizações da Atenção à Cidadania, sendo uma aliada na redução das condições crônicas da funcionalidade social. De igual natureza, fortalecerá e ampliará a qualidade da governança na forma como é definida pelo Banco Mundial: “governança é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento, e a capacidade dos governos de planejar, formular e programar políticas e cumprir funções”. A intenção não é a de trazer a ‘Humanização’ como um fim em si mesma, pronta e acabada. Mas a de apresentá-la como política institucional, um meio eficiente para se chegar a um propósito maior, contribuindo e garantindo a um sistema já instituído o cumprimento de seus objetivos com a máxima abrangência. Desejamos que a Atenção à Cidadania seja, de fato, um direito de todos; que todos possam se incluir nesse processo de aquisição.

¹ Analista Ministerial - Psicólogo - MPAP, MBA em Marketing, experiência profissional em treinamento e seleção de pessoal e Psicologia do trânsito, atendimento psicológico ao dependente químico.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Educação; Direito; Bem Comum; Dignidade Humana.

- **ABSTRACT**

The purpose of this article is to debate, update and contribute to the stimulation, elaboration, structuring and inclusion of the 'Humanization' strategy in the full attention to the care of citizenship. Privileging 'Humanization' in the Strategic Program of the Brazilian Public Ministry will effectively add to the support of a systemic vision of Attention to Citizenship in the country, which presents a method and technical applications that will make a difference in the performance of the various public prosecutors. The appreciation and insertion of 'Humanization' will influence the identification of risks, priorities and the discernment of what should be the immediate and early actions aimed at meeting the fragility of Attention to Citizenship, being an ally in the reduction of chronic conditions of social functionality. Likewise, it will strengthen and expand the quality of governance as defined by the World Bank: "Governance is the way in which power is exercised in the management of a country's social and economic resources for development, and the capacity of governments of planning, formulating and programming policies and fulfilling functions". The intention is not to bring 'Humanization' as an end in itself, ready and finished, but to present it as an institutional policy, an efficient means to reach a greater purpose, contributing and guaranteeing to an already established system the fulfillment of its objectives with the maximum scope. We wish that the Attention to Citizenship becomes, in fact, a right for all; that everyone can be included in this acquisition process.

- **KEYWORDS**

Education; Law; Common Good; Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O ser humano é o agente e paciente de uma construção que envolve uma relação entre ensinar, aprender e se reconhecer. (Givas Demore)

O debate que dissertaremos na sequência, é uma tentativa de estimular o conhecimento das vantagens oferecidas pelos princípios da 'Humaniza-

ção’ do SUS, a consequente elaboração de uma Política Nacional de ‘Humanização’ no Ministério Público brasileiro (PNHMPb) e sua inserção no Planejamento Estratégico da instituição.

Este estudo é baseado no Modelo Saúde da Família do Ministério da Saúde, o qual foi fundamentado e formulado por experiências comparadas e bem-sucedidas em vários países.

O SUS ocupou-se em possibilidades de diferentes modelos socioeconômicos, enlaçou a prática médica na atenção básica, fugindo do modelo “médico/hospitalocêntrico e flexneriano”.

A consequência da aplicação desse modelo no Brasil foi a introdução do Programa Saúde da Família (PSF) em 1994, com o propósito de redirecionar os esforços para a Atenção Básica, ampliando e interiorizando a cobertura do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Programa Saúde da Família (PSF) na época do seu desenvolvimento e implantação, trazia um modelo inovador, formulando e definindo as diretrizes para as Equipes de Saúde da Família, sempre sob um olhar atento das diversas entidades e instituições da área da saúde na época.

Como consequência da implantação do Programa Saúde da Família (PSF), firmaram-se as definições das suas Normas Operacionais, tais como a Visita Domiciliar (VD), cujas ações deveriam ser realizadas por médicos e enfermeiros em cada domicílio de pelo menos uma vez por ano; pelo Agente Comunitário de Saúde (ACS) uma vez no mês, privilegiando a prevenção e a busca ativa da população.

Destacamos ainda entre as Normas Técnicas, o Acolhimento. Esta se caracteriza pelo modo de operar os processos de trabalho, na forma de dar atenção para todos que procuram os serviços, permitindo ouvir suas necessidades e assumindo uma postura capaz de acolher, escutar e pactuar respostas mais adequadas junto às cidadãs e aos cidadãos.

O Acolhimento implica no compartilhamento de saberes, necessidades e possibilidades constantemente renovadas, não se resumindo a um espaço ou a um local específico. Trata-se de um conceito que pressupõe a mudança da atitude e postura na relação profissional/cidadão e sua rede social.

Com as Normas Operacionais sendo definidas, “o processo de trabalho das equipes do Programa Saúde da Família (PSF) foi se caracterizando pelo desenvolvimento de ações proativas, transformando o planejamento de atuação junto à comunidade o aspecto fundamental para a sua efetivação, sempre se levando em conta a família/comunidade”.

“Instituiu-se com a inclusão do PSF no SUS, uma das bases do tripé de ferramentas humanizadas (visita domiciliar/ acolhimento/ abordagem familiar) que, somada com a inserção social privilegiada, marcam e diferenciam o Programa Médico de Família”.

2. A ‘HUMANIZAÇÃO’ E A ATENÇÃO À CIDADANIA

O ser humano é um animal que só se humaniza pela socialização. (Durkheim)

A proposta da Política de ‘Humanização’ no Ministério Público que queremos influenciar, aponta para associá-la à organização estratégica do sistema de promoção de justiça em conjunto com as práticas de cuidados com Atenção à Cidadania (termo para homogeneizar as incumbências constitucionais).

Buscamos as respostas daquilo que aqui sugerimos no exercício prático, na implantação de uma cultura institucional que amplie o atendimento às carências da população que deverão ser expressas em políticas, programas e serviços na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF/1988), consoante aos princípios e às diretrizes que estruturam a Constituição da República Federativa do Brasil.

O sentimento de ‘Humanização’ que a locução traduz, reportar-se àquilo que é imperioso à compreensão do vocábulo na contínua realização de processos históricos, políticos e culturais que expressam modelos de projetos no campo da concepção, qual seja, “na capacidade de entender ou criar uma ideia, um modo de ver e sentir”.

Ressaltar a ‘Humanização’ nas reflexões administrativas e jurídicas, é submeter ao conjunto de pessoas envolvidas, o processo de raciocínio lógico sobre as concepções que se incide na problemática de como organizar-se institucionalmente para aperfeiçoar e atingir o bem comum, tendo como o núcleo da reflexão, o comprometimento da participação coletiva e cidadã, com o fortalecimento das relações entre os usuários, os trabalhadores terceirizados, os servidores e os membros do Ministério Público.

Nessa perspectiva, pretendemos também realçar e ampliar a índole ativa do Ministério Público, característica central de uma instituição permanente, e que por impulso próprio é legitimada a promover todas as medidas necessárias à efetivação dos direitos assegurados pela Constituição, conferindo dinamismo, integrando o indivíduo e a comunidade, num caráter coletivo e massivo, privilegiando fins preventivos, típicas das sociedades ocidentais civilizadas e avançadas.

Como já discutido em documento anterior (Política Nacional de ‘Humanização’ no Ministério Público brasileiro (PNHMB) – Proposta e Debate Introdutório), no campo das políticas públicas de saúde, a ‘Humanização’ diz respeito à transformação dos modelos de atenção e de gestão nos serviços e sistemas de saúde - SUS, paradigma da experiência pública brasileira bem sucedida que elegemos para nos servir de referência, indicando a necessária construção de novas relações da cidadania no mundo do Judiciário.

Assim, “a ‘Humanização’ em saúde volta-se para as práticas concretas e comprometidas com a produção de saúde, com o bom atendimento do usuário de saúde que se dá em correspondência, com as mais acertadas condições de trabalho e de envolvimento dos diversos agentes participantes no processo de produção de saúde (princípio da indissociabilidade entre atenção e gestão” (Campos, 2000).

É importante frisar que o investimento no aumento do grau de comunicação dos grupos sociais, e entre eles (princípio da transversalidade), bem como o aumento do grau de participação institucional por meio de processos de cogestão e de corresponsabilidade no cuidado da produção de Atenção à Cidadania, serão decisivos para as mudanças que se pretende.

É vital ponderar alguns pontos examinando com atenção a conjuntura das instituições.

A consciência cidadã brasileira precisa assumir o seu protagonismo como sujeito de sua história e evoluir socialmente, quebrando estigmas e perseguindo o caminho da evolução social, responsabilidades que vem recebendo apoio institucional do Ministério Público brasileiro.

Os Poderes geralmente vendem a crença ao imaginário popular de uma isenção político-partidária e ideológica quando exercem suas escolhas de políticas públicas e administrativa, tentando convencer que são apenas, e meramente, baseadas pelas precondições e convicções estabelecidas e respaldadas nas leis, como se não houvesse espaço para interpretações.

Na realidade, nenhum movimento realizado pelos três poderes está isento de valores, concepções, pressões políticas, basta acompanhar os debates orçamentários e os acontecimentos políticos.

Não há dúvida que os atores e líderes dos Poderes Republicano disputam força e privilégio com outros atores no cenário nacional. Tudo muito justificado. São seres políticos como qualquer outro ser, o que fortalece a necessidade de haver de uma cidadania ampliada e ativa na ocupação legítima dos seus espaços para de fato haver uma nação brasileira instituída.

O Ministério Público é instituição capaz de promover as vantagens da cidadania vigilante na vida nacional; de ser o ator principal para estimular a maturidade da nossa sociedade com a participação de todos na discussão das aplicabilidades das leis, ressaltando o valor social e lúdico contido no entendimento e no comprometimento popular com as regras legais de convivência.

O mundo de relações está mudando a uma velocidade incomparável com as nossas experiências, momento pelo qual o Ministério Público, pela maturidade alcançada, pode tomar a dianteira e avançar nas transformações das práticas de Atenção à Cidadania, sendo futurista, proveitoso e saudável progredir na universalidade ao acesso, na integralidade do cuidado e na equidade das ofertas da Atenção à Cidadania.

Vivemos imersos em instituições que prestam variados serviços, muitos deles públicos, que vem se cristalizando no nosso imaginário e fazendo parte da nossa realidade social pela disponibilidade cotidiana com que nos é ofertado, mas apenas nos utilizamos, nos relacionamos, mas que nem sempre são eficientes.

As instituições vêm se impondo entre as muitas gerações no decorrer do tempo, a ponto de muitas delas chegarem ao extremo de não se permitirem de serem questionadas, com seus integrantes julgando-as perfeitas no funcionamento, colocando-as acima do bem e do mal. São instituições que perderam principalmente as referências de sua origem, petrificando-se sem mais serem questionadas, muito diferente daquilo que esperamos para o Ministério Público brasileiro.

Quando aceitamos esse padrão político-social-administrativo que nos foi imposto por gerações de cultura da institucionalização, vamos nos acostumando e não nos insurgimos no caminho da reflexão crítica e participativa na nossa sociedade, com a desculpa fácil do “sempre foi assim”, sem pensar se o modelo de hoje, baseado no modo de vida anterior, nos faz bem.

Mas se o grupo é quem reproduz o cotidiano, tem a oportunidade de reformular tais regras. O grupo é então ao mesmo tempo responsável pelos atuais arranjos e sua singularidade, assim como o agente da metamorfose, da rebeldia, na conversão da produção do novo.

Portanto, a ‘Humanização’ é na sua essência um processo de subjetivação e de interação que se efetiva com a alteração dos modelos de atenção e de gestão de Atenção à Cidadania de todos os implicados em novos questionamentos institucionais de práticas cidadãs, tornando a vida também num movimento de produção de normas e não só de assujeitamento a elas.

Fazendo as devidas adaptações do SUS, podemos definir a ‘Humanização’ como a “valorização dos processos de mudança dos sujeitos na produção de Atenção à Cidadania”. (Definição do SUS: “valorização dos processos de mudança dos sujeitos na produção de saúde”).

3. PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E A “HUMANIZAÇÃO”

Enquanto o ser humanizado não compreender que o prazer não é a felicidade, nada realiza para ser feliz realmente. (Joaquim de Aruanda)

Planejar a atuação do Ministério Público nas diversas áreas da instituição é tarefa complexa, mas que vem sendo desenvolvida com eficiência.

A atuação sobre as demandas da população, normalmente estruturadas a partir das diversas realidades locais, e especialmente voltadas aos municípios, vêm somadas ao ambiente nacional de diretrizes constitucionais e de políticas públicas.

Por outro lado, compete ao Ministério Público garantir padrões de acessibilidade, qualidade e eficiência aos serviços oferecidos à população como um todo, respeitando a direção regida pela legalidade e pelo rigor dos procedimentos, sendo a cada dia mais solicitado a aperfeiçoar a sua capacidade de comando, num desafio constante da renovação de uma nova gestão pública.

O desenvolvimento e a apropriação de técnicas, ferramentas e metodologias nos ambientes da administração pública, antes associadas exclusivamente à pujança do setor privado, permite atualmente a oportunidade do espelhamento em instâncias avançadas dos setores de políticas públicas, como é o caso da que aqui nos miramos, A Política Nacional de ‘Humanização’ (PNH) – Humaniza SUS, que vem servindo a um amplo movimento de considerações, de representações de ideias e sentimentos, pressionando o setor público para mais eficiência, eficácia, efetividade e transparência.

Objetivamos dar relevo à Política Nacional de ‘Humanização’ no Ministério Público brasileiro (PNHMPb), pois na medida em que se tornar aderente ao planejamento estratégico da instituição ministerial, passará a somar e ser uma forte aliada logística e simbólica de gestão.

Reforçando o que aqui vem sendo tratado, este artigo busca trazer à tona o debate das diretrizes e dos conceitos que deverão emergir ao ser elaborado o Planejamento Estratégico ministerial, permitindo transpor e adequar a literatura existente no Ministério da Saúde-SUS, naquilo que tange

à ‘Humanização’, encorajando um diálogo entre as duas vivências e reflexões, para que o entendimento inicial seja alcançado.

Ainda, lembramos a ideia de que procuramos engendrar e tratar a ‘Humanização’, com as suas propostas e estratégias, enquanto política institucional, e não apenas como mais um programa.

Nesse sentido, sendo o nosso objetivo principal estimular a aplicabilidade da ‘Humanização’ no planejamento estratégico ministerial, é natural que seja necessário um estudo prévio na instituição. Precisaremos criar um arcabouço teórico suficiente para a compreensão da nossa rede de experiência já formada e a identificação dos pontos relevantes da estrutura funcional do Ministério Público.

A partir dos estudos e formulações, formataremos as intervenções necessárias e condizentes com aquilo que se poderá prever para a Política de ‘Humanização’ ministerial, que uma vez previamente elaborada e pronta para otimizar a estratégia e a funcionalidade da rede de intervenções, possibilitará o aumento na qualidade do atendimento ao usuário na Atenção à Cidadania.

Intercalando a teoria aos fatos, pensar a ‘Humanização’ como articuladora e facilitadora do planejamento estratégico, pode tão somente trazer relevância às contribuições de eixos de atuação já previstos; que junto às mudanças elaboradas pela melhoria do sistema, pelo aperfeiçoamento e investimento em desenvolvimento humano, de maneira clara e objetiva, poderá verdadeiramente colaborar com as metas e objetivos institucional de atuação.

Fechando, as organizações pública ou privada atuam em meio a um ambiente junto a sua própria existência. A sobrevivência depende da maneira como ela se relaciona com esse meio. É ainda importantíssimo assimilar a relevância da coalizão dos diligenciamentos individuais com a coordenação coletiva deles, para que as transações planejadas com o ambiente possam tornar-se efetivas.

Toda organização, independentemente da sua origem, deve ser formada por uma estrutura bem delineada, mas ao mesmo tempo dinâmica e instrumentalizada de tal modo que permita fluir o seu melhoramento contínuo, fatores que marcam os princípios da ‘Humanização’.

Como nos faria pensar Barembritt (1992), “...uma organização instituída, por assim dizer, uma instituição, é um organismo social vivo formado com objetivos específicos e, sujeito a mudanças. Assim, quanto mais rígida for, maior sua dificuldade de adaptação e logo, competitividade”.

4. GESTÃO HUMANIZADA DE PESSOAS COMO ESTRATÉGIA

Sem Conhecimento e Sem Comunicação Não Há Humanização.
(Camila Pinheiro Silveira/Cintia Alves dos Santos)

A gestão estratégica de pessoas, entre outras variáveis organizacionais do ambiente público ou privado, sempre foi um tema estudado com ênfase na relação entre políticas e práticas da administração.

São as pessoas, finalmente, que promovem o sucesso ou insucesso das estratégias de toda organização, que atuando como protagonistas trazem vantagens sustentáveis, dando vida aos processos.

“Gerir pessoas implica na determinação de objetivos, de políticas, de diretrizes e da estruturação das organizações. Nesse processo o foco principal é preparar as pessoas para a produtividade, eficiência e qualidade à realização dos objetivos organizacionais, de modo a conciliar os anseios individuais e sociais”. (Silveira e Miranda, 2011)

O grande desafio está na integração dos valores institucionais com a ‘Humanização’ das relações de trabalho. Objetivamos a preparação do planejamento institucional voltado para a gestão estratégica de pessoas com ações mais humanizadas, que permita abraçar seus talentos, emoções e intelectos, agregando seus conhecimentos aos fatores do direcionamento.

O conceito de gestão humanizada, importante salientar, aplica-se a todos os profissionais, trabalhadores, servidores e membros, afinal todo profissional é um influenciador de pessoas pela sua natural condição de relacionar-se, independente da área de formação e atuação.

Na abrangência do nosso estudo, apesar de todas as publicações teóricas e práticas, ainda há muitos questionamentos sobre as relações entre organizações e pessoas.

As bases teóricas têm possibilitado reflexões que demonstram inúmeras implicações na maneira de perceber a instituição, especialmente a pública, e quais as consequências para a gestão estratégica na inquestionável necessidade de instigar e recorrer às pessoas na operacionalidade de suas atividades que tanto vem sofrendo modificações nas suas práticas e nos conceitos gerenciais.

Para enfrentar os novos paradigmas, precisaremos ir além do investimento direto nos produtos e serviços, especialmente pensando nas instituições ministeriais que aqui cuidamos.

Será necessário credenciar pessoas que percebam os novos acontecimentos e necessidades sociais, preparando-as para os novos saberes das demandas que se transformam a cada dia em novos serviços, dando suporte a quem tem a sensibilidade de como criá-los, desenvolvê-los, produzi-los e melhorá-los.

Ao incorporar a ‘Humanização’ em cada nova abordagem laboral de demanda social, o Ministério Público se integrará na busca da sua renovação dinâmica e constante de conhecimentos e nas formas de captação do saber jurídico e social, aprofundando os mecanismos de aprendizado compartilhado com os saberes culturais das necessidades cidadã, fugindo da lapidificação que paralisaria seu desenvolvimento dinâmico de relação com a sociedade brasileira.

Segundo Zarifian (2008), “é a organização que permite unir a competência individual à coletiva. Para o autor as pessoas complementam as competências individuais ao fazer uso das informações existentes na organização para comporem o todo”. Ainda para Zarifian, “a multiplicidade de conhecimentos, especialidades e experiências resulta na troca de saberes e conexões entre atividades diferentes”.

A Gestão humanizada é, sem dúvida, o novo paradigma.

5. A INFORMÁTICA E A ‘HUMANIZAÇÃO’ NO ATENDIMENTO A CIDADANIA

Cada vez que a tecnologia avança o ser humano deve avançar na sua humanização e ser mais humano. (Ronald Parada)

A contribuição da ciência para a sociedade é inquestionável na medida em que proporciona avanços nos diversos aspectos do planeta, melhorando a qualidade de vida das populações, da natureza, enriquecendo as sociedades intelectual e culturalmente.

A ciência ao responder às grandes indagações da humanidade e enfrentar desafios importantes do nosso cotidiano, cria o conhecimento que possibilita melhorar a educação, a vida ambiental e urbana, derrubando muros dos confrontos e mistérios dos fenômenos naturais cronológicos, causais e lógicos do universo, revelando-se fundamental para o desenvolvimento sustentável da vida.

As Ciências Humanas, hoje muito associadas a Ciência da Informação e à Tecnologia da Informação, esta última tratada como a ciência aplicada,

têm como universo de influência ativa o desafio no campo da compreensão das tendências impalpáveis do cidadão diante das suas necessidades individuais e coletivas, que acrescidas com o exercício do controle social, buscam as respostas das complexas estratégias de decisão do gestor público no contexto de desenvolvimento técnico-científico, articulando com os conhecimentos dos demais estudos sociais e econômicos do país.

Atento a essas necessidades e considerando que grande parte da atual atividade da área de Atenção à Cidadania está no processamento informatizado, a governança da informação passou a ocupar lugar estratégico no relacionamento governo/cidadão e no fortalecimento das relações interfederativas, exigindo incluirmos tais competências neste debate para o fortalecimento e concretização da Política Nacional de 'Humanização' no Ministério Público brasileiro (PNHMP).

Como já frisamos ao longo do que aqui debatemos, para que seja alcançado o melhor resultado possível, há a permanente necessidade de envolver a participação da cidadania nos programas, instruindo e disponibilizando as ferramentas necessárias para se ter o acesso assegurado, permitindo fazer escolhas mais bem informadas e conscientes.

É primordial que os órgãos públicos promovam iniciativas de desenvolvimento do conhecimento da informatização da transparência pública e de sensibilização para a ética.

É basilar empreender uma cooperação próxima com a comunidade científica, capacitando e ampliando o envolvimento da população e das organizações da sociedade civil na construção do conhecimento para o entendimento global, focando a relevância da ciência da informação enquanto recurso para o desenvolvimento da efetiva participação e fiscalização daquilo que é público.

No Ministério Público brasileiro é significativo pensar na construção de uma padronização tecnológica nacional, respeitando as características e legislações locais, para os procedimentos de obtenção, tratamento e acesso aos dados e informações, transmitindo significados e compreensão transparentes dos diversos contextos de atuação.

Assim, mais uma vez salientado a experiência do SUS que tomamos como parâmetro ao que aqui defendemos, "Cabe destacar ainda que o alcance da interoperabilidade dos sistemas de informação em saúde é condição central desta Política, tendo em vista que só a partir desta integração será possível amparar um processo decisório coerente com as reais necessidades da população" (HOVENGA, 2008).

Esse relacionamento da ‘Humanização’ com a ciência, dará crédito ao desenvolvimento da tecnologia assistiva, termo atualmente utilizado no SUS para identificar todo o conjunto de recursos e serviços que contribuem para proporcionar e/ou ampliar habilidades funcionais de pessoas com deficiência, promovendo a independência e inclusão.

Com a ‘Humanização’ assim fortalecida com a informatização, assistiremos o reforço de um ambiente colaborativo, facilitando e reafirmando redes globais de ciências humanas, das ciências jurídicas, da tecnologia e inovação, amparando a participação de atores no cenário de mudanças e dos desafios de desenvolvimento da interação entre as políticas governativas e a sociedade.

A informatização encorajará a aproximação das agências públicas de controle social junto às academias científicas, ao campo, à indústria e ao comércio, trazendo a contribuição de jovens na vigilância e discussão de temáticas da ciência, tecnologia, inovação e controle social.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distância não afasta as pessoas. O silêncio sim. (Autor desconhecido)

A Política Nacional de ‘Humanização’ no Ministério Público brasileiro (PNHMP) se caracterizará como um fiel aliado à continuidade do movimento de aperfeiçoamento e concretização dos princípios constitucionais no dia a dia dos serviços da Atenção à Cidadania.

O conceito de ‘Humanização’ ao ser proposto como política pública, amplia-se abrangendo concepções voltadas a garantia do direito à cidadania, apontando diretrizes e dispositivos legais comprometidos com a concepção e com a capacidade de transformação dos modelos de gestão e atenção.

O questionamento proposto envolve o desenvolvimento da cidadania, do institucional, dos serviços, da gestão e do controle social, constituindo-se na perspectiva de uma transformação da organização do trabalho, dos processos formativos, das práticas das relações orgânicas, sempre em conjunto com a participação da comunidade na gestão da Atenção à Cidadania nas várias esferas de gestão.

A expectativa com os resultados produzidos é a de que com a inserção da Política Nacional de ‘Humanização’ no Ministério Público brasileiro (PNHMP) no seu Planejamento Estratégico, impulsionará e unirá aquilo que efetivamente dê conta da melhoria na prestação de serviços da instituição em toda a sua integralidade.

É nosso propósito debater o delineamento dinâmico da contribuição do impacto da ‘Humanização’ no Planejamento Estratégico ministerial que se processa continuamente, renovando a compreensão das necessidades de práticas profissionais e de organização de um trabalho que evolui em transformação mútua e permanente, sempre em direção a uma noção de qualidade na Atenção à Cidadania, pautado pela compreensão de um processo de permanente Evolução Humana.

CHIANCA, Newton Augusto Albuquerque. A ‘humanização’ aplicada ao planejamento estratégico do Ministério Público – atenção à cidadania. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 260-275, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGGIO, Adelar Francisco, e LAMPERT, Amauri Luis. Planejamento Organizacional. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010. – 126 p. – (Coleção educação a distância. Série livro-texto). Em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/162/Planejamento%20organizacional.pdf?sequence=1>. Acesso em 22/03/2020.

BENEVIDES DE BARROS, R. & PASSOS, E. ‘Humanização’ na saúde: um novo modismo? *Interface*, 9(17): 389-394, 2005a. BENEVIDES DE BARROS, R. & PASSOS, E. A ‘Humanização’ como dimensão pública das políticas públicas de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, 10(3): 561- 571, 2005b.

Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde. http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_humanizacao_pnh_folheto.pdf Acesso em: 02/07/2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 05/05/2020

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF. 1990. Acessado em 08/05/2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA-EXECUTIVA. DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO DO SUS.

Política Nacional de Informação e Informática em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. p. 9. Acessado em: 08/04/2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_infor_informatica_sau-de_2016.pdf

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Plano de Ação, Monitoramento e Avaliação (PAM&A) da Estratégia de Saúde Digital para o Brasil 2019-2023. Portal do Governo Brasileiro, 2020. Acessado em 10/04/2020. Disponível em <https://saudedigital.saude.gov.br/a-estrategia-brasileira/>

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 2.073, de 31 de agosto de 2011. Regulamenta o uso de padrões de interoperabilidade e informação em saúde para sistemas de informação em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, nos níveis Municipal, Distrital, Estadual e Federal, e para os sistemas privados e do setor de saúde suplementar. 2011. Acessado em 28/04/2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2073_31_08_2011.html

BRASIL/MINISTÉRIO DA SAÚDE. Política Nacional de 'Humanização', 2004. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/saude/area.cfm?id_area=390 Acesso em: 25/08/2006.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização.

HumanizaSUS: Documento base para gestores e trabalhadores do SUS / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. – 4. ed. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. 72 p. : il. color. (Série B. Textos Básicos de Saúde)

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização.

HumanizaSUS: Política Nacional de Humanização: a humanização como eixo norteador das práticas de atenção e gestão em todas as instâncias do SUS / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

CAMPOS, G. W. Um Método para Análise e Co-Gestão dos Coletivos: a construção do sujeito, a produção de valor de uso e a democracia em instituições – o método da roda. São Paulo: Hucitec, 2000.

CASATE, J. C. & CORRÊA, A. K. 'Humanização' do atendimento em saúde: conhecimento veiculado na literatura brasileira de enfermagem. Rev. Lat-Am. Enfermag., 13(1): 105-111, 2005.

CHIAVENATO, Idalberto. Gestão de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. COSTA, ELIEZER ARAANTES – PROGRAMA DE FORMAÇÃO EM PLANEJAMENTO E GESTÃO ESTRATÉGICA PARA OS SERVIDORES DA UNICAMP – 2003

GESTÃO HUMANIZADA DE PESSOAS COMO ESTRATÉGIA COMPETITIVA NAS EMPRESAS

HUMANIZED MANAGEMENT OF PEOPLE AS A COMPETITIVE STRATEGY IN COMPANIES

ÁREA TEMÁTICA: GESTÃO DE PESSOAS Eudis Murilo Sottoriva, SESCPR/ Guarapuava, Brasil,

murilo.sottoriva@sescpr.com.br Prof.9. MSc. Marta Cristina Wachowicz, Brasil, marta.c.wachowicz@gmail.com EBAPE.BR, v. 10, nº 4, artigo 8, Rio de Janeiro, Dez. 2012, p.913-924. <URL http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-39512012000400009&script=sci_arttext> . Acessado em 20/06/2020.

KALICHMAN, A.O.; AYRES, J. R. C. M. Integralidade e tecnologias de atenção à saúde: uma narrativa sobre contribuições conceituais à construção do princípio da integralidade no SUS. Cadernos de Saúde Pública. 2016, v. 32, n. 8, p. e00183415. BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Saúde Digital. Portal do Governo Brasileiro, 2020. Acessado em 08/05/2020. Disponível em: <https://saude-digital.saude.gov.br/>

Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 set. 1990. Seção 1, p.18055. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em: 24/05/2020.

Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Departamento de Informação e Informática do SUS. Política Nacional de Informação e Informática em Saúde: proposta versão 2.0. Brasília, 2004. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/PoliticalInformacaoSaude29_03_2004.pdf Acesso em: 25/04/2020.

Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Planejamento e Orçamento. Plano Nacional de Saúde – PNS: 2012-2015. Brasília, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_2012_2015.pdf Acesso em: 23/05/2020.

ONOCKO CAMPOS, R. O encontro trabalhador-usuário na atenção à saúde: uma contribuição da narrativa psicanalítica ao tema do sujeito na saúde coletiva. *Ciênc. Saúde Colet.*, 10(3): 573-583, 2005.

PLANES – PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL - UNICAMP – WWW.CGU.UNICAMP.BR/PLANES

PLANES- PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DOS ÓRGÃOS DA PRÓ-REITORIA DE DESENVOLVIMENTO UNIVERSITÁRIO – UNICAMP – 2003.

PLANES- PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DOS ÓRGÃOS DA PRÓ-REITORIA DE DESENVOLVIMENTO UNIVERSITÁRIO – UNICAMP – MAIO 2006

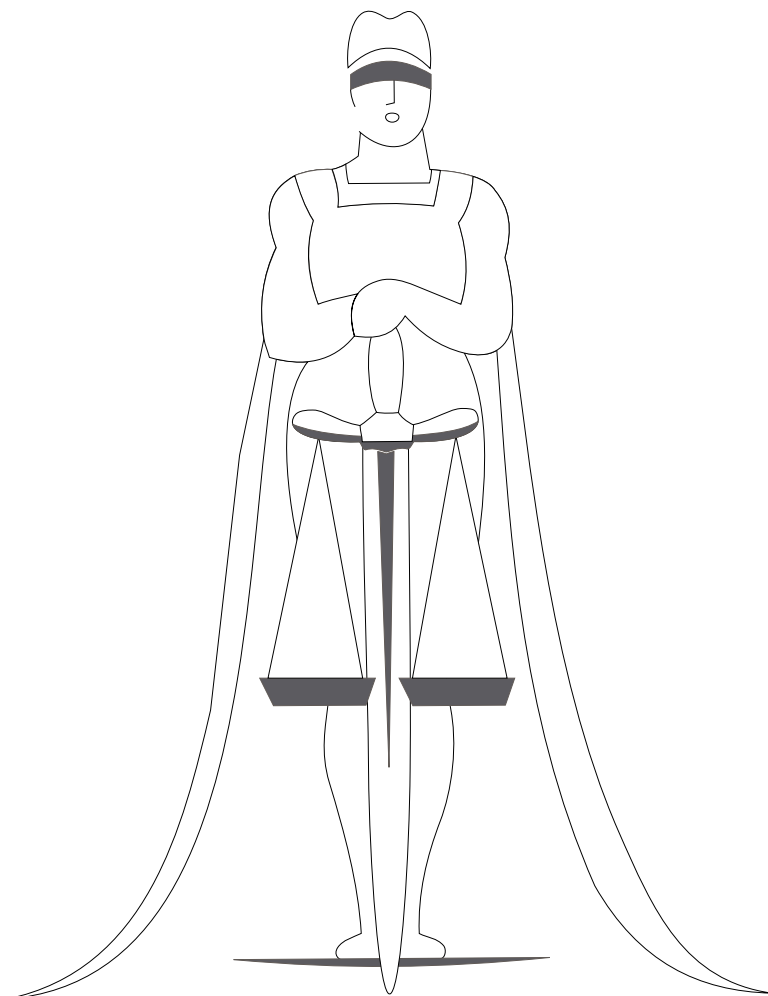
PUCCINI, P. T. & CECÍLIO, L. C. O. A ‘Humanização’ dos serviços e o direito à saúde. *Cad. Saúde Pública*, 20(5): 1342-1353, 2004. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 6, p. 1257-1280, nov./dez. 2003. Disponível em: <http://app.ebape.fgv.br/comum/arq/Ruediger.pdf> Acesso em: 09/05/2020.

SCHERKENBACH, WILLIAM – O CAMINHO DE DEMING PARA A MELHORIA CONTÍNUA – QUALITYMARK – 1993

TEIXEIRA, R. R. ‘Humanização’ e atenção primária à saúde. *Ciênc. Saúde Colet.*, 10(3): 585- 598, 2005. WHOQOL GROUPS – WWW.UFGRS/PSIQ/WHOQOL

FILOSOFIA DO DIREITO

PHILOSOPHY OF LAW



Se não Houver Limites no Poder, Acabaremos Todos Tiranos: O Poder em Maquiavel e seu Exercício em Comparativo com a Modernidade

IF THERE ARE NOT LIMITS ON POWER, WE WILL ALL END UP TYRANTS: POWER IN MACHIAVELLI AND ITS EXERCISE IN COMPARISON WITH MODERNITY

Gilson Bomfim Candeias dos SANTOS¹

• RESUMO

O presente artigo de revisão tem por finalidade abordar o conceito de poder para Nicolau Maquiavel e procura analisar a dimensão de influência das ideias desse filósofo no contexto histórico, como também, em particular, tenta relacionar a aplicação desse conceito de poder em algumas literaturas modernas e contemporâneas, e ainda contextualizar as ideias desenvolvidas por Maquiavel com a de outros teóricos sob o ângulo crítico de alguns fatos políticos. A justificativa para o estudo é fazer uma reflexão acerca do tema: poder político e seus limites. A proposta está voltada para uma análise comparada, bem como contextualizada na perspectiva do poder na obra *O Príncipe* de Maquiavel com outros estudiosos do assunto, numa dialética discursiva entre teóricos da mesma época e modernos, verificando a possibilidade diametral se aquele modelo de exercício de poder político realista encontra ressonância em alguns fatos políticos recentes. E, ainda, analisá-los comparativamente a luz do Estado Democrático de Direito, ora pela sincronia ou ora pela diacronia.

• PALAVRAS-CHAVE

Poder; Maquiavel; O Príncipe; Estado; Poder Político.

• ABSTRACT

The present article of vision has the goal to approach the power concept

¹ Acadêmico do Curso de Direito da UFS. O artigo foi solicitado pelo Professor da disciplina: Introdução à Metodologia Científica – Dr. Marcelo de Santanna Alves Primo, sendo parte integrante da 3ª avaliação do período.

for Niccolò Machiavelli and find to analyze the influence dimension of the ideas of this philosophy in the historical context, like also, in particular, try to connect the application of this power concept in some modern and contemporary literatures, and still contextualize the ideas developed by Machiavelli with other theoretical in the critic angle of some politic facts. The justify to the study is doing a reflection about the subject: politic power and your limits. The propose is back for a compared analyze, like also contextualized in power perspective in the composition *The Prince* of Machiavelli with other studios of the subject, in a discursive dialectic between theoretical of the same period, checking the diametric possibility if that model of realist politic power exercise find resonance in some recent politic facts. And, still, analyze them comparatively the light of the Democratic State of Justice, as by the sync, as by the diachronic.

- **KEYWORDS**

Power; Machiavelli; The Prince; State; Politic Power.

1. INTRODUÇÃO

O problema do poder político esteve e está sempre na sociedade, em *O Príncipe* de Nicolau Maquiavel², a ideia toma contorno diverso do pensamento até então vigente, considerando a perspectiva do cristianismo predominante da Escolástica e da Patrística com um foco diverso entre a ciência e a fé. Maquiavel dá ao poder político um contorno independente da moral cristã sob o viés da política real praticada pelos homens a partir da explicação lógica e metódica do que um príncipe deve fazer para se manter no poder.

2 **Nicolau Maquiavel** (Niccolò Machiavelli) nasceu em 3 de maio de 1469 na cidade de Florença, na Itália. Filho do advogado Bernardo e da poetisa Bartolomea de' Nelli. Estudou na Escola San Benedetto e ficou conhecido por dominar bem a língua latina. Político, filósofo, escritor, embaixador e conselheiro. Participou ativamente da política florentina quando do governo da família Bórgia, atuando ora como conselheiro, embaixador, diplomata, consultor entre outros. Em 1512 foi condenado a pagar 1.000 florins de ouro (moeda italiana similar ao dólar hoje) de fiança e em 1513 é preso e torturado acusado de traição. Deixou três obras: *O Príncipe*, escrita em 1513 e publicada em 1532, obra política dedicada ao duque de Florença, Lorenzo de Médici; a peça *A mandrágora*, de 1518 e publicada em 1524; e *A arte da guerra*, de 1519-1520 e publicada em 1521.

A temática do artigo se concentra na explicação do conceito de poder político e seus significados a partir do estudo da obra *O Príncipe*, explorando seus significados e procurando questionar o limite desse poder naquele período em comparado com a visão de teóricos da modernidade como Hobbes, Rousseau, Montesquieu, e o período atual sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Para Nicolau Maquiavel, o poder político sempre foi algo de sua admiração e estudo, tendo devotado grande parte de sua vida a esse assunto e problemática em torno da questão. Pode-se dizer que tinha uma visão avançada ou liberal sobre o tema, e até um posicionamento perigoso ao afirmar que o príncipe nas suas decisões acerca das coisas do Estado, não poderia se pautar na moral ou na ética. Pensamento esse que rendeu ao seu nome, o termo pejorativo de maquiavélico, assim como outros correlatos, como: maquiavelismo etc. Devemos lembrar que estamos falando da Idade Média, tempo em que determinados assuntos eram tabus ou proibidos para a igreja católica, ditadora das normas de conduta, da moral, e da ciência, principalmente sobre o que se podia dizer a respeito da ciência, considerando que o conhecimento recebia influência direta da Escolástica³ numa mistura de fé e razão. Nessa condição qualquer palavra ou escrito poderia estar contrariando algum dogma da igreja e a pessoa ser considerada herege ou ter sua obra relacionada no índice (latim *Index*⁴). Tempos tenebrosos esses de Maquiavel, em especial, por estar vivendo numa Itália dividida e marcada pelos conflitos entre as famílias italianas pelo domínio dos principados ou pela disputa do papado.

Em seus estudos, Nicolau Maquiavel observou minuciosamente os passos e a trajetória da família Bórgia⁵ para ascensão ao poder, em particular Cé-

³ **Escolástica:** filosofia fundada por Santo Tomás de Aquino praticada nas escolas a partir do século IX até o fim da Idade Média e que procurava harmonizar razão e fé. Naquele período, acreditava-se que Deus havia dotado o homem de conhecimento pela razão e pela revelação, pois aquilo que não pudesse ser explicado pela razão deveria ser explicado pela fé. Em contraposição, o Renascimento coloca o homem como centro do universo e razão como fundamento único do pensamento, focando os estudos da cultura clássica grega.

⁴ **Lista de livros de leitura proibida** (*Index Librorum Prohibitorum*) pela Igreja Católica Apostólica Romana durante a Idade Média, tendo a primeira versão promulgada pela Papa Paulo IV 1559 e autorizada pelo Concílio de Trento, sendo a última editada em 1948, e abolido em 1966, pelo Papa Paulo VI.

⁵ **A família Bórgia** ficou conhecida como a primeira família criminosa da história da Itália Re-

sar Bórgia⁶, duque Valentino, por meio de conspirações, acordos, assassinatos e envenenamentos. Maquiavel vivenciou alguns desses fatos enquanto atuou junto à família Bórgia como conselheiro, secretário, diplomata entre outros cargos. Também testemunhou a expulsão de Florença de Piero de' Médici, filho de Lorenzo de' Médici, após a morte de seu pai, o Papa Inocêncio III, sob a acusação de conspiração em 1494 por seu desafeto Rodrigo Bórgia, agora Papa Alexandre VI. No entanto, a vida de Maquiavel sofre uma reviravolta a partir de 1513 com a morte de Júlio II sucessor de Alexandre VI e logo após a eleição do cardeal Giovanni de' Médici como Papa Leão X, sendo perseguido e afastado da vida política por seus serviços prestados aos Bórgias.

Críticos especulam que Maquiavel dedicou sua obra *O Príncipe* (1513) a família Médici, na pessoa de Lorenzo de' Médici⁷, nomeado príncipe de Florença, por Leão X, papa da Romanha⁸, como tentativa de reconciliação e retorno a vida política, plano esse que não deu certo. Afastado da vida política, dedicou-se a escrita de suas obras: *O Príncipe*, objeto de análise deste artigo, de 1512 a 1513, publicada em 1532; *Os discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, de 1513 a 1519, fala sobre a preservação da liberdade frente à dominação; a peça italiana *A mandrágora* escrita em 1518 e publicada em

nascentista devido ao grande número de assassinatos, envenenamentos e conspirações. Essa família sempre participou do poder na Itália, como bispos, cardeais, duques, papas e príncipes, entre os últimos, temos os Papas Calisto III e Alexandre VI e os príncipes César e Lucrecia Bórgia.

⁶ **César Bórgia** foi um dos vinte filhos de Rodrigo (Roderio de Borja). Seu pai Rodrigo foi nomeado Papa Alexandre VI em 1492, após a morte de Lorenzo de' Médici, Papa Inocêncio VIII com a compra dos votos dos cardeais. Rodrigo foi um homem de muitas mulheres e acusado de manter relação incestuosa com a própria filha Lucrecia. Dizem que César, assim como o pai, foi um homem cruel e capaz de usar qualquer artifício para se manter no poder. Morreu em 1507, na Espanha, combatendo seus inimigos.

⁷ **Lorenzo de' Médici** (Lourenço Médici), estadista italiano nascido em Florença em 1º de abril de 1449 e falecido em 1492. Ficou conhecido como Lorenzo, o Magnífico, por seus contemporâneos, por ter atuado na proteção das cidades italianas de Nápoles, Milão e Florença. Lorenzo também foi mecenas e apoiou o movimento Renascentista que colocava o homem como centro do universo, em oposição a Escolástica. Em 1478, escapou ileso da conspiração dos pazzi preparada pelo banqueiro do Papa Sisto IV, Salviati, no entanto, seu irmão Juliano, não teve a mesma sorte e morreu.

⁸ Romanha (Romagna) região ao norte da Itália limitada ao norte com Vêneto e Lombardia, a oeste com Piemonte e Ligúria, ao sul com a Toscana e a República de San Marinho.

1524, que aborda a traição do idoso Nicia por sua bela esposa Lucrezia devido a uma bebida a base de mandrágora preparada por seu melhor amigo, Callimaco; *A arte da guerra*, escrita entre 1519 e 1520, e publicada em 1521, quer mostrar a importância de um exército forte, profissional e permanente fundado na hierarquia e na disciplina, como imprescindível para a manutenção do Estado e permanência do príncipe no poder contra ameaças externa e interna. Esse modelo de demonstração de soberania por meio de uma força militar é empregado até hoje entre as nações; e por fim, *História de Florença*, de 1520 a 1525, Maquiavel lamenta o fim do estado republicano e da liberdade pela corrupção política e degradação dos costumes.

2. O PODER POLÍTICO EM O PRÍNCIPE DE MAQUIAVEL

O *Príncipe* pode ser interpretado de diversas formas, entretanto, as interpretações mais tradicionais oscilam entre afirmar que é um manual de como o príncipe deve se portar para se manter no poder após conseguir o principado que pode ser por conquista ou herança, ou a interpretação divergente de Rousseau⁹ em sua obra *Do Contrato Social* em que afirma que na verdade Maquiavel estaria ensinando ao povo a como reconhecer e não se sujeitar a um mau governante, mas voltemos ao pensamento predominante tradicional:

Todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens foram e são ou repúblicas, ou principados. Os principados ou são hereditários – aqueles nos quais a linhagem de seu senhor é príncipe há muito tempo -, ou são novos. (MAQUIAVEL, 2010, p. 5)

Na obra, Maquiavel considera que um principado herdado é mais fácil de manter que o conquistado, justificando que no hereditário, o príncipe deve apenas dar continuidade ao ordenamento, por isso recomenda ao príncipe prudente que governe e não mude a ordem estabelecida¹⁰ por seus antepassados e saiba contemporizar conforme a ocasião para assim se o tempo

⁹ Jean-Jacques Rousseau, um dos grandes contratualistas, assim como Hobbes e Locke, entre suas obras temos: *Do Contrato Social*, *Emílio*, *A nova Heloísa* e famoso *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*.

¹⁰ **Ordem estabelecida** aqui está empregada com o sentido de ordenamento jurídico, ou seja, as leis de um Estado.

permitir edificar outra ordem se conveniente¹¹. Já para o principado conquistado, recomenda que o príncipe funde novo ordenamento como forma de impor sua lei e garantir a segurança tanto interna quanto externa; e resida nele, participando diretamente das questões do Estado, vejamos o que Maquiavel diz no fragmento do Capítulo VI, dos principados novos, (2010, p. 27 e 28):

...As dificuldades que têm para conquistar o principado nascem em parte das novas ordenações e dos novos modos que são forçados a introduzir para fundar seu estado e sua segurança. [...] Moisés, Ciro, Teseu e Rômulo não teriam conseguido que suas constituições fossem obedecidas por tanto tempo se estivessem desarmados. [...] Homens assim enfrentam grandes dificuldades, defrontando-se em seu caminho como perigos que precisam ser vencidos com a virtù.

Mas, caso não seja possível ao príncipe residir no principado, que nomeie um duque de sua confiança e lhe dê amplos poderes na administração da empresa, conforme exemplifica no capítulo VII, com a nomeação do duque Rimirro¹² para pacificar a região da Romanha pelo Papa Alexandre VI, colocou “ali, então, *messer*¹³ Rimirro de Orco, homem cruel e expedito, a quem conferiu plenos poderes. Em pouco tempo, Orco a pacificou e uniu grande reputação.” (MAQUIAVEL, 2010, p. 33). O duque habilidoso e certo que seu bom desempenho será recompensado com honrarias, não hesitará em oprimir o povo com impostos, tributos e leis severas a favor do príncipe, como também não terá receio em castigar ou mandar executar todos rebeldes. Situação essa vantajosa para o príncipe que a qualquer momento em que o principado saia do controle por alguma rebelião, poderá de forma conveniente destituir o duque ou executá-lo em praça pública, como forma de mostrar seu poder ao povo que te-

¹¹ **Conveniente** está com o sentido de conveniência para o príncipe de quando necessário mudar a ordem jurídica do Estado conquistado.

¹² **Rimirro de Orco**, nomeado pelo Papa Alexandre VI, duque da Romanha com plenos poderes para pacificar e ordenar a região.

¹³ **Messer** forma de tratamento antigo da Europa e significa senhor, somente usada para altos cargos, como comandante, duque entre outros. Tendo as formas variantes *messere*, *missere*, *misier*, *ser*, senhor.

merá pela própria sorte diante de tamanha monstruosidade do príncipe com um homem que lhe era até então leal, nesse sentido vemos o fragmento de *O Príncipe* de Maquiavel (*Ibid*):

Como sabia que os rigores passados haviam gerado certo ódio contra ele, para purgar os ânimos do povo e ganhá-lo para si, quis mostrar que, se ocorrera alguma crueldade, ela não se originava dele, mas da natureza dura do ministro. Aproveitando-se uma ocasião¹⁴, certa manhã em Cesena¹⁵ mandou que o expusessem em praça pública, cortando em duas partes, tendo ao lado um bastão de madeira e uma faca ensanguentada. A ferocidade daquele espetáculo fez o povo ficar, ao mesmo tempo, satisfeito e estupefato.

Com essa barbárie, o príncipe reconquista a amizade do povo, e ao mesmo tempo passa dissimuladamente a ideia de que não compactua com os desmandos praticados por qualquer um, mas também elimina a possibilidade de algum poderoso querer disputar com ele o prestígio pelo carisma do povo ou diminuir seu poder absoluto, como Rimirro quando instalou “um tribunal civil na província, com um presidente excelente e onde todas as cidades teriam um advogado próprio.” (MAQUIAVEL, 2010, p. 33).

O poder que Maquiavel expressou em *O Príncipe* é uma forma de exercício para manutenção do principado a qualquer custo ou circunstância, seja por conquista do principado novo ou pela hereditariedade, como exemplifica nos Capítulos I, II e IV da obra, mais especificamente na página 19 (*Id. Ibid.*) ao afirmar que:

Os principados dos quais se tem memória são governados de dois modos diversos: **ou um príncipe** de quem são servos todos os outros, que na qualidade de ministros por sua graça ou concessão, o ajudam a governar aquele reino, **ou por um príncipe e barões** que detêm sua posição não pela graça do senhor, mas pela antiguidade da linhagem. (Grifo nosso)

¹⁴ **Ocasão**, para Maquiavel, adquire significado ligado à oportunidade ou momento propício cujo domínio dependerá do príncipe virtuoso para aproveitá-lo.

¹⁵ **Cesena**, região da comuna italiana na Emília-Romanha, província de Forlì-Cesena tendo como limite a Romagna, Saraceno e Ravena.

E, como modelo de atitudes e ações que são recomendadas ao príncipe em determinadas situações. Importante mencionar o capítulo XVIII que se refere de que modo devem os príncipes manter a fé recomendando ao príncipe que saiba agir como um leão e ao mesmo tempo como uma raposa. Nessa metáfora, Maquiavel recomenda que o príncipe deva ser meio homem e meio animal, conforme a ocasião ou fortuna (oportunidade), ou seja, a conveniência, pois só assim será ao mesmo tempo amado e temido, se souber a cada momento oportuno saber fazer uso desses dois gêneros. Pela metáfora os leões não têm força contra as armadilhas, assim como as raposas contra os lobos, por isso, deve o príncipe ter cuidado com os lobos que representam os traidores, devendo assim usar a esperteza da raposa para escapar deles e usar da força do leão para espantar todos os inimigos. Logo, deve demonstrar ter as cinco qualidades: piedade, fé (finalidade), integridade, humanidade e religião. Tudo isso, conforme a conveniência.

Portanto, durante o exercício do poder político, o príncipe não se pauta na moral, estando além dela, sendo sua política estratégica e utilitarista para seus fins pessoais, ou seja, a sua permanência absoluta e soberana no poder a qualquer custo e sem escrúpulo. Essa forma de administrar o Estado foi posteriormente conceituada por Max Weber¹⁶, chamado de dominação que pode ser por via carismática, tradicional ou legal. Em que afirma que primeira se baseia no carisma do líder que pode se dar força, glórias, honras, inteligência, próprio de uma dádiva de ordem sobrenatural ou divina, e esses homens poderiam falar do *theos*¹⁷, defini-lo, interpretar suas leis ou falar por ele, ou ainda representar uma ideologia em nome de falácias ou crenças, a exemplo de: Aquiles, Maomé, Hitler, Mussolini, Getúlio Vargas entre outros. A seguinte é baseada na tradição para manutenção do poder, sendo geralmente, hereditária, com a consolidação do poder dentro dos clãs ou grupos de famílias na sucessão, a exemplo da sociedade feudal ou das monarquias numa condição em que o estado seria uma dádiva concedida por Deus e o herdeiro pode administrá-lo como lhe convier, situação semelhante, ao caso de Moisés líder do povo hebreu, a de Cômodo filho de Marco Aurélio em Roma, e de Alexandre filho

¹⁶ **Max Weber**, intelectual, jurista e filósofo alemão nascido em Efurt, escreveu as seguintes obras: *A Ética Protestante e o espírito do Capitalismo*, *Economia e Sociedade*, *Sociologia e Religião*, ***A política como vocação*** entre outras.

¹⁷ **Théos** em grego significa deus.

de Filipe da Macedônia, sendo esses dois últimos comentados por Maquiavel no capítulo XIX de *O Príncipe*, como também faz referência à disputa pelo poder na Itália entre as grandes famílias, em particular: os Bórgias e os Médici. E, por fim, a dominação legal que se fundamenta em institutos, ou seja, leis. Modernamente, pelo viés do poder racional ou legal, um estatuto consolida a perpetração da vantagem ou dominação por parte de um grupo de indivíduos, no Estado de Sergipe temos: Os Francos, os Amorins, os Alves, os Valadares, os Almeidas, entre outros. Todos ligados à elite dominadora e dirigindo altos cargos burocráticos da administração pública. Esse exemplo representa uma tendência cíclica de domínio do poder local, mas também pode ocorrer em outras esferas, como a reeleição de Dilma com base no carisma que o povo tem ou tinha por Lula, ou também pela dominação tradicional com a eleição de um representante de determinada família como nos primeiros casos.

3. A POLÍTICA DA CONVENIÊNCIA NO PODER POLÍTICO, DITADURAS E SEU LIMITE

Em Maquiavel, a conveniência está para a *fortuna*¹⁸ com uma circunstância ou acontecimento que pode ou poderá trazer mudanças nas ações ou políticas do Estado, portanto, necessário para que o príncipe, ciente das implicações, se aconselhe quando oportuno, reflita e tome decisão ou não, mas, sobretudo procurando estrategicamente após análise minuciosa de acontecimentos, manobras, posições, tratados, acordos e vantagens, o melhor posicionamento que garanta sua permanência no poder. Desse modo, seria o príncipe virtuoso ou dotado de *virtù*¹⁹ que corresponde ao conjunto de qualidades ou virtudes dele e para simplificar podemos mencionar o capítulo VII que fala sobre os principados novos que se conquistam com as armas e as fortunas de outrem quando se refere à nomeação do duque Rimirro de Orco

¹⁸ **Fortuna**, termo usado por Maquiavel em *O Príncipe* com o significado de fluxo dos acontecimentos, que pode ser entendido como algo que pode perturbar as ações do governante, levando-o a refletir e aconselhar-se antes de tomar uma decisão que poderá repercutir para sua permanência no poder.

¹⁹ **Virtù**, termo usado por Maquiavel em *O Príncipe* e vincula-se a *fortuna*, podendo significar o conjunto de virtudes do governante empregadas em determinadas ocasiões com a finalidade de manter-se no poder. No entanto, o termo além de ser usado na política, também pode ser usado com sentido idêntico em estratégia militar.

para um principado separado, desunido, espoliado, repleto de crimes e insolência por toda a parte.

Tendo se apoderado da Romanha e encontra-a sob comando de senhores sem poder, que mais espoliavam seus súditos do que os corrigiam e lhes davam motivos mais para desunião do que para união, tanto que a província estava repleta de latrocínios, contendas e todas as formas possíveis de insolência, julgou o duque necessário, para pacificá-la e reduzi-la à obediência ao braço régio, dar-lhe bom governo. Colocou ali, então, messer Rimirro de Orco, home cruel e expedito, a quem conferiu plenos poderes. Em pouco tempo, Orco a pacificou e uniu grande reputação. Em seguida, o duque julgou desnecessária tão excessiva autoridade, pois considerava que ela poderia se tornar odiosa, e propôs a instalação de um tribunal civil na província, com um presidente excelente e onde todas as cidades teriam um advogado próprio. Como sabia que os rigores passados haviam gerado certo ódio contra ele, para purgar os ânimos do povo e ganhá-lo para si, quis mostrar que, se ocorrera alguma crueldade, ela não se originava dele, mas da natureza dura do ministro. Aproveitando-se uma ocasião, certa manhã em Cesena mandou que o expusessem em praça pública, cortando em duas partes, tendo ao lado um bastão de madeira e uma faca ensanguentada. A ferocidade daquele espetáculo fez o povo ficar, ao mesmo tempo, satisfeito e estupefato. (MAQUIAVEL, 2010, p. 33).

Rimirro, em pouco tempo pacificou e impôs a ordem no principado, no entanto, passada a fase e para se restabelecer a confiança para si do povo, mandou o príncipe executar o duque em praça pública uma vez que seus propósitos já tinham sido alcançados. Considerando que o duque estava se tornando uma ameaça ao poder do príncipe com a fama adquirida durante a ditadura e agora tentava conquistar o povo. Similarmente, faziam os romanos durante em períodos de crise quando o senado instituía por conveniência um ditador com poder absoluto com a finalidade de se reinstituir a ordem e paz social, em casos de guerra, desastres, distúrbio civil etc., mas com período determinado para assim não configurar uma ditadura. Na contemporaneidade, principalmente, a partir da segunda metade do século XX, tivemos várias práticas de ditaduras, próprias de um Estado de Exceção em um Estado Democrático de Direito, como uma forma de representação de que o poder simbólico é mais forte do que o poder real, inclusive no Brasil, durante a Ditadura Militar de 64.

Teóricos de Direito Constitucional, a exemplo do professor Bernardo Gonçalves Fernandes²⁰, explicam que algumas vezes para se restabelecer a ordem ou equilíbrio se faz necessário o estabelecimento de um Estado de Exceção com o emprego imediato de medidas extraordinárias para salvaguardar a lei, a ordem pública, a dignidade da pessoa humana, ou a soberania de uma nação. Essas medidas podem ferir a cidadania com prisões arbitrárias e sem o processo legal; a liberdade, como o direito de ir e vir; o sigilo bancário, de correspondência ou de comunicação; o direito de reunião com o fechamento de sindicatos, partidos políticos etc. No entanto, essas medidas devem ter caráter temporário e somente aplicadas em alguns casos como no Estado de sítio, de defesa, de guerra ou de intervenção, como prescreve a Constituição brasileira nos seus artigos 137, 136, 139, 34 e 36, respectivamente.

No Brasil, teríamos, por exemplo, o período da Ditadura de 64 a 85 como uma forma de intervenção imediata do Estado através de forças conservadoras de direita lideradas (igreja católica, empresários, militares e governo americano) pelas forças armadas para sufocamento de um possível alinhamento do país ao socialismo após a renúncia de Jânio Quadros. As medidas se estenderam com forças de coalizão que não aceitavam a posse do vice João Goulart devido à ameaça de implantação de Reformas de Base que tinham o objetivo de mudar a estrutura fundiária, educacional e econômica do país. Então, decidem pela nomeação do marechal moderado Castelo Branco em 1964. Mas, tacanhamente, os militares se perpetuam no poder com a nomeação do radical general Costa e Silva que institui o AI-5 (Ato Institucional nº 5) autorizando o fechamento do congresso, prisões arbitrárias, deportações, extradições de subversivos, buscas e apreensões arbitrárias etc.; medidas essas que se perduraram até 1978 com o fim do AI-5 e restauração do Habeas-Corpus com o general Geisel. A abertura se consolidou com a Lei Geral da Anistia em 1979, no governo do general João Batista de Oliveira Figueiredo, até a abertura democrática do país com eleição indireta do civil Tancredo Neves em 1985.

²⁰ **Bernardo Gonçalves Fernandes** na palestra *Jurisdição constitucional forte e fraca no debate constitucional* aborda de maneira geral aspectos da existência de um Estado de Exceção em um Estado Democrático de Direito, fazendo exemplificação de casos no Brasil e no mundo nas últimas décadas do século XX, e ainda explica como a representação do poder simbólico é mais forte do que o poder real.

Mais recentemente, os Estados Unidos da América implantaram, praticamente, um regime de Exceção após os atentados terroristas ocorridos em “11 de setembro de 2001” pelas ações do grupo extremista Al-Qaeda. O líder do grupo Osama bin Laden, assumiu a ordem pelos atentados que derrubou as torres gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque, e ainda matou quase 3.000 pessoas. O presidente americano George W. Bush iniciou a “Guerra ao Terror” com a caçada ao terrorista Osama bin Laden, que só terminaria com a morte do líder terrorista numa ação de forças especiais americanas no Paquistão em 2011, ordenado pelo presidente Barack Obama. Os incidentes desse ataque levaram vários países a rever seus protocolos de imigração, principalmente, os relacionados com pessoas de origem muçulmana e árabe, bem como a segurança das fronteiras.

Os exemplos acima provam que o Estado de Exceção pode ser observado também dentro do Estado Democrático de Direito, em situações de absoluta normalidade de ordem pública, como no caso demonstração de força das ações americanas após o “11 de setembro”; ou caso, brasileiro da Ditadura de 64, de o Estado de Direito ser extinto. Mas, tanto no caso americano como no brasileiro, o poder político é simbólico e usado de forma conveniente, representando tão somente um desejo maquiavélico do político em manipular os limites da lei, para colocá-la a serviço de interesses egoístas de representantes inescrupulosos dos poderes constituídos para tomarem decisões unilaterais, políticas e casuísticas, sob o manto da promoção da paz e do bem comum.

4. PARA MANUTENÇÃO DO PODER POLÍTICO DO PRÍNCIPE E O LIMITE DESSE PODER NA ATUALIDADE

As recomendações de Maquiavel sobre a manutenção do poder político variam conforme o principado. Para um principado **hereditário** basta que o príncipe mantenha as ordenações já estabelecidas por seus antecessores e contemporize segundo os acontecimentos; para os **mistos** recomenda-se que ao príncipe de principados mistos que elimine os mais poderosos e toda sua linhagem; pois assim evita a vingança, e a injúria de uma vez só; não dê poder ou honrarias para apenas um poderoso, pois os demais poderão tramar sua queda; nunca deixe que um forasteiro adquira fama ou prestígio; sempre resida no principado ou nomeie um duque com poderes ilimitados; e, instale colônias para dividir os conjuradores. Para os **novos, administrados pelo próprio príncipe**, deve o príncipe fundar novas leis ou ordenações com o objetivo de garantir a segurança daquele estado; e para os **novos administra-**

dos por representante do príncipe recomenda este nomeie um ditador com plenos poderes e assim que cessarem as circunstâncias de desmando e insolências que elimine o tirano como forma dissimulada de mostrar que não compactuava com as arbitrariedades praticadas por aquele e reconquistar o povo. Para os principados **conquistados por ato criminoso**. O príncipe que ocupa o estado por ato criminoso deve planejar e fazer a injúria de uma só vez contra todos os seus inimigos e aqueles que possam de alguma forma representar uma ameaça, enquanto os benefícios devem ser realidades pouco a pouco. Já o **principado civil** pode ser mantido pela vontade do povo ou dos grandes, ou pelo povo, quando esse não deseja mais ser governado ou oprimido pelos grandes. Pelos grandes, quando esses se sentem ameaçados pelo povo e assim faz de um dos populares, príncipe para apaziguar o povo, mas submetendo aquele a sua tutela. E, quem chega ao poder nessa condição deve ter consciência de que estará sempre só. Por isso, o príncipe deve sempre se apoiar no povo e contar com ele, pois se perder o apoio dele estará abandonado, pois o povo conspira com quem o protege, e desse modo, temos como exemplo a Reforma agrária implantada pelos irmãos Graco em Roma. Mas, deve temer também o príncipe a perda de apoio dos grandes, pois são estes astutos e tentaram vingar-se. E, recomenda que o príncipe deva se precaver para as ameaças internas, aquelas geradas pelo povo ou pelos grandes, e externas, oriundas de ameaças, invasões e guerras.

Para a última, diz que o príncipe prudente é ao mesmo tempo amado e temido pelo seu povo, ou seja, que tenha e garanta a estabilidade interna do Estado, e tenha uma cidade forte, ou melhor, estruturada para a defesa, não poderá temer a ofensa ou ameaça externa, desde que nunca lhe falem recursos nem meios de defesa. Por isso, o príncipe mesmo em estado de paz deve preservar seu exército, e se não puder ou por falta de competência no ato da guerra, deverá nomear um capitão de confiança para tal, e deve exercitá-lo com obras através de exercícios no terreno e caçadas e com a mente através do estudo e obras daqueles vitoriosos ou perdedores antes dele. Para a primeira, o príncipe deve se preocupar com a opinião do povo, mas dentro de perspectiva de se manter no poder, não importando se é amado ou temido, seja pela *virtù*, ou seja, qualidades, como bondade; ou pelos seus vícios, desde que de uma forma ou de outra se mantenha no poder e alcance a segurança ou estabilidade política. No que se refere às ameaças externas, os governos da atualidade se utilizam bem mais das garantias promovidas pelas normas de Direito Internacional e tratados que garantem o respeito as fronteiras para não invasões, e no caso de ocorrência, recorrem a tribu-

nais de arbitragem internacional para resolução pacífica do conflito, com exceção de um ou outro caso, como a intervenção militar chinesa entre 1949 e 1950 no Tibete e a deposição do líder religioso daquela localidade o Dalai-Lama que vive asilado na Índia até hoje; a invasão do Afeganistão pelos Russos em 1979 com a finalidade de implantar o socialismo que foi superado com o fim da URSS em 1985 com as ideias inovadoras de Mikhail Gorbatchev (Perestroika – abertura econômica e Glasnost – transparência do governo); a invasão do Kuwait em 1990 por soldados iraquianos a mando do ditador Saddam Hussein sob a alegação de que o governo kuaitiano não havia perdoado uma dívida de guerra do Iraque, com subterfúgio para dominar as reservas de petróleo daquele país; ou das ameaças de Kim Jong-un, ditador Norte Coreano de invadir a Coreia do Sul.

Hoje, além de todas essas preocupações, o governo deve estar preocupado com o bem-estar da população, pois tem sido esse um problema de todos os governos no mundo, principalmente após a 2ª Guerra Mundial em que o foco de garantias de direitos deixou de ser a norma pelo seu aspecto formal, o que já havia sido consolidado com as garantias delineadas pela primeira fase da consagração do direito a igualdade e se refere ao momento inicial do constitucionalismo clássico e da instauração do Estado liberal propostas na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia dos EUA em 1776, e posteriormente, perpetuada durante a Revolução Francesa em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como documento máximo e histórico dos direitos a igualdade entre os homens, sendo, posteriormente, consolidadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 1948. No entanto, esses direitos fundamentais, entre eles: de igualdade, de gênero, de raça, de liberdade, à vida, de nacionalidade, direito de ir e vir; de se reunir pacificamente; de não ser preso arbitrariamente sem o devido processo legal; de ter direito a moradia, a segurança, a proteção da família, direito à saúde, ao lazer; de ser reconhecido como pessoa; de ter respeitada sua religião; entre outros, ainda estavam gravitando na maioria das nações como uma norma programática, ou seja, um mero programa e não uma lei para ser efetiva no sentido de concessão de direitos e garantias individuais e coletivas. Nesse sentido, a ONU e os mecanismos internacionais como BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento) e outros, estimulam os países membros a respeitarem esses direitos essenciais do homem sob pena de sanções e retaliações, pois durante as conferências estabelecidas por esses órgãos internacionais, metas são estabelecidas aos países signatários que se não cumpridas, podem levar os descumpridores a penas vinculadas a não

liberação de empréstimos e outros benefícios, ou muitas vezes a suspensão da participação do país no conselho ou de seu direito a voto.

Todavia, o foco atual, está para o aspecto material da lei e não formal como mera norma escrita ou positivada, mas na sua efetivação na prática, logo repercutindo na vida social do cidadão quanto agente detentor de direitos. A concepção material nasce como forma de rever o princípio da igualdade sob o prisma de não permitir diferenciações arbitrárias e injustas, mas sim pela ótica de que “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” como diz Canotilho²¹ (2000, *apud*, NOVELINO²², 2015, p. 377), como forma de se respeitar o princípio da isonomia legal. Por esse aspecto, no sentido de garantir um direito efetivo e não meramente normativo, é que boa parte das constituições da contemporaneidade estão voltadas para o bem-estar social, e entre elas, merece destaque a Carta Magna da República do Brasil de 1988 que preconiza, primeiramente, no *caput* e incisos do artigo 5º os direitos e garantias fundamentais. Esses direitos fundamentais devem operar em benefício da democracia e deveria ter uma aplicação não programática, e sim plena e imediata. Essa eficácia plena e necessária de algumas normas constitucionais tem obrigado o Supremo Tribunal Federal – STF a se pronunciar sobre direitos e garantias fundamentais do cidadão, a exemplo da saúde quando se trata de casos relacionados a tratamento por médicos especialista fora do país. Outro caso emblemático é o direito à greve do servidor público entre outros. Os casos aqui exemplificados assim como outros, têm feito o STF, defensor e guardião dos direitos constitucionais e da Constituição, se pronunciar quando alguma norma está em dissonância com a Carta Magna, ou seja, conflitos de normas, ou quando das lacunas das normas Constitucionais, ou seja, brechas silenciosas deixadas pelo legislador, de modo que o STF atua nesses casos como se legislador fosse complementando o sentido da norma com decisões que podem súmulas vinculantes de efeito *erga omnes* (para todos) ou não.

5. O PODER POLÍTICO EM HOBBS, ROUSSEAU, VOLTAIRE E WEBER

Para Thomas Hobbes (1588-1679), o homem é egoísta e por natureza mau, e para evitar o estado de selvageria da luta de todos contra todos pró-

²¹ José Gomes Canotilho, jurista português, que afirma ser o princípio da igualdade um dos norteadores da Constituição Portuguesa de 1976.

²² Marcelo Novelino, jurista e constitucionalista brasileiro, autor da obra *Curso de Direito Constitucional* pela editora JusPodivum.

prio do estado de natureza²³, a solução apresentada por ele, seria o contrato social²⁴. Por esse contrato, as pessoas abririam mão do estado de natureza de plena liberdade e violência para se submeter a uma ordem imposta por um único ser soberano e absoluto que governaria a tudo e todos por imposição de leis. Esse ser, para Hobbes, seria o Estado, representado por um ser mitológico, marinho gigante com cabeça de homem e sob ela uma coroa, e com um cetro, tudo governava enquanto pairava no céu sobre uma nuvem, vendo tudo o que ocorria entre os homens. O livro que defende essa tese chama-se *Leviatã*²⁵ de 1651. Podemos observar que Hobbes de certo modo concorda com Maquiavel quanto à natureza egoísta do homem, contudo, a discordância estaria por conta da forma do exercício de poder. Se para Maquiavel esse exercício dependeria da *fortuna* e da *virtù* do príncipe, de modo arbitrário pela conquista ou hereditariedade, que impõe sua vontade pela força e pela violência por seu direito divino²⁶. Em Hobbes, o poder político está nas mãos do soberano a fim de que regule o convívio social de modo racional e pela lei. Pelo aspecto racional, Hobbes faz uma ruptura entre poder divino e secular como instâncias distintas e estanques, enquanto pelo aspecto legal, o homem abre mão da liberdade do estado de natureza, própria do Direito Natural²⁷, para uma liberdade artificial criada pela lei, fundamentado no direito escrito ou positivado. De um lado, o soberano agora só detém o poder temporal e o divino fica restrito à igreja. O Direito Positivo²⁸ é uma teoria

²³ **Estado de natureza** seria um estado natural em que o homem viveria hipoteticamente em plena liberdade, no entanto não havia segurança nesse estado, pois os homens podiam tudo, devido ao egoísmo, numa guerra constante de todos contra todos, sendo um estado anterior ao estado civil estabelecido pelo contrato social.

²⁴ **Contrato social** seria uma tese que defende a origem da sociedade civil com base num contrato hipotético.

²⁵ **Leviatã** é uma palavra de origem hebraica e significando um monstro forte e poderoso. Aparece no livro de Jó como um monstro marinho. O livro de Hobbes que recebe esse título *Leviatã*, ele defende um estado com um absoluto fundamentado no contrato social.

²⁶ **Direito divino**, doutrina em poder dos reis era fundamentado na vontade de Deus. Tal princípio geral a irresponsabilidade patrimonial uma vez que o rei ou o príncipe era dono de tudo, logo não podiam ser responsabilizados por suas ações.

²⁷ **Direito natural** é um direito abstrato fundamentado na natureza, por ele os homens tudo podem.

²⁸ **Direito positivo** é um direito fundamentado na lei, ou seja, em regras em que o homem só pode fazer o que está previsto na lei sob pena de ser responsabilizado por suas ações; em oposição ao direito natural.

predominante no Direito que se opõe ao Direito Natural, apesar de ter origem nele. No entanto, sua primazia, originou-se no século XIX, com o Código Civil de Napoleão de 1804, que dando início a uma fase chamada de Codicismo²⁹ com base na Escola Histórica de Savigny³⁰. O Codicismo foi uma coqueluche na época de modo que a maioria das nações ocidentais adotou esse modelo como forma de unificar suas legislações esparsas. No século XX, o principal defensor do Direito Positivo foi Hans Kelsen³¹ com a *Teoria Pura do Direito* em que defende um direito puro sem influência dos aspectos políticos, sociais, religiosos ou filosóficos. Um direito em que a norma é um impositivo hipotético correspondente à sanção, no binômio *A deve ser B*, e que apenas o Estado detém a primazia da lei e da imposição da sanção, tese contrária a dos pluralistas³². Podemos observar até aqui um entrelace entre as ideias de Hobbes e de Kelsen quanto ao monismo jurídico³³ em que apenas o Estado pode legislar e impor coerção.

Contrariamente a Hobbes, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), diz que o homem era no seu estado de natureza bom e foi à sociedade que o corrompeu. Para ele, o homem abria mão da sua liberdade não para o Estado, mas em nome da vontade geral³⁴ que representaria o desejo da maioria dos in-

²⁹ **Codicismo**, termo usado no período de Napoleão para codificar as leis esparsas em um único código, daí o Código Civil francês de 1804, ou Código Civil de Napoleão.

³⁰ **Friedrich Carl von Savigny** influente jurista alemão do século XIX, fundado a Escola Histórica do Direito em que defende o direito com um produto vivo da história do povo o que chama de *volksgeist* – espírito do povo, como anterior e superior ao estado, e dele tudo brota como a língua e o direito.

³¹ **Hans Kelsen** jurista austríaco, defensor do positivismo jurídico e pai da obra *Teoria Pura do Direito* em que defende o direito como ciência isento das influências políticas, sociais, religiosas e morais.

³² **Pluralismo jurídico** defende que o Direito não nasce no Estado, mas sim no Direito Natural, o Estado seria detentor somente da criação do Direito Positivo, enquanto o Direito Natural estaria ligado aos homens e sujeito as transformações sociais, portanto influenciando o Direito Positivo. Defensores dessa teoria: Gierke, Gurvitch e Leon Duguit.

³³ **Monismo jurídico**, teoria em que o Estado e Direito se confundem sendo o Estado o único a dizê-lo e emaná-lo, como também único detentor do uso legítimo da força para combater ameaças internas e externas. Os defensores dessa teoria foram: Jean Bodin, Hegel, Thomas Hobbes, Rudolf von Ihering e John Austin.

³⁴ **Vontade geral**, tese defendida por Rousseau que consiste numa vontade do corpo político que detem a vontade do povo.

divíduos em prol do bem comum³⁵. Do princípio do bem comum e da vontade geral, teses defendidas e difundidas na época pelos iluministas durante a Revolução Francesa e que na época levou a deposição de Luís XVI³⁶, que resultou no fim do absolutismo e estabelecimento de república. Nesse contexto de liberalismo político da modernidade que se discute o Estado de Direito³⁷, que se utiliza do lema liberdade, igualdade e fraternidade da revolução para fundamentar uma sociedade mais justa e solidária, com base na lei, em contraposição ao estado arbitrário burguês erguido sob o manto do liberalismo econômico. Também nesse período, defende-se a teoria da separação dos poderes³⁸ de Montesquieu³⁹ em que não há hierarquia entre o poder executivo, legislativo e judiciário, mas sim uma divisão de funções de modo que um não interfere na instância do outro, ou seja, o poder executivo cumpre as leis, o legislativo as faz e o judiciário julga conforme essas. Mas, o que se tem visto ultimamente, no Brasil pelos noticiários, é uma disputa e interferência entre os poderes, uns sobre os outros, pela conquista da opinião pública ou pelo protagonismo midiático.

6. O LIMITE DO EXERCÍCIO DO PODER EM MAQUIAVEL E REFLEXOS NA ATUALIDADE

Falar em limite no exercício do poder em Maquiavel, inquestionavelmente, é uma empresa deveras difícil, considerando a análise das querelas daquele período na Itália renascentista dividida em principados desunidos ou às vezes unidos por questões relacionadas ao poder sob o domínio de algumas famílias poderosas tradicionais. No entanto, em *O Príncipe*, Maquiavel mostra os esforços de alguns homens dessas famílias ambiciosas que articulam forças e estratégias para que se

³⁵ **Bem comum**, em teoria do estado, assume a condição de bem para todos de uma comunidade.

³⁶ **Luís XVI** rei da França que tentou fugir com sua esposa Maria Antonieta durante a Revolução Francesa, sendo reconhecidos e executados.

³⁷ **Estado de Direito** significa autonomia do indivíduo perante a lei, em oposição ao estado absolutista.

³⁸ **Separação dos poderes** consiste na divisão dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, tendo cada um sua função, ideia defendida por Aristóteles e aprofundada por Montesquieu. Princípio consagrado na Constituição brasileira de 1988, no seu artigo 2º.

³⁹ **Barão de Montesquieu** nasceu Charles-Louis de Secondat, sendo conhecido por sua obra *O Espírito das Leis* em que defende o constitucionalismo, a separação dos poderes, os direitos civis e o fim da escravidão.

mantivessem no poder. Os artifícios variados, como: conspirações, compra de votos de cardeais, assassinatos, sequestros de bens, saques, destruição de cidades, envenenamentos, fraudes, incestos, estupro entre outros. A lista de crimes parece interminável, não sendo a toa que a família Bórgia ficou conhecida como a primeira família criminosa da história da Itália Renascentista.

Mas, o exercício do poder carismático e tradicional classificado como irracionais para Max Weber na sua obra *Economia e Sociedade*⁴⁰ foi o embasamento de suporte para aqueles tipos de ações, considerando que o príncipe exercitava o poder ora pelo carisma ora pela tradição hereditária. Nessa perspectiva, pelo poder carismático, o príncipe se mantém no poder pelo carisma que muitas vezes poderia ser convertido em fanatismo e levar a perpetuação no poder daquele que o detém e até a eleição de um sucessor nas sociedades modernas, a exemplo disso, o Estado Nazista alemão imposto por Hitler, o Stalinismo, a Era Vargas, as ditaduras militares da década de 70 na América Latina, a substituição de Fidel Castro por seu irmão Raul em Cuba, a eleição de Dilma como sucessora de Lula em 2010, entre outros.

Muitas vezes, o poder carismático pode se converter em poder tradicional sustentado no costume de base patrimonial, como se o estado representasse uma propriedade particular de seu detentor, daí a irresponsabilidade e desmandos gerados pelo egoísmo de quem assim administra, a exemplo, temos o lema de Luís XIV de Bourbon, conhecido como o “Rei-Sol”: *L’Etat c’est moi* (O Estado sou eu), no auge do absolutismo.

Contrariamente a essa forma de pensar, seria o racionalismo de poder legal ou racional defendido por Max Weber, também em *Economia e Sociedade*, considerando que essa forma de dominação se fundamenta na lei, nos institutos e na burocracia com guias para o exercício do poder.

Para Weber, o corpo técnico profissional a serviço do Estado conduziria a administração pública de forma impessoal e legal. Segundo Julien Freund, estudiosa dedicada às obras de Max Weber, citando *Economia e Sociedade*, defende que o processo de racionalização teria se iniciado com o calvinismo puritano em ações em torno do ascetismo através do acúmulo de riquezas sem ideia de pecado, mas de um dom da graça de Deus. Esse modo de pensar da sociedade teria possibilitado a racionalização da economia e surgimento do capitalismo moderno.

⁴⁰ *Economia e Sociedade* (Wirtschaft und Gesellschaft), nessa obra **Max Weber** apresenta fundamentos sociológicos como ação social e tipo ideal, como também se centra no conceito de dominação.

A racionalização do poder nas sociedades contemporâneas pós-Revolução Francesa parece ser o marco das transformações sociais para a responsabilização do detentor do poder por suas ações. Como exemplo disso, temos a responsabilização do General Pinochet pelas mortes na ditadura chilena; de Saddam Hussein⁴¹ pela invasão do Kuwait em 1990; no Brasil com a prisão de políticos, empresários e lobistas envolvidos no esquema do Mensalão⁴² e pela Operação Lava Jato deflagrada, em 17 de março de 2014, pela Polícia Federal do Brasil com a finalidade de desbaratar esquema de desvio de dinheiro público por intermédio de empreiteiras e lavagem de dinheiro com envolvimento de doleiros, políticos, funcionários da Petrobras e empresários.

Pode-se afirmar até o momento, que a Operação Lava Jato da Polícia Federal brasileira, assistida pelo juiz federal Doutor Sérgio Moro, está sendo coroada de êxito, considerando que após a delação premiada do ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa⁴³, vários empresários e políticos brasileiros foram levados à prisão, totalizando 39 até agora, após a prisão do ex-deputado Eduardo Cunha⁴⁴, sem contar na devolução de milhões de reais aos cofres públicos com o bloqueio de mais R\$ 400.000.000,00 de contas dos denunciados, e ainda na denúncia de vários investigados. Realmente, é uma revolução no cenário político, judicial e da cultura brasileira, considerando que há muito tempo no Brasil não se vê tantos

⁴¹ **Saddam Hussein** presidente do Iraque de 1979 a 2003 quando foi acusado por um tribunal especial por genocídio, sendo executado por enforcamento em 2006.

⁴² **Mensalão** esquema de corrupção denunciado pelo ex-deputado federal Roberto Jefferson que envolvia a compra de votos na câmara de deputados da base aliada do governo, durante o primeiro mandato de Luís Inácio Lula da Silva (2002-2006), sendo denunciado como articuladores o ex-ministro da Casa Civil de Lula, José Dirceu, e Delúbio Soares, tesoureiro do PT que pagava propina aos deputados 'mensaleiros' e ainda pagou dívidas de campanha do PT para a eleição de Lula; como teve a participação ativa do publicitário e dona de agências que tinha contratos com o governo Marcos Valério. Entre outros envolvidos: José Genoino, Silvio Pereira e João Paulo Cunha, Antonio Palocci, Luiz Gushiken etc.

⁴³ **Paulo Roberto Costa**, ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, preso na 2ª fase da Operação Lava Jato da Polícia Federal por suspeita de envolvimento com quadrilha de doleiros e tentativa de destruir provas, sendo liberado e preso novamente na 4ª fase da Operação sob a alegação de evasão de divisas tendo a justiça bloqueado US\$ 23.000.000,00 na Suíça fora mais US\$ 5.000.000,00 em nome de familiares.

⁴⁴ **Eduardo Cosentino Cunha**, político, ex-deputado federal, preso na 35ª fase da Operação Lava Jato (Operação Omertà) sob a acusação de envolvimento no esquema de corrupção da Petrobras, sendo bloqueado R\$ 220.667.515,24 de uma de suas contas na Suíça.

cartolas presos de uma só vez em um país que sempre predominou a impunidade e a aquiescência do poder com os grandes.

OPERAÇÃO LAVA JATO EM NÚMEROS

FASES	NOME DA OPERAÇÃO	OBJETIVO	MANDADOS	PRISÃO DETENÇÃO CONDUÇÃO	VALORES OU BENS
1ª	-	Prisão de pessoas acusadas de desvio e lavagem de dinheiro, inclusive do doleiro Alberto Youssef.	24	24 (Prisões)	-
2ª	-	Prisão de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, suspeito de envolvimento com quadrilha de doleiros e tentativa de destruir provas.	1	1 (Prisão)	-
3ª	-	Apreensão de documentos e dinheiro na Petrobras.	1	-	RS 70.000,00
4ª	-	Nova prisão de Paulo Roberto Costa sob a acusação de que tinha dinheiro escondido em contas na Suíça, sendo US\$ 23 milhões numa conta pessoal e outros US\$ 5 milhões em conta de familiares.	1	1 (Prisão)	US\$ 28.000.000,00
5ª	-	Prisão preventiva de dois "laranjas" de Alberto Youssef: João Procópio Rocha Almeida Prado e Lara Goldini da Silva.	2	2	-
6ª	-	Cumprimento de 11 mandados de busca e apreensão e 1 de condução coercitiva.	12	1	-
7ª	JUÍZO FINAL	Prisão do ex-diretor de Serviços da Petrobras Renato Duque e mais 17 executivos de grandes empreiteiras.	18	18 (Prisões)	-
8ª	-	Prisão do ex-diretor da Petrobras Nestor Cerveró, acusado de participação em corrupção contra o sistema financeiro.	1	1	-
9ª	MY WAY	O alvo foi à diretoria de Serviços da Petrobras.	-	-	-
10ª	QUE PAÍS É ESSE?	Preso novamente Renato Duque e foram apreendidos mais de 1 bilhão em obras de arte na casa do ex-diretor da Petrobras.	18	18 (Prisões)	1.000.000.000,00
11ª	ORIGEM	PT desarticula esquema de desvio de dinheiro em contratos com a agência de publicidade, sendo presos: André Vargas, ex-deputado federal , Luiz Argolo e Pedro Correa.	3	3 (Prisões)	-
12ª	-	Preso João Vaccari Neto, ex-tesoureiro do PT, suspeito de lavagem de dinheiro.	1	1 (Prisão)	-
13ª	-	Preso Milton Pasowitch, apontado como operador do esquema de pagamento de propina.	1	1 (Prisão)	-
14ª	ERGA OMNES	Prisão de Marcelo Odebrecht e Otávio Azevedo da Andrade Gutierrez.	2	2 (Prisões)	-
15ª	-	Jorge Zelada, ex-diretor da Internacional Petrobras é preso acusado de fraudes em licitações, desvios, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.	1	1 (Prisão)	-
16ª	RADIOATIVIDADE	Cumprimento de 30 (trinta) mandados judiciais em cinco cidades.	30	-	-
17ª	PIXULECO	Prisão do ex-ministro José Dirceu, seu irmão e Roberto Marques, ex-assessor do ex-ministro, e ainda Pablo Kipersmil – proprietário da Informática Consist.	4	4 (Prisões)	-
18ª	-	Prisão do ex-vereador do PT de Americana Alexandre Correa de Oliveira Romano, suspeito de operar no esquema de corrupção.	1	1 (Prisão)	-
19ª	-	Preso o empresário José Antunes Sobrinho, sócio-diretor da Engevix.	1	1 (Prisão)	-

20º	CORROSÃO	O alvo foi ex-funcionários da Petrobras acusados de recebimentos de valores indevidos.	-	-	-
21º	-	O pecuarista José Carlos Bumlai é preso acusado de fraude no contrato do navio-sonda Vitória 10.000.	1	1 (Prisão)	-
22º	TRIPLO X	Cumprimento de 23 (vinte e três) mandados judiciais, sendo 6 (seis) de prisão temporária.	23	6 (Prisões)	-
23º	ACARAJÉ	Cumprimento de 38 (trinta e oito) mandados judiciais de busca e apreensão, sendo 6 (seis) de prisão temporária, 2 (dois) de prisão preventiva e 5 (cinco) condução coercitiva.	23	8 (Prisões) 5 (Conduções coercitivas)	-
24º	ALETHEIA	O ex-presidente Lula é conduzido coercitivamente para prestar depoimento.	1	1 (Condução coercitiva)	-
25º	POLIMENTO	Prisão em Portugal do operador financeiro Raul Schmidt Felipe Júnior, suspeito de pagamento de propina.	1	1 (Prisão)	-
26º	XEPA	Desdobramento da 23ª fase e descoberta de um esquema de contabilidade paralela da Odebrecht para pagamento de vantagens indevidas.	-	-	-
27º	CARBONO 14	A operação visou R\$ 12 milhões retirado por José Carlos Bumlai para o PT, sendo presos o ex-secretário geral do PT Sílvio Pereira e Ronan Maria Pinto – dono do Jornal Diário do Grande ABC.	-	3 (Prisões)	-
28º	VITÓRIA DE PIRRO	Prisão do ex-senador Gim Argello e assessores do parlamentar acusados de cobrarem propina para evitar o depoimento de empreiteiros na CPI.	-	3 (Prisões)	-
29º	REPESCAGEM	O ex-tesoureiro do PP João Cláudio Gener é preso por lavagem de dinheiro e corrupção passiva.	-	1 (Prisão)	-
30º	VÍCIO	Prisão preventiva de Flávio Henrique de Oliveira e Eduardo Aparecido Meira por envolvimento em empresas que faziam contratos fictícios com laranjas.	-	2 (Prisões)	-
31º	ABISMO	Fraudes na licitação para reforma do Centro de Pesquisa da Petrobras.	-	-	-
32º	CAÇA-FANTASMA	A PF cumpre 17 ordens judiciais em São Paulo, a fim de apurar envolvimento de banco em empresas offshore.	-	17 (Mandados)	-
33º	RESTA UM	O ex-presidente da Queiroz Galvão, e o ex-diretor da construtora Othon Zanoide de Moraes Filho são presos preventivamente.	-	2 (Prisões)	-
34º	ARQUIVO	O ex-ministro da fazenda Guido Mantega é preso a partir do depoimento do empresário Eike Batista que afirma que o ex-ministro pediu sua intervenção para que o conselho da Petrobras liberasse o pagamento de R\$ 5.000.000,00 para o PT.	-	1 (Prisão)	-
35º	OMESTÁ	Prisão do ex-ministro da casa civil de Dilma, Antonio Palocci, juntamente com seu secretário Juscelino Antônio Dourado e Bransislav Kontic que atuou como assessor na campanha de Palocci em 2006. O ex-ministro foi acusado de corrupção e lavagem de dinheiro pelo que a PF pediu o bloqueio de R\$ 284.696.735,92 de 15 denunciados. O empresário Mariano Marcondes Ferraz é preso por suspeita no pagamento de US\$ 800 mil em propina para Paulo Roberto Costa. O ex-deputado federal e ex-presidente da câmara dos deputados Eduardo Cunha foi preso no dia 19 de outubro de 2016, sob a acusação de ter recebido propina no esquema de corrupção da Petrobras e sofre o bloqueio de R\$ 220.667.515,24 em suas contas na Suíça.	5	5 (Prisões)	RS 284.696.735,92 + RS 220.667.515,24 =

Para Duverger⁴⁵, antes do século XIX, a política ainda se pautava na manutenção do poder aos moldes definidos por Maquiavel em *O Príncipe*; após o século XIX, a visão política está voltada para o bem-estar geral e com a promoção do bem comum, ou seja, uma preocupação política para manutenção no poder deve ser focada no bem estar social.

7. CONCLUSÃO

Diante destas questões e aspectos apresentados neste artigo, podemos chegar à conclusão de que o poder político é o exercício de poder cujas finalidades sofreram transformações no decorrer do tempo.

Em *O Príncipe* de Maquiavel observamos a descrição do exercício de poder político independente da ética e da influência da moral cristã, voltado para a realidade nua e crua dos homens em sociedade. Maquiavel mostra verdadeiramente o homem em ação com seus egoísmos e interesses escusos a ponto de dissimular, fraudar, roubar, desviar, estuprar, matar, destruir, ameaçar, chantagear, certamente uma visão chocante para época diante do conservadorismo predominante e dos tabus. Contudo, eis o homem, não potência dos idealistas e filósofos, mas, o homem, pura ação que, movido pelo racionalismo do poder político, faria de tudo para mantê-lo e assim preservar o Estado. O homem, o príncipe, o governante e senhor absoluto das coisas do estado que se valeria de todos os institutos sociais: igreja, família e até da força como meios de fazer a sociedade ter um comportamento em comum, objetivando a preservação do Estado.

Weber, posteriormente, atribui a esse tipo de poder político que Maquiavel descreve como carismático ou tradicional, no sentido de que os príncipes como senhores absolutos de suas possessões são irresponsáveis pelos seus atos, por mais ignóbeis que sejam, uma vez que não havia uma lei que os regulassem, pois eles, os príncipes, representavam a própria lei, sendo muitas vezes, diretamente, árbitros de julgamentos. Não diferente ainda hoje, em que alguns estados são governados por ditaduras, a exemplo da Coreia do Norte ou de alguns estados do Oriente Médio baseado nas leis muçulmanas, em que o estado ainda é administrado como um pequeno feudo, sendo considerado uma propriedade particular de seu detentor que dele pode dispor a seu bel-prazer.

⁴⁵ **Maurice Duverger**, jurista, sociólogo e cientista político francês, entre as obras: *Introdução à Política, Os grandes sistemas políticos entre outros*.

A evolução para Duverger se daria mais evidenciada a partir do século XIX com os estados modernos, considerando que esses se fundamentariam na lei e na burocracia estatal, com base no poder legal ou racional de Weber, possibilitando a partir de então a responsabilização dos dirigentes dos estados quando da prática de algum ato criminoso em razão de sua função pública.

No Brasil, em particular temos acompanhado atônitos os noticiários comunicando a prisão de empresários e políticos importantes, como a do ex-presidente da Câmara e ex-deputado federal Eduardo Cosentino da Cunha, no dia 19 de outubro de 2016, na 35ª fase da Operação Lava Jato (Operação Omertà) com o bloqueio imediato de R\$ 220.667.515,24 do deputado em uma conta na Suíça, além do indiciamento de outras autoridades envolvidas no escândalo do esquema do Mensalão e da Operação Lava Jato, a exemplo, ex-ministro da Casa Civil de Dilma Antonio Palocci, seu secretário e outros quinze denunciados com o bloqueio de R\$ 284.696.735,92 das contas dos denunciados.

DOS SANTOS, Gilson Bomfim Candeias. Se não houver limites no Poder, acabaremos todos tiranos: o Poder em Maquiavel e seu exercício em comparativo com a modernidade. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 277-301, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando:** Introdução à filosofia. São Paulo: Moderna, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Palestra: **Jurisdição constitucional forte e fraca no debate constitucional.** In: IV Congresso de Direito Público. Teatro Tobias Barreto. Aracaju-SE: Direito Mais, Faculdade Pio Décimo e FANESE, 2015.

FREUND, Julie. **Sociologia de Max Weber.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MACHIAVELLI, Nicollò, 1469-1527. **O Príncipe.** [Tradução de Maria Júlia Goldwasser; revisão da tradução Zelia de Almeida Cardoso]. 4ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Clássicos WMF).

NOVELINO, Marcelo. Direitos individuais em espécie. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. Salvador: JusPodivum, 2015. Cap. 20, p. 361-444.

PETERSEN, Aurea *et. al.* A Ciência Política. In: _____. **Ciência Política: textos introdutórios**. 4ª edição. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. Cap. I, p. 11-35.

_____. O Poder e o Poder Político. In: _____. **Ciência Política: textos introdutórios**. 4ª edição. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. Cap. II, p. 37-53.

WARBURTON, Nigel. **Uma breve história da filosofia**. [Tradução Rogério Bettoni]. Porto Alegre-RS: L&PM, 2015.

Uma Abordagem a Respeito da Ideia de Justiça do Período Socrático nas Obras Édipo Rei e Antígona de Sófocles

AN APPROACH OF THE JUSTICE IDEA OF THE SOCRATIC PERIOD IN THE
EDIPO RING AND ANTIGONA OF SOPHOCLES WORKS

Gilson Bomfim Candeias dos SANTOS¹

- **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo abordar o conceito de justiça para os filósofos Socráticos, precisamente, Sócrates, Platão e Aristóteles. E, procura analisar a dimensão de influência das ideias desses filósofos naquele contexto histórico, ou seja, Antiguidade Clássica, e tentar, ao final, relacionar a aplicação desses conceitos de justiça em algumas obras literárias daquele período, entre elas, Édipo Rei e Antígona, ambas de Sófocles.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Sócrates. Platão. Aristóteles, Justiça. Sófocles.

- **ABSTRACT**

The present article promotes an approach to the concept of justice regarding the thoughts of Socrates, Plato, and Aristoteles. It also analyzes the role that such ideas had in Classical Antiquity and verifies the application of those justice concepts in some literary works of that period, taking, Edipo Ring and Antigona, both from Sophocles, into account.

- **KEYWORDS**

Socrates. Plato. Aristoteles, Justice. Sophocles.

¹ Acadêmico de Direito - Faculdade Pio Décimo; Disciplina: Metodologia da Pesquisa em Direito; Professor-orientador: Msc. Diogo Monteiro.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade abordar o conceito de justiça para os filósofos Socráticos, precisamente, Sócrates, Platão e Aristóteles. E, procura analisar a dimensão de influência das ideias desses filósofos naquele contexto histórico, ou seja, Antiguidade Clássica². Como também, em particular, tenta relacionar a aplicação desses conceitos de justiça nas obras literárias daquele período, entre elas, Édipo Rei e Antígona, ambas de Sófocles.

A justificativa para o estudo é fazer uma reflexão acerca do tema justiça, considerando ser deveras difícil e complicado no que se refere a um consenso, tanto para leigos quanto para estudiosos. Mas, sobretudo, visa fomentar o debate sobre o que é justiça no plano teórico e sua aplicação no literário.

Para Sócrates³, de quem Platão foi discípulo e por quem conhecemos parte de seus discursos, a justiça era vista como caminho da busca pela verdade e esta deveria ser alcançada com o fim de viver bem após a morte, com base na imortalidade do fluir da alma. Pois, a morte não interromperia esse fluxo eterno, uma vez que seu fim estaria condicionado ao bem viver do homem no seu invólucro terreno. Por isso, a vida do homem deve ser pautada no aperfeiçoamento da alma, e não na busca da riqueza terrena como faziam os sofistas, conforme Platão em Apologia de Sócrates⁴ (2011, p. 37-38):

Por toda parte eu vou persuadindo a todos, jovens e velhos, a não se preocuparem exclusivamente, e nem tão ardentemente, com o corpo e com as riquezas, como devem preocupar-se com

² Subdivisão da Idade Antiga (Antiguidade Clássica e Antiguidade Oriental) que começa por volta de 4.000 a.C. e termina no ano de 476 d.C com a queda do Império Romano do Ocidente após a invasão dos povos bárbaros, a crise do escravismo e a anarquia dos exércitos (COSTA, 2008, p. 17).

³ Sócrates nasceu em 469 a.C. numa vila no monte Licabeto, próximo a Atenas. Foi discípulo de Arquelaus com quem aprendeu matemática, astronomia e filosofia. Ensinava diariamente na ágora a qualquer pessoa que quisesse. Seu maior discípulo foi Platão. Sua frase célebre: “Só sei que nada sei...”. Não deixou nada escrito e o que se conhece sobre ele foi escrito por Platão, nas obras: Apologia de Sócrates - discurso de defesa quando acusado de trair os deuses da cidade e de corromper a juventude, Críton - diálogo de Sócrates e Críton sobre ética e Fédon - narrativa de suas últimas horas de vida e sua visão sobre a morte e a imortalidade (STOKES, 2009, p. 267-268).

⁴ Apologia de Sócrates: discurso de defesa quando acusado de trair os deuses da cidade e de corromper a juventude (PLATÃO, 2011, p. 12).

a alma, para que seja quanto possível melhor, e vou dizendo que a virtude não nasce da riqueza, mas da virtude vêm, aos homens, as riquezas e todos os outros bens, tanto públicos como privados.

No trecho anterior, não há só uma crítica aos sofistas⁵ que por sua subserviência e favoritismo com os poderosos conseguiam altos cargos e influência no poder, mas também principalmente aos políticos, uma vez que a Grécia vivia sob o caos das disputas de poder entre os tiranos corruptos e incompetentes, que subjugavam o povo.

Sócrates também acreditava no respeito e cumprimento das leis, pois, para ele, a estabilidade da pólis dependia disso, conforme citação do filósofo extraída em Cretella Júnior⁶ (2008, p.95): “Respeitar mesmo as leis injustas para que os maus, tomando isso como exemplo, respeitem as leis justas”.

Nesse contexto, para Platão⁷, a justiça era algo inatingível para os homens na sua plenitude, uma vez que tinham apenas resquícios dela devido a lembranças de ter contemplado o ser superior. Mesmo assim, pou-

⁵ Para ARANHA e MARTINS (1993, p. 94): A palavra sofista, etimologicamente, vem de *sophos*, que significa “sábio”, ou melhor, “professor de sabedoria”. Posteriormente adquiriu o sentido pejorativo de “homem que emprega sofismas”, ou seja, alguém que usa de raciocínio capcioso, de má-fé, com intenção de enganar. *Sóphisma* significa “sutileza de sofista”. (...) Os sofistas deram importante contribuição para a sistematização do ensino. Formaram o currículo de estudos: gramática (da qual foram indicadores), retórica e dialética; por influência dos pitagóricos, desenvolveram a aritmética, a geometria, a astronomia e a música. (...) Ora, os sofistas, geralmente homens saídos da classe média, faziam das aulas seu ofício, já que não eram suficientemente ricos para filosofarem descompromissadamente...

⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. A filosofia do Direito na Grécia. In: _____. **Curso de Filosofia do Direito**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Cap. 3, p. 93-98.

⁷ Platão nasceu em 427 a.C. na cidade de Atenas. Filho de uma família nobre e rica empreendeu viagens ao Egito, à Itália, a Siracusa, a Sicília etc. Foi discípulo de Sócrates e mais tarde fundou a academia. Seu discurso mais célebre e conhecido é a *Alegoria da Caverna* em que faz uma metáfora sobre a sombra da alienação em que vive a maioria dos homens e que só os filósofos seriam capazes de ver o que está além das sombras, por isso deveriam governar a pólis. Principais obras são: A República - discute o Estado ideal, a justiça, a harmonia das classes sociais, Memo - diálogo de Sócrates e Memo sobre a virtude e o conhecimento, Parmênides - crítica à teoria de Platão numa discussão suas entre Sócrates, Zenão e Parmênides (STOKES, 2009, p. 206-208).

cos homens recordariam essas visões e as colocariam precariamente em prática sob a forma de virtude, esses homens seriam os filósofos que para ele, deveriam governar a pólis, e não os políticos, pois estavam contaminados pela corrupção e iniquidade, segundo Platão em Fedro⁸, (2001, p. 86):

250 - Como já disse, a alma humana, dada a sua natureza, contemplou o Ser verdadeiro. De outro modo nunca poderia animar o corpo humano. Mas as lembranças desta contemplação não despertam em todas as almas com a mesma facilidade. Uma apenas entreviu o Ser verdadeiro; outra, após a sua queda, movida pela iniquidade, esqueceu os mistérios sagrados que um dia contemplou.

O filósofo governando a pólis, em Platão, é uma metáfora do modelo de político justo e sábio, que administraria com justiça absoluta o Estado visando atingir o bem comum. Pois, esse governante sairia do corpo de cidadão da pólis e não de uma oligarquia dominante. Todo homem teria direito democraticamente a participação direta nas decisões e manutenção da cidade como um princípio moral e consciente de seu dever, dentro de sua capacidade particular, seja como soldado, comerciante, artesão, agricultor, político, filósofo etc. Agora, diferente do pensamento sofista de Protágoras, que via o homem como medida de todas as coisas. No pensamento platônico, a justiça é vista como essa medida, porque ela é parâmetro ético do equilíbrio social entre o justo individual e o justo coletivo, consoante Livro II da República⁹ de Platão.

359a-e – Dizem que uma injustiça é, por natureza, um bem e sofrê-la um mal, mas que ser vítima da injustiça é um mal maior do que um bem em cometê-la. De maneira que, quando as pessoas praticam ou sofrem injustiças uma das outras, e provam de ambas, lhes parece vantajoso, quando não podem evitar uma coisa ou alcançar outra, chegar a um acordo mútuo, para não cometerem injustiças nem serem vítimas delas. Daí se originou o estabelecimento de leis e convenções entre elas e a designação de legal e justo para as prescrições da lei. (PLATÃO, 2005, p. 45)

⁸ Em “Fedro”, Platão fala do amor e da tripartição da alma.

⁹ No Livro II de “A República”, Platão: fala sobre a origem do estado, da justiça, da divisão do trabalho.

Logo, a educação seria a forma de libertação de o homem sair da caverna da alienação em que se encontrava, assim bem comparada no Mito da Caverna¹⁰ de Platão. Mas também, o cidadão tem o dever de observar a lei e de cumpri-la, mesmo que seja injusta, pois é seu dever ético defender a ordem jurídica da cidade, mesmo que isso lhe custe à própria vida, consoante Apologia de Sócrates e o Livro VII da República de Platão.

540^a-e - [...] Quando tiveres cinquenta anos, os que sobreviverem e se tiverem evidenciado, em tudo e de toda a maneira, no trabalho e na ciência, deverão ser elevados até ao limite, e forçados a inclinar a luz radiosa da alma para a contemplação do Ser que dá luz a todas as coisas. Depois de terem visto bem em si, usá-lo-ão como paradigma, para ordenar a cidade, os particulares e a si mesmos, cada um por sua vez, para o resto da vida, mas consagrando a maior parte dela à filosofia; porém, quando chegar a vez deles, aguentarão os embates da política, e assumirão cada um deles a chefia do governo, por amor à cidade, fazendo assim, não porque é bonito, mas porque é necessário. Depois de terem ensinado continuamente outros assim, para serem como eles, e de os terem deixado como guardiões da cidade, na vez deles retirar-se-ão para habitar nas Ilhas dos Bem-Aventurados... (PLATÃO, 2005, p. 237-238)

É relevante, informar que a prática da justiça em Platão assume um caráter metafísico-religioso, sendo um dever ético de todo cidadão rumo à felicidade, pois, para ele, ética e justiça são interdependentes e único meio de se atingir a virtude:

Uma vez que todo conhecimento realiza um ideal ético e que a expressão justiça designa o ideal ético pleno, acoplada à idéia (sic) do bem supremo, o direito é fundamental para o estabelecimento da república de Platão. A função precípua do direito seria assegurar as regras para efetivação da justiça na comunidade, na medida do possível. (ADEODATO, 2005, p. 56)

¹⁰ *Alegoria da Caverna* faz parte do Livro VII “A república” de Platão em que faz uma metáfora sobre a sombra da alienação em que vive à maioria dos homens e que só os filósofos seriam capazes de ver o que está além das sombras, por isso deveriam governar a pólis, e ainda vai discutir sobre o modelo de educação ideal para a pólis.

Para Aristóteles¹¹, discípulo de Platão e fundador da Academia, a justiça tem um caráter racionalista, sendo relativa, ou seja, do grego *mesótes*, meio-termo, dentro de uma equidade proporcional entre o justo total e o justo particular e, por essa razão, deve-se dar a cada um o que lhe é devido. Pensamento, esse, posteriormente, ratificado em Santo Tomás de Aquino na sua teoria Tomística baseada no dualismo da razão aristotélica e as Sagradas Escrituras.

Segundo Cretella Júnior, Aristóteles na sua obra *A Política* dá ênfase a conceituação do Estado e de seus modelos, muito empregado atualmente, como também foi o primeiro a falar da divisão dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e ainda da aplicação do princípio da equidade da lei, conforme citação abaixo:

Deu grande importância ao Estado e fez interessante divisão da Justiça, classificando-a em distributiva e corretiva. Preocupou-se com a dificuldade em aplicar a lei abstrata a todos os casos concretos, sugerindo para isso o corretivo da equidade, que ele comparou a uma régua flexível, [...]. Foi o primeiro a distinguir, no Estado, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, divisão aproveitada por Montesquieu e John Locke.

Distingue três tipos de Constituições (Monarquia, Aristocracia e Política), estas para as épocas normais, ao lado de outros três tipos (Tirania, Oligarquia e Democracia), para épocas por assim dizer de exceção. (CRETELLA JÚNIOR, 2008, p. 96)

Após a leitura de cada obra, está sendo feita discussão sobre os aspectos que enfoquem a conjuntura histórica e social dessas ideias. E, em seguida, recortes de trechos que abordam a temática em estudo, com o objetivo de

¹¹ Aristóteles nasceu em 384 a.C. na cidade de Estagira, Macedônia. Seu pai foi médico do avô de Alexandre, O Grande, por isso sua família gozou de forte prestígio. Foi discípulo de Platão e mestre de Alexandre, O Grande. Mais tarde, fundou o Liceu onde dava noções de política e direito aos alunos. Uma de suas ideias é silogismo, que consiste em mostrar que algo afirmado, pode revelar algo não afirmado, por exemplo: “Todos os humanos são mortais. Todos os gregos são humanos.” Logo, todos os homens são mortais. Suas obras: *Ética* a Nicômaco - visão aristotélica sobre a virtude e sua relação com o bem-estar e a felicidade, *Política* - concepção da cidade-estado ideal e sobre as formas de governo e defesa da escravidão e *Física* - discute-se matéria, forma, espaço, tempo, movimento etc (STOKES, 2009, p. 13-15).

facilitar a apreensão e sistematizar um esquema descritivo. Por fim, se possível, far-se-á uma comparação com outras literaturas secundárias da época, como Édipo Rei e Antígona de Sófocles.

Para conclusão, será feita uma síntese da interligação entre o conceito de justiça Socrática e sua aplicação nas obras literárias contemporâneas daquele período, entre elas, Édipo Rei e Antígona, ambas de Sófocles.

2. UMA ABORDAGEM DO CONCEITO DE JUSTIÇA DA FILOSOFIA DO PERÍODO SOCRÁTICO EM ÉDIPO REI E ANTÍGONA DE SÓFOCLES

Neste capítulo pretende-se refletir sobre a aplicação de justiça das ideias de Sócrates, Platão e Aristóteles e suas influências nas tragédias gregas Édipo Rei e Antígona de Sófocles. Mas, antes de se falar desses conceitos, é necessário relatar parte da vida de um dos maiores autores trágicos da Antiguidade: Sófocles.

Mas Sófocles¹² nasceu em 496 a.C. na cidade de Colono, nas proximidades de Atenas, filho de uma família abastada. Viveu no período áureo de Atenas, o século de Péricles, em que os gregos tinham alcançado grandes vitórias sobre os persas até o fim da guerra do Peloponeso. Ele foi consagrado um dos maiores dramaturgos de seu tempo, posterior a Ésquilo de quem recebeu grande influência e anterior a Eurípedes. De suas 120 tragédias apenas 7 delas existem na íntegra, na seguinte ordem: Ajax¹³, Antígona¹⁴, As traquinia-

¹² SÓFOCLES. **Édipo Rei - Antígona**. Introdução. In: _____. [Tradução Jean Merville]. São Paulo: Martin Claret, 2002. Introdução, p. 13-23.

¹³ Aborda a questão da vergonha e da loucura do guerreiro Ajax que não se conforma por não ter recebido as armas do falecido companheiro Aquiles, num momento de fúria, mata todo um rebanho e depois, com vergonha, se suicida.

¹⁴ Trata da desobediência a leis injustas dos homens para obediência aos preceitos divinos mesmo que isso leve a morte.

nas¹⁵, Édipo Rei ou Édipo Tirano¹⁶, Electra¹⁷, Filoctetes¹⁸ e Édipo em Colono¹⁹.

Mas qual é o conceito clássico de tragédia para Aristóteles²⁰ em sua Arte Poética:

[...] A tragédia é a imitação de uma ação completa com princípio, meio e fim, ação que deve comportar certa extensão. Seu objetivo é a catarse, ou mais exatamente obter, provocando a compaixão e temor, a purificação... (ARISTÓTELES, 2004, p. 13)

[...] A excitação da paixão, que a tragédia pode provocar, será salutar, sendo submetida à medida ou a uma lei, sendo desligada das circunstâncias individuais e ligada ao destino comum a todos os homens... (ARISTÓTELES, 2004, p. 17)

Já o conceito de herói trágico para Aristóteles²¹:

Permanece entre os casos extremos o herói colocado numa situação intermediária: a do homem que, sem se distinguir por sua superioridade e justiça, não é mau nem pervertido, mas cai na desgraça devido algum erro...(ARISTÓTELES, 2004, p. 13)

¹⁵ A peça trata da morte de Hércules ou Hércules após envenenado pela própria esposa Djani-ra que acreditava está sendo trocada por outra.

¹⁶ Peça trágica que trata de uma relação incestuosa do filho com a mãe e da impotência do homem frente ao destino traçado pelos Deuses.

¹⁷ História que envolve vingança. Electra, filha de Agamemnon, um dos heróis de Tróia, não se conforma com a morte do pai pela mãe, Clitemnestra, e o amante, Egisto. Ao final, Electra com a ajuda de Oreste, seu irmão, vinga-se da mãe e de Egisto.

¹⁸ Filoctetes é um herói a quem foram confiados o arco e as flechas de Hércules. Chefiava um grupo arqueiros, mas não chegou a Tróia, pois durante a escala em Ténedo, foi mordido por uma serpente, enquanto fazia um sacrifício. A ferida infectou e devido a isso, foi abandonado na ilha de Lemnos, onde permaneceu dez anos.

¹⁹ Peça trágica que trata do conhecimento do homem por si mesmo e da remissão de seus crimes pelo seu sofrimento: Édipo.

²⁰ ARISTÓTELES. **Arte Poética**. [Tradução Pietro Nassetti]. São Paulo: Martin Claret, 2004.

²¹ Idem.

A tragédia Édipo Rei²² de Sófocles, inicia a narrativa com a cidade de Tebas²³ aplacada por uma peste que mata as pessoas e os animais. Édipo²⁴, então, rei da cidade, quer saber o que se sucede e manda consultar Tirésias²⁵, o adivinho de Delfos. Esse, ao chegar à presença do Rei, limita-se a informar que a cidade abriga o assassino de Laio²⁶, antigo Rei de Tebas, antes de Édipo, e por isso a cidade estava sendo punida pelos Deuses.

Do teto do mundo chegou até nós um brado terrível: que todos persigam esse criminoso inconfesso! Ele vagueia pelas matas, nas cavernas e pelos rochedos como um touro acuado. Sua corrida insana busca a solidão; em vão procura fugir à voz destino, que, inexorável e eternamente viva, sobre ele se esvoaça. (SÓFOCLES, 2002, p. 43)

Édipo abre uma investigação para descobrir o assassino, e decreta que nenhum cidadão deveria abrigar tal infame, e quando encontrado, seria condenado ao ostracismo²⁷. Ao final da investigação, Édipo descobre que ele próprio é o assassino que tanto procurava, pois havia inconscientemente matado o próprio pai e desposado à mãe, e aplica a si a pena que aplicaria a outro. Fura os próprios olhos com alfinetes da mãe-esposa Jocasta²⁸ que se suicidara pouco antes e sai mendigando pela cidade guiado por suas filhas-irmãs Antígona e Ismênia²⁹.

A descrição acima serve de exemplo para o caso de aplicação de justiça no seu caráter absoluto como prescreve Platão, pois Édipo em nenhum momento hesitou em deixar de acatar a lei que ele como rei havia editado, mesmo que contra ele. Pode-se aqui perceber uma analogia entre Édipo Rei

²² SÓFOCLES. **Édipo Rei - Antígona**. [Tradução Jean Merville]. São Paulo: Martin Claret, 2002.

²³ Antiga cidade da Beócia fundada por Cadmo, filho do rei da Fenícia.

²⁴ Édipo significa o de pés juntos ou inchados, referência à forma quando foi encontrado recém-nascido abandonado na floresta com os pés presos por um alfinete.

²⁵ Tirésias era o adivinho da cidade de Delfos, figura muito respeitada por seus ensinamentos e profecias sobre o destino: o oráculo.

²⁶ Laio, rei de Tebas antecessor de Édipo.

²⁷ Penalidade implantada no governo de Clístenes que obrigava o cidadão ao exílio por um período de 10 anos e a perda dos direitos políticos.

²⁸ Rainha de Tebas, mãe e, posteriormente, esposa de Édito.

²⁹ Filhas da relação incestuosa entre filho e mãe, Édipo e Jocasta.

de Sófocles e Apologia de Sócrates, pois em ambos os casos, os personagens Édipo e Sócrates, respectivamente, se resignaram a obedecer à ordem do Estado, não importando se a lei é justa ou injusta, se culpados ou inocentes.

Já em *Antígona*³⁰, também de Sófocles, a narrativa se passa em torno do conflito pelo trono de Tebas entre os filhos de Édipo, Etéocles e Polinice³¹. No entanto, ambos morrem em combate, um pela mão do outro, reciprocamente. O rei Creonte concede honras fúnebres a Etéocles que morreu em defesa da cidade e determina que o corpo de Polinice fique insepulto para ser comido pelos cães.

Eu sepultarei meu irmão! Será um digno fim, se eu morrer em seguida ao cumprimento desse dever. Sempre em vida, muito nos quisemos ...com ele repousarei no túmulo... com alguém a quem amava; e um dia, meu crime de hoje será louvado [...]. E tu, irmã, se isso te apraz, és livre para ficar com os vivos, desonrar os mortos e se desprezar as leis divinas. (SÓFOCLES, 2002, p. 85)

*Antígona*³², em desobediência a seu tio e rei de Tebas Creonte, enterra seu irmão Polinice, e aquele quando descobre condena a jovem ao emparedamento viva numa caverna. O rei se arrepende e vai até a caverna a fim de salvar a sobrinha, porém é tarde, a jovem já tirara a vida com o laço do próprio vestido, seu filho Hêmon, noivo de *Antígona*, tira também a própria vida com a própria espada.

Nesse caso, *Antígona* desobedece à lei dos homens para cumprir a lei dos deuses. Pois, se deixasse o corpo do irmão insepulto a alma dele não descansaria, segundo as tradições gregas da época. Por isso, *Antígona* aproxima-se da ética de justiça relativista de Aristóteles, no sentido de dar a cada um o que é seu, aqui no direito sagrado de velar o corpo do irmão e dar-lhe uma sepultura. Comungando com a razão aristotélica, Santo Tomás de Aquino³³

³⁰ SÓFOCLES. *Édipo Rei - Antígona*. [Tradução Jean Merville]. São Paulo: Martin Claret, 2002.

³¹ Varões, filhos da relação incestuosa de Édipo e Jocasta que disputavam o trono de Tebas.

³² *Antígona* significa anti = diante de + gone = origem. Aquela que se coloca contra algo, na peça o poder do Estado e a defesa da lei divina.

³³ Frade que na sua teoria tomística defende a união das Sagradas Escrituras e a racionalidade aristotélica de dar a cada um o que é seu dentro do princípio da equidade.

vai dizer ainda que nenhuma lei humana deve ser desobedecida, mesmo que injusta, exceto a que vá de encontro às leis divinas.

Portanto, vê-se nos casos literários acima descritos, a aplicação da justiça, sendo no seu caráter absoluto para Édipo Rei, conforme teoria de Platão e no seu relativo sentido Antígona. Como se pode observar, as tragédias de Sófocles, para Aristóteles, mostravam apenas o tipo do que as pessoas deveriam ser; já para Nietzsche³⁴, elas representavam o excesso de pessimismo de um mundo cercado pela injustiça e pela infelicidade de inocentes.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, foi estudado o conceito de justiça do período Socrático nas principais obras, entre elas: Apologia de Sócrates, Fedro, A República e A Política. Como também, foram analisados e revisados seus reflexos naquela época nas peças trágicas de Sófocles, Édipo Rei e Antígona.

No decurso das atividades, foi percebido que o conceito de justiça de Platão apresentou-se com caráter absoluto em seus principais escritos, no sentido de que todo cidadão deveria acatar as leis da pólis, justas ou injustas, pois elas representavam a Ordem Jurídica do Estado. Essa ordem não poderia ser ameaçada, mesmo que isso levasse a morte injusta de um homem justo, conforme descrito em Apologia de Sócrates. Nessa linha de pensamento, a peça trágica Édipo Rei de Sófocles encaixa-se de forma exemplar, na resignação de Édipo, rei de Tebas, em aplicar a si a pena por ele editada que aplicaria a outro.

Em contraposição, foi observado em Antígona, também de Sófocles, a insurreição contra a lei do Estado quando a heroína Antígona desobedece a Creonte, seu tio e rei de Tebas, e enterra o irmão dela, Polínice, sob a alegação da superioridade da lei divina. Mostrando uma aproximação do caráter

³⁴ Filósofo alemão que se tornou famoso ao declarar no seu livro A gaia ciência: “Deus está morto e nós o matamos...”. Mas, Friedrich não quer falar que Deus literalmente, pois seres imortais não morrem, ele brinca com a ideia e na verdade, quer dizer que a existência de Deus deixou de ser razoável após a ciência. No entanto, critica que com a morte de Deus, os homens perderam o sentido moral e assim o rumo do que é certo ou errado, levando a formação de uma nova moral sem influência da religião, e essa falta de limites foi o pontapé da ciência. Escreveu também: O nascimento da tragédia, Assim falou Zaratustra, Genealogia da moral, A vontade de potência, Para além do bem e do mau, entre outros.

equitativo da ideia de justiça defendida por Aristóteles e, posteriormente, por Santo Tomás de Aquino, no sentido de aceitar a desobediência desde que a lei dos homens afete a ordem das leis divinas.

Para concluir, observa-se que a prática da justiça deve ser um dever ético de todo cidadão como caminho para a felicidade, como definiu Platão, mas também, equitativa ou relativizada no dizer de Aristóteles, na razão de dar a cada um o que é seu, dentro de uma equidade proporcional. Logo, a ideia de justiça está no meio termo entre extremos, ou seja, na relativização entre o que é justo e injusto para o senso comum da sociedade, como parâmetro ético do equilíbrio social num determinado contexto histórico.

DOS SANTOS, Gilson Bomfim Candeias. uma abordagem a respeito da ideia de justiça do Período Socrático nas obras Édipo Rei e Antígona de Sófocles. *Justitia*. São Paulo, v. 218, p. 302-314, jan./jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Ainda o embasamento teórico. In: _____. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005. Cap. 2, p. 47-80.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. Teoria do conhecimento. In: _____. **Filosofando**: Introdução à filosofia. São Paulo: Moderna, 1993. Cap. 10, p. 92-99.

ARISTÓTELES. **Arte Poética**. [Tradução Pietro Nasseti]. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis. Sócrates: Ética, Educação, Virtude e Obediência. In: _____. **Curso de Filosofia do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 3, p. 94-105.

_____. Platão: Idealismo, Virtude e Transcendência Ética. In: _____. **Curso de Filosofia do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 4, p. 107-119.

_____. Aristóteles: Justiça como virtude. In: _____. **Curso de Filosofia do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 5, p. 120-153.

_____. Direito e Justiça. In: _____. **Curso de Filosofia do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 30, p. 503-506.

COSTA, Luís César Amad. Por que estudar história. In: _____. **História Geral e do Brasil: Da Pré-história ao século XXI**. São Paulo: Scipione, 2008. Introdução, p. 10-17.

CRETELLA JÚNIOR, José. A filosofia do Direito na Grécia. In: _____. **Curso de Filosofia do Direito**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Cap. 3, p. 93-98.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. [Tradução e apêndice Maria Lacerda de Moura]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. **Fedro**. [Tradução Alex Marins]. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. **A República**. [Tradução Pietro Nassetti]. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SÓFLOCLES. Édipo Rei - Antígona. [Tradução Jean Merville]. São Paulo: Martin Claret, 2002.

STOKES, Philip. **Filosofia: Os grandes pensadores**. [Tradução Guilherme Sena de Souza Pereira]. Belo Horizonte: Cedic, 2009.

WARBURTON, Nigel. **Uma breve história da filosofia**. O homem que perguntava. In: _____. [Tradução Rogério Bettoni]. Porto Alegre-RS: L&PM, 2015. Cap. 1, p. 1-9.

_____. _____. A verdadeira felicidade. In: _____. [Tradução Rogério Bettoni]. Porto Alegre-RS: L&PM, 2015. Cap. 2, p. 10-16.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Adoção Tardia

- Celeridade, p. 134
- Incentivo, p. 144
- Preconcepções, p. 140

Arrematações Falimentares

- Lei de Falências, p. 190
- Preço Vil, p. 180
- Usura, p. 184

Assistente de Acusação

- Ação Penal Pública, p. 112
- Ministério Público, p. 112
- Ofendido, p. 114
- Sujeitos Processuais, p. 111

Cidadania

- Controle social, p. 202
- Democracia, p. 203
- Direito Humano Fundamental, p. 201
- Participação Popular, p. 202

Direito à Educação no Brasil

- Constituição Federal, p. 98
- Criminalidade, p. 98
- Educação, p. 99
- Prevenção, p. 104
- Qualidade de Ensino, p. 96

Direito do Trabalho

- Acesso à Justiça, p. 155
- CLT, p. 155
- Convenção 98 da Organização Internacional Do Trabalho, p. 155
- Direito à Igualdade, p. 158
- Negociação coletiva, p. 155

Direito Penal

- Crimes contra a Administração, p. 12
- Desvio, p. 12

Funcionário fantasma, p. 13
Peculato, p. 21
Tipicidade, p. 20

Educação

Direito, p. 263
Bem comum, p. 263
Dignidade humana, p. 261

Improbidade Administrativa

Dano moral coletivo, p. 173
Lei de Ação Civil Pública, p. 169
Violação dos Princípios de Regência da Atividade Administrativa, p. 174

Justiça no Período Socrático

Aristóteles, p. 303
Justiça, p. 304
Platão, p. 303
Sócrates, p. 303
Sófocles, p. 308

Poder

Estado, p. 279
Maquiavel, p. 278
O Príncipe, p. 278
Poder Político, p. 279

Princípio da Proporcionalidade

Lesão corporal Culposa de Trânsito, p. 86
Lesão Corporal Dolosa Leve, p. 89

Stalking

Condutas, p. 48
Crime, p. 47
Perseguição, p. 49
Stalker, p. 49
Violência, p. 49

Súmula 54 do STJ

Narrowing, p. 249
Precedente, p. 233
Processo Civil, p. 234
Releitura, p. 240

SUBJECT INDEX

Administrative Misconduct

Collective moral damage, p. 173

Public Civil Action Law, p. 169

Violation of the Governing Principles for Administrative Activity, p. 174

Bankruptcy

Bankruptcy Law, p. 190

Usury, p. 184

Vile Price, p. 180

Collective Bargaining

Access to Justice, p. 155

CLL, p. 155

Convention 98 of the International Labor Organization, p. 155

Right to Equality., p. 158

Fundamental Human Right

Citizenship, p. 201

Democracy, p. 203

Participation, p. 202

Social Control, p. 202

Ghost Public Employee

Crimes against the Public Administration, p. 12

Embezzlement, p. 12

Peculation, p. 21

Typicality, p. 20

Right to Education in Brazil

Criminality, p. 98

Education, p. 99

Education Quality, p. 96

Federal Constitution, p. 98

Prevention, p. 104

Superior Court of Justice

Narrowing, p. 249

Precedent, p. 233

Rereading, p. 240

Late Adoption

Inducements, p. 144

Preconception, p. 140

Machiavelli

Politic Power, p. 279

Power, p. 279

The Prince, p. 278

Socrates

Aristoteles, p. 303

Justice, p. 304

Plato, p. 303

Sophocles, p. 308

Stalking

Conduct, p. 48

Crime, p. 47

Stalker, p. 49

Violence, p. 49

Predictability of judicial decisions

Common Good, p. 263

Education, p. 261

Human Rights, p. 261

Law, p. 263

Principle of Proportionality

Take Aggravated Assault, p. 89

Transit Culpable Injury, p. 86

Prosecution Assistant

District Attorney, p. 266

Offended, p. 275

Procedural Subjects, p. 265

Public Criminal Action, p. 266

ÍNDICE DE AUTORES

AUTHORS INDEX

AMARO, F. P., p. 200

CASTRO, C. B. de, p. 227

CASTRO, L. B. de, p. 165

CHIANCA, N. A. A., p. 260

GARCIA, A. G. F., p. 96

HERNANDEZ, A. C., p. 130

JESUS, B. T. de, p. 130

JUNIOR, N. S. C., p. 82

MARQUES, I. A. T., p. 153

MAZLOUM, N., p. 110

NETTO, M. F. de S., p. 178

RIBEIRO, R. A., p. 12

SANTOS, G. B. C. dos, p. 277, 302

SILVA, N. da, p. 46

Projeto Gráfico



Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.



**PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA**



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

ISSN 2764-7315



9 770101 949003